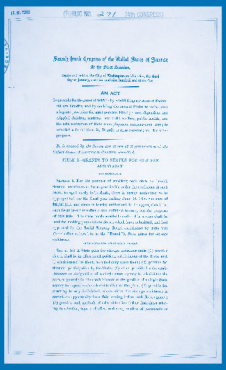
TEMI DI SICUREZZA SOCIALE



Collana
diretta da
G. Canavesi
e E. Ales

Welfare negoziale e nuovi bisogni

TRADIZIONE ED EMERGENZA

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2021

a cura di
GUIDO CANAVESI
EDOARDO ALES

Editoriale Scientifica

TEMI DI SICUREZZA SOCIALE

Direttori

Edoardo Ales – Guido Canavesi

Comitato scientifico

Anna Alaimo - Alberto Avio - Ulrich Becker - Paola Bozzao - Rosa Casillo
Silvia Ciucciovino - Davide Casale - Antonio Di Stasi - Madia D'Onghia
Marco Esposito - Valeria Filì - Laura Foglia - Lorenzo Gaeta
Marco Gambacciani - Stefano Giubboni - Giuseppe Ludovico - Sergio Nisticò
Antonella Occhino - Paolo Pascucci - Pasquale Passalacqua - Emmanuele Pavolini
Frans Pennings - Pietro Pozzaglia - Simonetta Renga - Giuseppe Sigillò Massara
Michele Squeglia - José Luis Tortuero Plaza - Armando Tursi
Riccardo Vianello - Herwig Verschueren - Tiziana Vettor

Temi di sicurezza sociale è una collana di volumi *open access* che nasce sulla scia dell'esperienza dei Seminari Previdenziali Maceratesi, per favorire lo studio a livello scientifico di questa materia. Il titolo è volutamente ampio nella prospettiva di accogliere apporti conoscitivi da altri ambiti disciplinari tradizionalmente attenti ai temi del welfare e favorire approcci interdisciplinari.

WELFARE NEGOZIALE
E NUOVI BISOGNI

TRADIZIONE ED EMERGENZA

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2019

a cura di

Guido Canavesi – Edoardo Ales

EDITORIALE SCIENTIFICA

Si ringrazia l'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale per il patrocinio e il sostegno all'organizzazione dei Seminari e alla stampa di questo volume

Tutti i volumi della collana sono soggetti a doppio refraggio

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.

via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-409-6

Indice

GUIDO CANAVESI
Introduzione 7

MARCO GAMBACCIANI
Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare 11

SILVIA CIUCCIOVINO
Il welfare aziendale tra funzione retributiva e funzione previdenziale 39

ARMANDO TURSI
Il rapporto di previdenza complementare e l'obbligazione contributiva 53

EMMANUELE MASSAGLI
Ragioni, finalità ed evoluzione del welfare aziendale: spunti dalla esperienza 77

MARTINA BASSOTTI, ALESSIO CARACCIOLO, STEFANO IACOBUCCI, SILVIA MAGAGNOLI, ANTONIA ROSSANA PASTORE, GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA
Fondi pensione e omissioni contributive: la tutela della posizione contributiva del lavoratore 93

ILARIA BRESCIANI, CLAUDIA CARCHIO, MYRIAM DE LUCIA, DANIELA DEL DUCA, ROSSANA DETOMI, CHIARA PAOLINI
La portabilità della posizione contributiva dei fondi di previdenza complementare 135

STEFANO MARIA CORSO, IRENE CRISCI, MICHELE DALLA SEGA, CHIARA GARBUIO, GIOVANNI PIGLIALARMI, MATTEO TURRIN
Welfare negoziale e lavoro autonomo 161

MASSIMILIANO DE FALCO, CHIARA GAGLIONE, GIAN PIERO MARCELLINI, TOMMASO MASERATI, ROBERTO PETTINELLI, GIANLUCA PICCO, ALESSANDRO VENTURA
Welfare aziendale, premialità e partecipazione dei lavoratori 203

Abbreviazioni delle riviste 229

Indice Autori 233

Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza

GUIDO CANAVESI

Il 18-19 luglio 2016 si tenne la prima edizione dei SPM. E per quella quarantina di persone fu un evento inaspettato: ricordo ancora l'applauso spontaneo che ci fu al termine dei lavori, ad esprimere la comune esperienza di bellezza vissuta pur nell'intenso lavoro.

Oggi siamo di nuovo qua ed è una scommessa vinta, almeno per ora. Non era scontato questo ritrovarsi quando lo abbiamo deciso.

E non è scontato neppure ora, neanche per chi ha già partecipato ad alcuni o a tutte le precedenti edizioni dei SPM.

Abbiamo deciso di mantenere il tema del 2020, aggiungendovi quel riferimento all'emergenza.

È un riferimento che cambia tutto, non è una semplice ripresa – nonostante il PNRR – di ciò che era o facevamo prima. È un "nuovo inizio".

Lo sappiamo, la pandemia ha messo in luce debolezze e lacune del sistema di protezione sociale, ha disvelato bisogni forse non nuovi, ma finora latenti o sottovalutati.

Ma c'è, a mio avviso, un punto fondativo, una pietra d'angolo su cui occorrerà riflettere, o tornare a riflettere. «Nella storia non meno che nella natura la morte e la nascita camminano sempre di pari passo» (ha scritto lo storico J. Huizinga).

Ecco, la pandemia ci ha resi consapevoli della nostra contingenza, della fragilità della nostra condizione e al contempo del nostro essere bisogno, di un inesausto bisogno di vero, di bello, di giusto. Un bisogno che sottende le nostre giornate, meglio ogni

nostra azione, ogni istante. Ha riproposto con urgenza poco o tanto avvertita la grande domanda sulla persona, quella formulata dal nostro poeta per bocca del Pastore errante: ed io chi sono? E ci ha fatto capire quanto sia reale, razionale, essenziale, costitutiva per e di ciascuno questa domanda, a prescindere perfino dalla risposta che gli si dà (o non).

La connessione col tema del seminario è intuitiva, nel titolo si parla di "*bisogni*" e di "*welfare*", cioè di benessere. Certo, di bisogni intesi come mancanza di beni, per così dire, materiali, qualcosa che possa essere colmato da una prestazione economica o da un servizio. E di benessere come, appunto, disponibilità di quei beni.

Da tempo ormai siamo abituati a riflettere sul welfare, di politiche del welfare, di prestazioni di welfare, di servizi di welfare, insomma di risposte materiali a quei bisogni materiali. Lo facciamo da tempo e ancor più, diciamo, dagli anni '90 del secolo scorso, quando il problema della sostenibilità finanziaria – dei costi – dei sistemi di protezione sociale non è più stato eludibile, per molteplici ragioni su cui qui non interessa soffermarsi.

La parola *welfare* è un grande contenitore privo di capacità definitoria, almeno in termini giuridici. Non a caso, la sua trasposizione in questo campo ha un valore mimetico, serve a scolorire – o rendere permeabili – i confini degli istituti giuridici tradizionali, a favorire contaminazioni o costruire ponti tra assistenza sociale, previdenza sociale, diritto del mercato del lavoro ed anche, col welfare aziendale, diritto del lavoro, addirittura con la retribuzione, cuore di questo diritto.

In questo senso, *welfare* esprime la faccia anonima del sistema di protezione sociale, che comunque, è bene sottolinearlo, in Italia (ma non solo) c'è stato ed ha retto, ad onta di tutte le carenze o gli errori.

Ecco, a mio avviso, il punto. Abbiamo ritenuto quella domanda superflua, superata, scomoda per il benessere della gente. E così abbiamo reso unidimensionale il *welfare*, ma prima la persona.

Ma il "*benessere*", la liberazione dal bisogno di Beveridge, l'eguaglianza sostanziale della nostra Costituzione sono solo questo?

In realtà, una traccia di risposta nella Costituzione c'è: la rimozione degli ostacoli che limitano di fatto libertà e eguaglianza è correlata al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione all'organizzazione sociale, politica economica del Paese.

Non sembra, in realtà, che tale sia l'esito odierno della "rimozione degli ostacoli". Né convince una risposta che addebiti alle carenze del welfare questo risultato.

Non ho ricette né risposte preconfezionate, ma credo che sia importante tornare a dare credito a quella domanda nella nostra ricerca.

Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare

MARCO GAMBACCIANI*

SOMMARIO: *1. L'oggetto dell'indagine. – 2. Costituzione, previdenza sociale e previdenza complementare. – 3. L'evoluzione della funzione della previdenza complementare. – 4. Il sistema integrato e plurale di tutela previdenziale. – 5. La nozione di adeguatezza. Diritti sociali e livelli essenziali (e non essenziali) delle prestazioni. Il nucleo o contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali. La scomposizione della struttura della prestazione adeguata. I due distinti livelli (o parti) dell'adeguatezza: un primo livello (o parte) essenziale ed un secondo livello (o parte) ulteriore, ma non essenziale. – 6. I due distinti livelli dell'adeguatezza (essenziale e non essenziale) e gli interventi del legislatore. – 7. Previdenza complementare, adeguatezza e vincolo costituzionale di libertà. – 8. Libertà della previdenza complementare e realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza – 9. Lo sviluppo attuale della previdenza complementare.*

1. *L'oggetto dell'indagine*

Anche ai tempi della pandemia i problemi (come anche le prospettive) della previdenza complementare nel nostro sistema di *welfare* continuano a dipendere dall'individuazione del fondamento costituzionale. Su di esso, infatti, perdurano incertezze.

Peraltro se non si individua esattamente quel fondamento, ossia la sua funzione, difficilmente si comprende anche l'assetto (e soprattutto lo sviluppo) attuale della previdenza complementare.

2. *Costituzione, previdenza sociale e previdenza complementare*

Come è noto, sebbene costituisca la norma fondamentale del nostro sistema previdenziale e ne evochi termini e concetti[1], l'art. 38

* Il testo riprende, con qualche variazione, il saggio *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, pubblicato su *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, n. 4 del 2021.

Cost. non utilizza mai direttamente in alcuno dei suoi cinque commi le espressioni previdenza sociale e previdenza complementare.

Per la prima volta quelle espressioni compaiono nella Costituzione per effetto delle modifiche apportate dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. È l'art. 3 di quella legge a modificare l'art. 117 Cost. facendo espresso riferimento, seppure in un contesto diverso dall'art. 38 Cost., alla previdenza sociale ed alla previdenza complementare (e integrativa)[2].

Così, nell'ambito di una nuova distribuzione delle competenze legislative tra Stato e regioni (all'epoca intesa a rafforzare la potestà legislativa regionale e oggi al centro di accese discussioni), il testo riformato dell'art. 117 Cost. distingue la materia della previdenza sociale da quella della previdenza complementare (e integrativa), disponendo che la prima rientra nella legislazione esclusiva dello Stato[3], mentre la seconda rientra, invece, nella legislazione concorrente delle regioni[4]. Con la conseguenza che, in materia di previdenza complementare (e integrativa), le regioni hanno potestà legislativa piena, «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato»[5].

Dunque il legislatore costituzionale, pure nominandole nella stessa disposizione, non accomuna ma anzi distingue, nella ripartizione delle competenze legislative, la previdenza sociale dalla previdenza complementare[6].

[1] Cfr. C. cost. 6 giugno 1974, n. 160, per l'affermazione che il legislatore costituente, con quella disposizione, ha voluto «costituzionalizzare» la previdenza sociale.

[2] Cfr., per tutti, M. CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, pp. 447 ss.

[3] Cfr. art. 117, comma 2, lett. o), Cost.

[4] Cfr. art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

[5] Cfr. art. 117, comma 3, Cost.

[6] Per una visione di sistema, vedi M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, pp. 201 ss. (ora anche in ID., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1087 ss., da cui si cita), T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, in *Prev. pubbl. priv.*, 2001, pp. 7 ss.; R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *Mass. giur. lav.,* 2005, pp. 484 ss.; M. CINELLI, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in ID., *La previdenza complementare. Art. 2123*, Il codice civile. Commentario, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 5 ss.

Queste innovazioni costituzionali, anche non riguardando direttamente i principi del sistema previdenziale, paiono confermare la distinzione che, secondo la dottrina tradizionale, già poteva desumersi dall'art. 38 Cost., ritenendosi comunemente che la nozione di previdenza sociale intesa in senso stretto (ovvero quella di base pubblica o, comunque, obbligatoria) corrisponde ai principi espressi dal secondo e dal quarto comma, mentre la previdenza complementare corrisponde, almeno per quanto riguarda la sua struttura privatistica, alla previsione del quinto comma di quella stessa disposizione[7].

Conferma, cioè, l'articolazione del nostro sistema previdenziale, destinato a realizzare nel suo insieme la liberazione dal bisogno, in due sottosistemi distinti ed autonomi l'uno dall'altro, almeno quanto a strutture, discipline e caratteristiche: la previdenza obbligatoria di base, caratterizzata (prevalentemente ma non esclusivamente) dall'intervento pubblico, e la previdenza libera complementare, caratterizzata invece dall'intervento privato.

3. *L'evoluzione della funzione della previdenza complementare*

Confermata quindi, e forse anche rafforzata, la distinzione tra previdenza sociale e previdenza complementare per quanto riguarda strutture e regimi di ciascuno dei due sottosistemi, non altrettanto pare possa dirsi per quanto riguarda invece le funzioni e gli interessi perseguiti.

Qui la distinzione non è più così netta, ma anzi tende oramai a sfumare.

Si deve prendere atto infatti che la previdenza complementare, pure conservando la forma privatistica e la facoltatività dell'adesione (nonostante i diversi meccanismi di incentivazione)[8], non si limita più a soddisfare interessi esclusivamente privati (sia pure privati sociali o

[7] Cfr., per tutti, M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., pp. 1087 ss. e V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1972, pp. 1 ss. e 935 ss.

[8] Cfr. d.lgs. n. 252 del 2005.

socialmente rilevanti, come identificati dalla dottrina)[9], bensì può concorrere anch'essa, come la previdenza obbligatoria di base, alla soddisfazione, almeno in parte, di veri e propri interessi generali, ed anche costituzionalmente rilevanti.

Fino alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, la dottrina pressoché unanime, nonostante la specifica funzione riconosciuta alle formazioni sociali (artt. 2 e 39 Cost.), considerava estranee alla previdenza sociale le autonome iniziative private allora esistenti, nell'idea che esse fossero riconducibili alla soddisfazione di interessi meramente individuali, o al più collettivi, ma pur sempre diversi da quello pubblico generale. Così si riteneva che la previdenza integrativa, proprio perché istituita e regolata dall'autonomia collettiva, svolgesse una funzione «radicalmente» diversa dalla previdenza pubblica, in quanto destinata a realizzare interessi soltanto privati (e non già, od anche, pubblici)[10].

Ed anche dopo l'istituzione e la regolamentazione della previdenza complementare ad opera del d.lgs. n. 124 del 1993 e dei numerosi interventi legislativi successivi, una parte della dottrina ha seguitato a ritenere che anche la previdenza complementare, come già quella integrativa (anche di origine sindacale), non potesse assolvere ad una funzione previdenziale pubblica, continuando a soddisfare, soprattutto perché ancora strutturalmente privata e libera (e quindi soltanto eventuale e non necessaria), interessi che, se pure socialmente rilevanti, erano, e restavano come prima, esclusivamente privati[11].

Tuttavia, dagli inizi degli anni novanta del secolo scorso fino ai

[9] Cfr., rispettivamente e per tutti, P. SANDULLI, Welfare state*, riforma pensionistica e sviluppo della previdenza complementare*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del* Welfare, Giuffrè, Milano, 2000, tomo I, pp. 42 ss., e T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, cit., p. 18.

[10] Cfr., soprattutto, M. PERSIANI, *La previdenza privata fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, in *INPDAP*, 1994, p. 273 ss. (anche in ID., *Diritto del lavoro*, cit., pp. 983 ss., da cui si cita), e ancora V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, cit., pp. 935 ss., per il quale non v'è «alcun punto di saldatura e di contatto tra la previdenza privata e quella pubblica funzione che caratterizza la previdenza sociale» (p. 938).

[11] Cfr., soprattutto, M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2010, pp. 1 ss., e G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine a un recente convegno)*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 115 ss., spec. p. 118.

giorni nostri è profondamente mutata non soltanto la situazione politica, economica, sociale e culturale, ma anche il contesto giuridico di riferimento, dovendosi oramai tenere conto, nella ricerca di diversi equilibri tra previdenza sociale e previdenza complementare, oltreché delle modifiche direttamente apportate al testo costituzionale, delle ulteriori ricostruzioni nel frattempo proposte dalla dottrina, dell'evoluzione legislativa, degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, nonché delle esplicite indicazioni provenienti dal diritto comunitario.

Soprattutto se considerati nel loro complesso, tutti questi fattori devono essere necessariamente valorizzati per tentare una ricostruzione teorica del nostro modello di protezione sociale più razionale e coerente (specie con il suo effettivo sviluppo).

Innanzitutto va tenuto presente che, già sul finire degli anni ottanta del secolo scorso, un'altra parte della dottrina, discostandosi da quella tradizionale (e raccogliendo via via sempre più consensi tanto da divenire quella prevalente), ha iniziato a proporre una diversa (e in fin dei conti opposta) ricostruzione giuridica dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza integrativa o complementare, poi sempre più affinata negli anni successivi (anche sulla base, e con il conforto nel frattempo, dell'evoluzione normativa).

Non più una netta distinzione di funzioni, ma la presa d'atto che la previdenza complementare, in coerenza con l'evoluzione delle concezioni dominanti sul ruolo dello Stato sociale, svolge una funzione concorrente e, quindi, analoga a quella della previdenza pubblica, in quanto è destinata a realizzare, o comunque può realizzare anch'essa, interessi propriamente pubblici (come l'interesse alla liberazione dal bisogno). Dunque una complementarietà (non più soltanto di prestazioni[12] ma anche) di funzioni, essendo anche la previdenza privata (complementare), come la previdenza pubblica (di base), destinata a

[12] Per l'esistenza di un nesso di complementarietà soltanto fra le prestazioni della previdenza privata e quelle della previdenza pubblica, vedi M. PERSIANI, *La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, cit., pp. 983 ss.; ID., *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 318, nt. 15.

realizzare la garanzia costituzionale dei «mezzi adeguati alle esigenze di vita»[13].

Quantomeno, da parte di una ulteriore dottrina ancora, pragmaticamente rinunciando ad una precisa presa di posizione si è riconosciuta (ed anche teorizzata) la configurazione giuridicamente ambigua o ibrida della previdenza complementare, con la conseguenza di rendere estremamente incerta, soprattutto dal punto di vista funzionale, la sua collocazione nell'ambito dei principi costituzionali[14].

Più decisa, almeno nelle indicazioni di principio, appare la scelta del legislatore, dettata all'epoca da esigenze contingenti (l'arretramento di effettività della tutela previdenziale pubblica), ma destinata a divenire di sistema, soprattutto per fattori demografici e gravi problemi finanziari, ormai (entrambi) strutturali[15]. Com'è a tutti noto, infatti, la previdenza complementare è stata istituita proprio per perseguire un superiore interesse pubblico e, cioè, quello di concorrere a garantire, unitamente al sistema pensionistico obbligatorio, la tutela prevista dall'art. 38 Cost., attraverso livelli aggiuntivi (o più elevati livelli) di copertura previdenziale[16].

Dunque la scelta iniziale del legislatore – confermata almeno nelle sue linee generali anche dalla successiva evoluzione normativa – è stata, ed è tutt'ora, quella di utilizzare la previdenza complementare, se

[13] Cfr., soprattutto e sia pure con qualche diversità di impostazione, R. PESSI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 1999, spec. pp. 9 ss., 31 e 54 ss.; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto*, *disc. priv., sez. comm.*, XI, Utet, Torino, 1995, p. 253; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 161 ss., spec. pp. 180-181 e 190.

[14] Cfr., soprattutto, M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 530 ss.; T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Rappresentanza e rappresentatività, sindacato in azienda ed altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 756; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009, p. 13 ss.; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 67 e 93; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2005, p. 401 ss. e 633 ss.

[15] Come attestato di recente anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza 9 novembre 2020, n. 234.

[16] Cfr. art. 1, d.lgs. n. 124 del 1993 e art. 1, comma 1, l. n. 335 del 1995.

pure mantenuta privata e libera nella sua struttura organizzativa, per realizzare l'obiettivo dell'adeguatezza, assieme a quella di base (ridotta e riformata). Dal punto di vista sistematico, una previdenza complementare ricondotta non più soltanto al quinto comma dell'art. 38 Cost., ma anche, se non soprattutto, al secondo comma dello stesso art. 38 Cost.[17].

Ed è indubbio che una ulteriore conferma sistematica a questa ricostruzione l'ha fornita la Corte costituzionale quando, proprio occupandosi della funzione della previdenza complementare, ha ritenuto che le forme pensionistiche complementari svolgano non soltanto un'attività di rilevanza pubblica, ma un'attività direttamente riconducibile alla realizzazione del programma di tutela contenuto nel secondo comma dell'art. 38 Cost.

Infine altrettanto, e forse ancor più, significative e rilevanti appaiono le indicazioni degli organi dell'Unione europea.

Fatti salvi i diritti nazionali della sicurezza sociale, e quindi le prerogative degli Stati membri per quanto riguarda l'organizzazione dei propri sistemi pensionistici (compresi quelli aziendali o professionali), da tempo si registra a livello europeo la tendenza a riconoscere la dimensione (e la funzione) sociale della previdenza complementare e, in quest'ottica, un ruolo (e un peso anche finanziario) sempre più rilevante ai regimi previdenziali privati, per ridurre la pressione crescente su quelli pubblici e realizzare così un unico sistema che sia in grado di garantire pensioni sicure, adeguate e sostenibili[18].

[17] Cfr. C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, su cui vedi in particolare R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, *Mass. giur. lav.,* 2000, pp. 965 ss., e da ultimo C. cost. 3 ottobre 2019, n. 218.

[18] Cfr. la Dir. 1998/49/CE del 29 giugno 1998, la Dir. 2003/41/CE del 3 giugno 2003, la Dir. 2014/50/UE del 16 aprile 2014, il Libro bianco della Commissione europea del 16 febbraio 2012, *Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili* e la risoluzione del Parlamento europeo del 21 maggio 2013 su un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili. In proposito, vedi soprattutto S. GIUBBONI, *Coordinamento europeo della sicurezza sociale e regimi di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, pp. 193 ss.

4. *Il sistema integrato e plurale di tutela previdenziale*

La considerazione unitaria di questi fattori implica, e nello stesso tempo conferma, una trasformazione anche giuridica del nostro ordinamento previdenziale per quanto riguarda i rapporti tra previdenza sociale (intesa in senso stretto) e previdenza complementare.

Oramai, come già è stato posto in evidenza, si tratta di un sistema di tutela sempre più integrato, nel quale i principi e i concetti espressi dal secondo, quarto e quinto comma dell'art. 38 Cost. devono essere letti e interpretati unitariamente, con la conseguenza che la previdenza complementare, pure conservando la sua autonomia strutturale (e le sue peculiarità di disciplina costituzionalmente garantite), non è più funzionalizzata esclusivamente al perseguimento di interessi privati, ma può concorrere anch'essa al perseguimento dell'obiettivo della previdenza sociale, ossia i mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori[19].

Dunque non è più possibile configurare previdenza di base pubblica e previdenza complementare privata come due compartimenti stagni che operano su piani del tutto separati e reciprocamente indifferenti. Al contrario, aumentano i collegamenti, le commistioni e le sinergie tra i due sottosistemi che, sebbene sempre più integrati in un unico sistema previdenziale avente un obiettivo (e una funzione) oramai comune, continuano a restare separati e distinti quanto a natura, strutture e caratteristiche.

Del resto è noto da tempo come, in base all'insegnamento della dottrina prevalente[20] e della giurisprudenza costituzionale[21], l'art. 38

[19] Per l'integrazione dei due precetti costituzionali (art. 38, commi 2 e 5), cfr. soprattutto T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, cit., p. 18; A TURSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 289; S. GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, cit., p. 45.

[20] Cfr., tra i molti, M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 1, p. 156; T. TREU, *Pubblico e privato nella previdenza*, cit., p. 7 ss.; V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, cit., p. 11 ss.

[21] Cfr. già C. cost. 6 giugno 1974, n. 160, cit., secondo cui la norma costituzionale lascia piena libertà allo Stato di scegliere non soltanto i modi, ma anche le forme e le

Cost., fondamento del nostro sistema previdenziale, prefiguri un modello «aperto», vincolato (o rigido) soltanto nel fine, nel quale pubblico e privato – secondo le valutazioni discrezionali del legislatore[22] – possono coesistere, integrarsi e interagire per il perseguimento dell'interesse generale (socialmente rilevante), anche in applicazione del principio della sussidiarietà orizzontale (già implicito in diverse disposizioni della Costituzione del 1948 ed, ora, consacrato, sia pure in una versione "*debole*", nella riforma del 2001).

Insomma un sistema previdenziale plurale, anche nel senso di una maggiore apertura all'autonomia privata nell'organizzazione dei servizi e nell'erogazione delle prestazioni, valorizzando il pluralismo sociale[23]. Già avviene del resto in molti settori del *welfare* (soprattutto la sanità e l'assistenza sociale, con lo sviluppo delle organizzazioni del cd. terzo settore), compresa la stessa previdenza sociale. Basti pensare, oltre e ancor più della previdenza complementare, agli enti previdenziali privati (in particolare le casse di previdenza autofinanziate dei liberi professionisti), i quali continuano a caratterizzarsi, anche dopo l'avvenuta privatizzazione, per il fine pubblicistico della loro attività istituzionale[24].

Inoltre una più stretta collaborazione tra pubblico e privato nella realizzazione della tutela previdenziale, implicante una reale compenetrazione tra Stato, gruppi intermedi e società civile, è desumibile, e trova fondamento, anche in altri principi accolti dalla Costituzione. Mi riferisco, in particolare, all'art. 38, comma 4, agli artt. 2 e 39 e (ora) anche all'art. 118 (con il principio di sussidiarietà orizzontale).

strutture organizzative che ritiene più idonee ed efficienti allo scopo. Ma, soprattutto, vedi C. cost. 5 febbraio 1986, n. 31 e C. cost. 7 febbraio 2000, n. 36.

[22] Al quale soltanto spetta il compito di stabilire il se, il come ed il quando realizzare il principio di solidarietà. Cfr. G. PROIA, *La Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 179.

[23] Da ultimo, vedi M. GAMBACCIANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 181 ss., anche per ulteriori riferimenti.

[24] Cfr. art. 1, commi 32 e 33, l. n. 537 del 1994, art. 1, comma 3, d.lgs. n. 509 del 1994 e d.lgs. n. 103 del 1996, nonché C. cost. 18 luglio 1997, n. 248 e C. cost. 5 febbraio 1999, n. 15. Per un recente quadro d'insieme, cfr. G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017.

In base all'effetto anche combinato di questi principi – e della linea di tendenza generale volta al contenimento dell'intervento pubblico diretto ed alla contestuale promozione dell'azione dei privati – risulta costituzionalmente giustificata la normativa diretta a favorire la previdenza complementare, nonché a porre per più versi vincoli e limitazioni all'autonomia privata (non soltanto individuale ma anche collettiva)[25], ed a prevedere un penetrante sistema di controlli, garanzie e sanzioni al fine di assicurare la correttezza della sua gestione, anzitutto nell'interesse dei singoli partecipanti.

Del resto l'alto tasso di regolazione della materia della previdenza complementare è coerente ed anzi imposto dalla funzione pubblica che essa assolve e dal superiore interesse pubblico che essa persegue[26], scontando anche una certa diffidenza nei confronti dell'applicazione del principio della sussidiarietà orizzontate quando si tratta di esercitare funzioni di tutela previdenziale (diffidenza, peraltro, a volte anche giustificata)[27].

5. *La nozione di adeguatezza. Diritti sociali e livelli essenziali (e non essenziali) delle prestazioni. Il nucleo o contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali. La scomposizione della struttura della prestazione adeguata. I due distinti livelli (o parti) dell'adeguatezza: un primo livello (o parte) essenziale ed un secondo livello (o parte) ulteriore, ma non essenziale*

Come si è detto l'obiettivo che la previdenza sociale, anche con il supporto della previdenza complementare, deve raggiungere è quello

[25] Cfr., in particolare, C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.; C. cost. 27 luglio 2001, n. 319, cit.

[26] Cfr. G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 622.

[27] Da ultimo, per una efficace sintesi dei numerosi elementi di criticità/contraddittorietà che tuttora caratterizzano il sistema della previdenza complementare, vedi R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, tomo III, pp. 2731 ss.

di assicurare al lavoratore un trattamento che possa risultare complessivamente adeguato alle sue esigenze di vita.

Già da tempo la dottrina ha posto in luce come quella dell'adeguatezza sia una nozione (o un concetto) particolarmente difficile da definire, avendo un carattere generico ed indeterminato, per questo dinamico ed evolutivo e, quindi, mutevole nel tempo[28]. Tuttavia indicazioni e spunti ricostruttivi utili, proprio al fine di individuarne il contenuto, sono stati (e sono) forniti dalla Corte costituzionale, ma soprattutto dalla stessa Costituzione.

Oramai con orientamento consolidato, la giurisprudenza costituzionale, anche tenuto presente il contributo che i lavoratori hanno offerto al benessere della collettività, ritiene che la nozione di adeguatezza implichi, peraltro non in modo indiscriminatamente uniforme, «ulteriori esigenze» o «più elevate garanzie» rispetto al minimo vitale o esistenziale (cioè i mezzi necessari per vivere oggetto del diritto all'assistenza sociale per tutti i cittadini)[29], e quindi un livello di tutela superiore (o di maggior valore), ma non anche lo stesso tenore di vita

[28] Sulle difficoltà di concreta determinazione di quel concetto, vedi M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 55 ss. In argomento, più recentemente e con diversi punti di vista, vedi anche M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, pp. 281 ss.; R. PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel* welfare, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, pp. 595 ss.; P. SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, pp. 687 ss.; R. VIANELLO, *L'adeguatezza come unità di misura etico-sociale ed economica della prestazione previdenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, pp. 661 ss.; E. ALES, *Il diritto dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia discrezionalità del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 521 ss.; L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, pp. 557 ss.; G. LUDOVICO, *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg. dir. la*v., 2013, pp. 909 ss.; R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, pp. 215 ss.

[29] Cfr., soprattutto, C. cost. 5 febbraio 1986, n. 31, cit. Sul cd. minimo vitale, vedi F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

raggiunto durante la vita lavorativa (ossia una integrale coincidenza tra il livello della pensione e l'ultima retribuzione)[30].

Pertanto i mezzi adeguati alle esigenze di vita, in base all'insegnamento della Corte costituzionale, non sono soltanto quelli che soddisfano i bisogni elementari e vitali della persona, ma quelli che tengono conto anche dei livelli retributivi conseguiti nel corso dell'attività lavorativa, rispettando la proporzionalità tra pensione e retribuzione[31], sia pure in termini non di «integrale corrispondenza» ma (almeno) di «commisurazione»[32]. Si conferma dunque una innegabile connessione (integrazione) tra la garanzia dell'art. 38 Cost. e quella dell'art. 36 Cost. anche per dare «un contenuto più concreto al parametro dell'adeguatezza»[33], pur «non in modo indefettibile e strettamente proporzionale»[34]. E per preservare questo necessario (anche se «tendenziale e imperfetto»)[35] rapporto di corrispondenza (anche nel tempo) tra pensioni e retribuzioni, i giudici costituzionali hanno elaborato e fatto ricorso al criterio dell'«irragionevole scostamento», per cui ogni scostamento da quel rapporto che non sia ragionevole è da considerar-

[30] Tra le molte, C. cost. 15 marzo 1991, n. 119; C. cost. 7 luglio 1986, n. 173; C. cost. 18 maggio 2006, n. 202.

[31] Cfr. C. cost. 11 novembre 2010, n. 316; C. cost. 5 maggio 1988, n. 501; C. cost. 13 marzo 1980, n. 26. Ma sul collegamento tra pensione e retribuzione, vedi già C. cost. 22 dicembre 1969, n. 155.

[32] Cfr. C. cost. 15 marzo 1991, n. 119, cit.; C. cost. 30 aprile 2015, n. 70. Sull'esigenza che il concetto di adeguatezza (evocando la proporzionalità) tenga conto in qualche misura anche del merito, ossia della qualità e quantità del lavoro prestato, vedi in particolare M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, cit., pp. 57-58, ed anche D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 691 ss., e R. PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel* welfare, cit., p. 598, secondo cui l'adeguatezza esprime una correlazione con le esigenze di vita concretizzatesi nel periodo lavorativo. Esclude, invece, che l'adeguatezza implichi riferimenti alle esigenze individuali del pensionato determinate o connesse al lavoro prestato, M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, cit., p. 290 ss.

[33] Cfr. C. cost. 1 dicembre 2017, n. 250. Vedi anche C. cost. 16 luglio 2014, n. 208 e C. cost. 30 aprile 2015, n. 70, cit.

[34] Cfr. C. cost. 13 luglio 2016, n. 173, C. cost. 7 dicembre 2017, n. 259 e C. cost. 9 novembre 2020, n. 234, cit.

[35] Cfr. C. cost. 10 febbraio 1993, n. 42 e C. cost. 7 dicembre 2017, n. 259, cit.

si sintomatico dell'inadeguatezza del trattamento pensionistico corrisposto[36].

Altrettanto e forse ancor più decisive appaiono le indicazioni che provengono dalla Costituzione, soprattutto dopo l'ultima riforma del 2001.

I testi riformati del secondo comma dell'art. 117 e del secondo comma dell'art. 120, dettando la nuova disciplina dei rapporti tra Stato, regioni e autonomie locali, scompongono la struttura della prestazione che «concerne» i diritti sociali (anch'essi, come la previdenza sociale e la previdenza complementare, nominati per la prima volta nella Costituzione), distinguendo al suo interno livelli essenziali da livelli (si presume evidentemente) non essenziali.

Distinzione che, con i dovuti (e necessari) adattamenti per tener conto delle specificità di ognuno di essi, vale per tutti i diritti sociali, e quindi anche per il diritto alla previdenza (anch'esso da ricomprendere nell'ambito della macrocategoria dei diritti sociali).

Ed infatti, nella prima delle due disposizioni (art. 117, comma 2, Cost.), alla legislazione esclusiva dello Stato è attribuita la determinazione dei livelli (soltanto) essenziali delle prestazioni che concernono i diritti sociali che devono essere garantiti (in modo uniforme) su tutto il territorio nazionale, mentre nella seconda disposizione (art. 120, comma 2, Cost.), al governo statale è attribuito il potere di sostituirsi a organi delle regioni, province e comuni quando lo richiede, tra le altre ipotesi (sempre di carattere eccezionale), anche la tutela dei livelli (soltanto) essenziali sempre delle prestazioni concernenti i diritti sociali.

Dunque, con l'obiettivo di "*saldare*" federalismo e unità nazionale, la Costituzione sembra attribuire un valore e un rilievo diversi ai livelli essenziali delle prestazioni derivanti dai diritti sociali nel momento in cui li distingue, sia pure solo implicitamente, da quelli (ritenuti evidentemente) non essenziali, e riserva ad essi un trattamento di maggiore garanzia. E infatti, per esigenze di certezza ed anche di uguaglianza (nell'ottica di perseguire un federalismo solidale), la competenza legislativa esclusiva sulla loro determinazione e la tutela in ultima istanza di quei livelli sono affidati sempre allo Stato.

Già più volte e da tempo utilizzata dal legislatore ordinario[37], la

[36] Cfr. C. cost. 7 maggio 1993, n. 226 e C. cost. 7 dicembre 2017, n. 259, cit.

nozione o la tecnica dei livelli essenziali delle prestazioni è di uso corrente anche nella giurisprudenza costituzionale, indipendentemente dal riparto della potestà legislativa fra Stato e regioni.

Sempre più spesso, infatti, la Corte costituzionale fa riferimento ed identifica i concetti di «nucleo essenziale»[38] o «contenuto essenziale»[39] o «misura essenziale»[40] o «carattere essenziale»[41] dei diritti sociali fondamentali. Nucleo (o contenuto o misura o carattere) essenziale di quei diritti che non è ritenuto disponibile e comprimibile neppure dal legislatore (anche quello di revisione costituzionale), e neppure quando l'eventuale esclusione o elusione di quei diritti fosse, o dovesse essere, giustificata da esigenze di ordine finanziario[42].

Si registra, quindi, una significativa assonanza, se non una vera e propria comunanza (comunque un forte intreccio), tra principi costituzionali (espressi ora direttamente dagli artt. 117, comma 2, e 120, comma 2)[43] e principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale.

Da entrambi, infatti, risulta che ogni diritto sociale (e quindi anche

[37] Cfr., ad esempio, art. 1, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992 e art. 1, d.lgs. n. 229 del 1999, in materia di tutela del diritto alla salute; artt. 9, comma 1, lett. b) e 22, comma 2, l. n. 328 del 2000, in materia di assistenza sociale; art. 1, l. n. 53 del 2003 e art. 1, d.lgs. n. 286 del 2004, in materia di istruzione e formazione professionale; art. 11, l. n. 148 del 2011, in materia di tirocini. In proposito, vedi sistematicamente M. BELLETTI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 2009, vol. XVIII.

[38] C. cost. 15 luglio 1994, n. 304.

[39] C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit.; C. cost. 15 gennaio 2010, n. 10, cit.; C. cost. 4 dicembre 2009, n. 322, cit.

[40] C. cost. 26 febbraio 1998, n. 27.

[41] C. cost. 20 febbraio 1969, n. 22.

[42] Cfr., ad esempio, C. cost. 16 dicembre 2016, n. 275. Sul complesso problema dei condizionamenti finanziari e dell'effettività dei diritti sociali, vedi tra i più recenti M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, pp. 1 ss.; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, pp. 347 ss.; A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, pp. 3 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, pp. 1 ss.

[43] Che evocano il concetto di «contenuto essenziale» dei diritti sociali fondamentali. Cfr. C. PINELLI, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti di diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 895.

quello previdenziale) è composto da un nucleo «duro» (o «forte»), «irriducibile» e «incomprimibile», identificato dai livelli essenziali della prestazione[44], al quale si aggiunge una parte di tutela meno fondamentale (rispetto alla quale più ampia è la discrezionalità del legislatore, anche per ciò che riguarda le modalità e le tecniche di intervento)[45].

In altre parole, si tratta di un nucleo di tutela imprescindibile (e intangibile, o inviolabile)[46] perché i diritti sociali possano dirsi effettivi, e quindi strumento per la realizzazione, attraverso la liberazione dal bisogno, della libertà e della dignità delle persone. Una soglia essenziale della prestazione, intesa come garanzia appropriata o *standard*[47], funzionale al soddisfacimento di quei diritti, al di sotto della quale si determina il loro totale "*svuotamento*", e con esso (insieme alla violazione del diritto) la rottura del legame, o patto, sociale che dà vita alla cittadinanza[48].

Da questa configurazione (e scomposizione interna del contenuto) dei diritti sociali, è possibile trarre qualche prima conseguenza sistematica.

Si è già accennato che i diritti sociali, anche quelli cd. condizionati

[44] Per la tendenza ad identificare il «contenuto essenziale» di un diritto sociale e i «livelli essenziali delle (relative) prestazioni», vedi G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Cedam, Padova, 2007, p. 66.

[45] Cfr. E. ROSSI, *Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPPINO (a cura di), *Diritto di* welfare*. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 442-443.

[46] Cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XI.

[47] Per l'identificazione dei livelli essenziali dei diritti sociali come contenuto essenziale o *standard*, vedi anche P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistema di* welfare, in *Diritto di* welfare*. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., pp. 233-234. Fanno riferimento al concetto di «fabbisogno *standard*» per identificare i livelli essenziali delle prestazioni anche l'art. 2, comma 2, lett. f) e lett. m), n. 2, legge n. 42 del 2009, in materia di federalismo fiscale, ed il d.lgs. attuativo n. 216 del 2010, contenente disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* di comuni, città metropolitane e province.

[48] Cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della costituzione)*, in *Sanità pubbl.*, 2002, p. 1030.

o a prestazione positiva (come il diritto alla previdenza)[49], sono comunemente ritenuti diritti fondamentali della persona[50]. Come tali, anch'essi sono irrinunciabili ed indisponibili[51], caratteristiche proprie e tipiche di ogni diritto fondamentale.

Tuttavia, stante la diversificazione contenutistica (ed anche di valori e di principi che ne è alla base), è possibile ritenere che l'irrinunciabilità e l'indisponibilità riguardano soltanto la parte di quei diritti che attiene ai livelli essenziali di tutela[52]. Riguardano, cioè, soltanto il nucleo o il contenuto essenziale del diritto sociale (inderogabile ed indisponibile non soltanto individualmente e collettivamente, ma anche da parte dello stesso legislatore, pure quello di revisione costituzionale, dovendo concorrere a garantire il valore supremo della dignità umana)[53]. Per questo anche il diritto alla previdenza sociale (e ancor più in particolare il diritto a pensione), come gli altri diritti sociali, deve ritenersi assolutamente irrinunciabile ed indisponibile soltanto per la parte che attiene ai livelli essenziali di tutela.

Conseguenze di sistema possono trarsi anche con riferimento all'individuazione della nozione di adeguatezza della prestazione previdenziale.

Ed infatti, anche per il diritto della previdenza sociale, i principi contenuti negli artt. 38, comma 2, 117, comma 2, e 120, comma 2, Cost. consentono di distinguere, all'interno della garanzia dell'ade-

[49] Per queste definizioni, cfr. C. cost. 15 luglio 1994, n. 304, cit.; C. cost. 3 giugno 1992, n. 247; C. cost. 16 ottobre 1990, n. 455.

[50] Cfr. C. cost. 20 febbraio 1969, n. 22; C. cost. 26 aprile 1971, n. 80; C. cost. 22 luglio 1999, n. 345, in *Giust. civ.*, 1999, 1, p. 2896. In dottrina, cfr. per tutti P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 489 ss.

[51] Cfr., ancora, C. cost. 22 luglio 1999, n. 345, cit., nonché M. CINELLI, *Il rapporto previdenziale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 161 ss.

[52] Del resto, è da tenere presente che nella nostra Costituzione non v'è un espresso fondamento positivo del principio di indisponibilità ed irrinunciabilità individuale dei diritti soggettivi che derivano da diritti sociali fondamentali, se non per il diritto del lavoratore al riposo settimanale ed alle ferie annuali retribuite (cfr. art. 36, comma 3, Cost.). In proposito, vedi C. cost. 20 marzo 1974, n. 77.

[53] Sul concetto di «principio supremo», vedi M.R. DONNARUMMA, *Il «limite dei principi supremi» e la teoria costituzionale dei valori*, in *Dir. e soc.*, 2006, pp. 199 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 153 ss.

guatezza, due livelli (strutturali e qualitativi diversi): un primo livello essenziale ed un secondo livello ulteriore, ma non essenziale.

Dunque anche la prestazione adeguata, oggetto del diritto alla previdenza sociale, è composta di due parti distinte tra di loro, una essenziale e una non essenziale[54].

Soltanto la prima, ossia la prestazione (o il livello) essenziale, identifica il nucleo essenziale di quel diritto fondamentale, mentre quella non essenziale concorre ed è quindi rilevante per il raggiungimento dell'obiettivo dei mezzi adeguati alle esigenze di vita[55].

Pertanto l'adeguatezza non coincide con l'essenzialità (cioè con i bisogni essenziali, non essendo i due concetti sovrapponibili), ma la comprende, non esaurendosi in essa ma implicando un livello di tutela necessariamente ulteriore. In altre parole i mezzi adeguati non corrispondono, nelle valutazioni costituzionali, ai mezzi essenziali alla liberazione dal bisogno[56].

Ed anche distinguendo la «previdenza sociale» dai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali»[57], sempre nell'ambito della individuazione delle competenze legislative esclusive dello Stato, la Costituzione sembra confermare ulteriormente che la previdenza

[54] Ho già proposto la stessa ricostruzione giuridica anche in precedenti scritti sull'argomento, ed in particolare in M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, pp. 627 ss., e ID., *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 267 ss., cui si rinvia per ulteriori e più ampi approfondimenti.

[55] In una prospettiva in parte analoga, cfr. A. TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. assist. pubbl. priv.*, 2004, p. 413; ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 93. Vedi anche R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, cit., pp. 91 e 397, per un accenno alla possibile esistenza di «un doppio livello di adeguatezza», con l'ulteriore precisazione che l'obiettivo cui è destinata la previdenza complementare è quello di «assicurare livelli di copertura previdenziale più elevati rispetto alle soglie di tutela minima espresse dalla sussistenza».

[56] Identifica, invece, i mezzi adeguati con i mezzi essenziali, M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 1094 (anche ID., *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, pp. 552 ss.).

[57] Cfr. art. 117, comma 2, lett. m) e o), Cost.

sociale non ha ad oggetto soltanto i livelli essenziali, ma un livello di tutela più elevato costituito (appunto) dall'adeguatezza[58].

6. *I due distinti livelli dell'adeguatezza (essenziale e non essenziale) e gli interventi del legislatore*

Le considerazioni che precedono, sulla base dell'interpretazione combinata degli artt. 38, comma 2, 117, comma 2, e 120, comma 2, Cost., hanno consentito di poter scomporre la struttura della prestazione adeguata, identificando livelli essenziali da livelli non essenziali (con l'attribuzione di valori e significati diversi e diversamente vincolanti).

Questa scomposizione è, a mio avviso, importante perché consente al legislatore di poter diversificare modalità e strumenti con i quali perseguire e realizzare l'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza, considerato nel suo complesso.

E' noto, infatti, che il secondo comma dell'art. 38 Cost. è disposizione di carattere imperativo e precettivo (immediatamente operante nell'ordinamento giuridico), attribuendo ai lavoratori un diritto soggettivo in senso proprio. Tuttavia, trattandosi di un diritto condizionato (o a prestazione positiva), è sempre necessario un intervento legislativo per darvi concreta attuazione (e così renderlo effettivo)[59]. E' quindi obbligo (costituzionale) del legislatore ordinario intervenire per apprestare una disciplina che realizzi il principio posto a tutela del diritto sociale, individuando quale sia l'oggetto del diritto dei lavoratori a «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita».

Così il primo livello dell'adeguatezza, quello essenziale (che non coincide con i trattamenti di mera sopravvivenza ma implica prestazioni di consistenza quantitativa superiore), deve essere soddisfatto da

[58] Concetto che «certamente indica qualcosa di più e di diverso rispetto ai livelli essenziali» delle prestazioni previdenziali, altrimenti sarebbe «pleonastica l'esplicita menzione di entrambe le materie nel secondo comma dell'art. 117 Cost.». Così G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 199.

[59] Cfr. C. cost. 20 febbraio 1969, n. 22; C. cost. 6 giugno 1974, n. 160; C. cost. 26 aprile 1971, n. 80.

una tutela non soltanto obbligatoria, ma anche assolutamente necessaria ed indisponibile (nel senso che si realizza automaticamente anche a prescindere dal comportamento dei soggetti interessati). In quest'ipotesi, fino ad ora caratterizzata pressoché esclusivamente dall'intervento pubblico diretto, il legislatore interviene a garanzia del nucleo, o contenuto, essenziale del diritto previdenziale, irrinunciabile per tutti i lavoratori nessuno escluso. La determinazione delle prestazioni previdenziali comprese nei livelli essenziali si pone, quindi, come strumento per realizzare l'eguaglianza sostanziale. Essi potrebbero essere identificati nei trattamenti minimi di pensione (oggi soppressi per le pensioni contributive)[60], comunque superiori ai mezzi necessari per vivere (ossia il minimo vitale), ma anche in trattamenti più elevati. Del resto anche i giudici costituzionali hanno già considerato i minimi di pensione «nucleo essenziale di protezione previdenziale»[61].

Come già è stato più volte chiarito dalla Corte costituzionale spetta al legislatore ordinario, nell'ambito della sua discrezionalità (sulla base, cioè, di valutazioni politiche) e nei limiti della ragionevolezza, individuare e stabilire quale sia concretamente il livello essenziale (l'essenza dell'essenziale, se così si può dire) della prestazione che deve essere necessariamente garantita, anche tenendo conto delle esigenze finanziarie e di bilancio (pure quelle esigenze non potendo condurre, per quanto pressanti, alla totale elisione o ad una significativa erosione del diritto fondamentale)[62].

Dunque la determinazione dei livelli essenziali (anch'esso, come quello dell'adeguatezza, un concetto elastico e relativo[63], difficile da definire per la sua notevole indeterminatezza e impossibile da fissare *a*

[60] Cfr. art. 1, comma 16, legge n. 335 del 1995.

[61] Cfr. C. cost. 13 luglio 2016, n. 173, cit.

[62] Tra le molte, cfr. C. cost. 26 febbraio 1998, n. 27, cit.; C. cost. 30 dicembre 1998, n. 457; C. cost. 15 luglio 1994, n. 304, cit.; C. cost. 3 giugno 1992, n. 247, cit.; C. cost. 8 giugno 2001.

[63] Non è possibile intendere neppure il concetto di contenuto (o livello) essenziale come un concetto assoluto che opera prescindendo del tutto dal bilanciamento costituzionale, e quindi come limite esterno ad esso e totalmente indipendente rispetto al compromesso legislativo fra tutela dei bisogni e disponibilità finanziarie.

priori)[64] è riservata sempre al legislatore statale che, perseguendo l'obiettivo della «convivenza dei principi»[65], interviene operando un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali concorrenti, compresi quelli costituiti dalle risorse finanziarie disponibili[66]. Mentre il controllo del giudice costituzionale sulle decisioni del legislatore – sempre operato nell'ottica della ricerca di quel difficile bilanciamento – può estendersi soltanto fino a verificare il rispetto del limite della manifesta irragionevolezza o della manifesta contraddittorietà[67].

Invece il secondo livello, quello ulteriore ma non essenziale, pure essendo rilevante per raggiungere la soglia dell'adeguatezza (e così migliorare la qualità di vita dei lavoratori), non deve essere soddisfatto da una tutela assolutamente necessaria ed indisponibile, proprio perché si tratta di soddisfare esigenze, o livelli, non essenziali del diritto alla previdenza sociale, seppure quelle esigenze, o quei livelli, siano comunque costituzionalmente rilevanti. Come è possibile ritenere, ancora una volta, sulla base della lettura coordinata dei principi espressi dagli artt. 38, comma 2, 117, comma 2, e 120, comma 2, Cost.

E soprattutto quando si tratta del contenuto o del nucleo non essenziale di quel diritto, la garanzia dell'adeguatezza dei mezzi di vita può essere realizzata non soltanto con prestazioni economiche (e cioè con trasferimenti di reddito come sono le pensioni), ma anche con strumenti diversi e quindi anche con prestazioni di servizi generali alla persona (od anche combinando prestazioni economiche e servizi, con il concorso spesso determinante dell'iniziativa privata), secondo quello

[64] Sulle difficoltà di definizione del concetto, ma anche per alcuni tentativi d'interpretazione, vedi soprattutto M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della costituzione)*, cit., pp. 1033 ss.; E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e «livello essenziale di prestazione» nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'«uguaglianza solidale»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, p. 359; M. CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, cit., pp. 14 ss.

[65] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 13 ss. e p. 170, che esclude la possibilità di strutturare quei principi secondo una «gerarchia di valori», altrimenti si determinerebbe un'incompatibilità col carattere pluralistico della società, «inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali».

[66] Cfr. C. cost. 1 giugno 1995, n. 218; C. cost. 25 maggio 1990, n. 260; C. cost. 15 marzo 1991, n. 119, cit.; C. cost. 31 marzo 1995, n. 99; C. cost. 19 dicembre 2006, n. 426.

[67] Cfr., ancora, C. cost. 26 febbraio 1998, n. 27, cit.

che viene sinteticamente definito, con una formula ancor'oggi dai contorni incerti, come *welfare mix*[68].

Ed infatti non sempre il tasso di sostituzione della pensione al reddito da lavoro è in grado di misurare e valutare correttamente il rapporto tra lo *standard* di vita prima e dopo il pensionamento. Per una misurazione e una valutazione più completa, vanno necessariamente presi in considerazione anche altri fattori (compresi quelli di natura ambientale e territoriale) che possono incidere allo stesso modo (se non anche in misura maggiore) sulla realizzazione dell'obiettivo costituzionale (del resto il secondo comma dell'art. 38 Cost. non identifica, né specifica, i «mezzi» e le modalità con i quali perseguire concretamente il risultato dell'adeguatezza alle esigenze di vita).

Fino ad ora anche questo secondo livello (non essenziale), come già il primo, è stato soddisfatto prevalentemente con l'intervento pubblico (sempre accentrato a livello statale). In linea di principio non è però escluso che esso possa essere soddisfatto, ed anche in termini più rilevanti rispetto al passato, non soltanto con maggiori combinazioni di prestazioni economiche e servizi, ma pure con il concorso dell'intervento privato, e quindi, come sta accadendo attualmente anche per la cronica carenza di risorse disponibili, ricorrendo alla previdenza complementare.

7. *Previdenza complementare, adeguatezza e vincolo costituzionale di libertà*

Dunque, conformemente all'evoluzione dei principi costituzionali, la previdenza privata complementare può concorrere anch'essa, insieme alla previdenza pubblica di base, al perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza, ma soltanto limitatamente alla determinazione dei livelli di tutela (adeguati ma) non essenziali.

[68] In proposito, da diversi punti di vista, vedi G. SIGILLÒ MASSARA, *L'insostenibile tensione verso il* welfare mix*, tra fondi di solidarietà bilaterali e previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, pp. 481 ss.; U. ASCOLI, C. RANCI, *Il* welfare mix *in Europa*, Carocci, Roma, 2003; R. PESSI, *Il* «welfare mix» *tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, pp. 512 e 517 ss.

Quelli essenziali, invece, devono essere garantiti sempre e soltanto da regimi previdenziali assolutamente necessari ed indisponibili, come quello (di base) pubblico (od anche privato) obbligatorio (non potendovi essere, per i livelli essenziali, fungibilità tra le due distinte ma complementari tutele previdenziali).

Resta, infatti, il vincolo costituzionale del quinto comma dell'art. 38.

Vincolo che, evidentemente, non si può eludere imponendo per legge (ma anche in definitiva per contratto collettivo)[69] l'obbligatorietà *tout court*[70]. Ma che, anzi, si deve continuare a valorizzare, nella prospettiva di una lettura unitaria e sistematica del secondo, quarto e quinto comma di quella stessa disposizione (oltreché del secondo comma degli artt. 117 e 120 Cost.).

Com'è noto, almeno secondo l'interpretazione prevalente, il quinto comma dell'art. 38 Cost. garantisce la libertà non soltanto

[69] Soprattutto ove l'obbligo d'iscrizione eventualmente imposto dal contratto collettivo dovesse implicare anche l'obbligo di conferimento del trattamento di fine rapporto, (parzialmente) indisponibile da parte dell'autonomia collettiva. Invece, sulla possibilità per la contrattazione collettiva di prevedere nel suo ambito di efficacia soggettiva l'iscrizione obbligatoria alle forme di previdenza complementare negoziali, vedi soprattutto R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.,* 2008, pp. 911 ss., ed anche P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 358; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del* welfare state*: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, pp. 236 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, pp. 524-525 ed anche 530-531. Sull'incremento negli ultimi anni delle adesioni cd. «contrattuali» ai fondi pensione negoziali, vedi criticamente R. VIANELLO, *La previdenza complementare, oggi: tra dogmi e aporie*, cit., pp. 2743 ss., anche per i dubbi sulla compatibilità con il principio di libertà e volontarietà di adesione.

[70] Tra i molti, evocano già da tempo (o comunque non escludono) come possibile soluzione, invece, la conversione della previdenza complementare «in forma di tutela sociale obbligatoria», M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Mass. giur. lav.,* 2007, p. 414, ed anche R. PESSI, *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, p. 667, secondo cui l'obbligatorietà per legge della previdenza complementare sarebbe «certamente utilizzabile stante l'afferenza della disciplina all'art. 38, comma 2, Cost.».

dell'assistenza ma anche della previdenza privata[71]. Quella libertà, quindi, deve continuare a costituire uno dei fondamenti della previdenza privata complementare. Pertanto è costituzionalmente necessario, trattandosi di una garanzia minima ineliminabile, salvaguardare margini di libertà (sia individuale che collettiva) nella disciplina della previdenza complementare. Il legislatore non li può annullare del tutto, ma li deve assicurare, se pure libero di articolarli, modularli ed anche limitarli in relazione ai singoli profili come ritiene più opportuno.

In particolare quella libertà, o quei margini di libertà, devono essere garantiti, oltreché nella fase istitutiva (rimessa essenzialmente alle determinazioni dell'autonomia collettiva), anche nella fase di accesso e, cioè, d'iscrizione (o, in alternativa, nella fase di recesso). Tanto più ove per finanziare la previdenza complementare si intende utilizzare, come fonte primaria (ed assolutamente prevalente), il trattamento di fine rapporto, ossia una parte della retribuzione del lavoratore se pure differita[72]. Ove quindi ancora più stretto, e difficile da districare, è l'intreccio tra retribuzione e previdenza.

Fino ad ora nel sistema della previdenza complementare (che appare rispettoso, sotto questo profilo, delle valutazioni accolte dal legislatore costituente), è stata sempre garantita la libertà di adesione, ma non quella speculare di recesso, sottoposto invece a penetranti limiti e condizioni.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico, appare compatibile con i principi costituzionali anche per ipotesi la soluzione inversa, e cioè l'obbligo d'iscrizione con libertà di recesso. Ed infatti, anche in questa

[71] La dottrina è pressoché unanime nel riferire l'espressione «assistenza privata» contenuta nel comma 5 dell'art. 38 della Costituzione anche alle iniziative previdenziali dei privati, e cioè a «tutte le forme di protezione che siano create dalla autonomia dei gruppi e dei singoli». Cfr., per tutti, V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, cit., pp. 17 ss., per il quale la comprensività della formula emerge chiaramente «dagli stessi lavori preparatori» dell'assemblea costituente; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, cit., p. 172.

[72] In proposito, cfr. M. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, cit., e più recentemente A. TURSI, *Retribuzione, previdenza,* welfare: *nuove variazioni sul tema*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, pp. 95 ss.

eventuale ipotesi, verrebbe garantita (sia pure con modalità diverse) la libertà di scelta (e quindi il carattere pur sempre volontario della previdenza complementare). Conformemente a quanto disposto dal quinto comma dell'art. 38 Cost., che non indica le modalità con le quali quella libertà debba essere concretamente esercitata, purché essa sia comunque garantita. L'unica differenza sarebbe che la libertà, anziché nella fase di accesso o d'iscrizione, si eserciterebbe nella fase (successiva) d'uscita o di recesso.

8. *Libertà della previdenza complementare e realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza*

La ricostruzione teorica che ho tentato di proporre consente di risolvere anche un problema giuridico tra i più complessi e rilevanti della normativa sulla previdenza complementare.

Il problema è quello della compatibilità tra il carattere libero e volontario della previdenza complementare (e perciò soltanto eventuale, anche per quanto riguarda l'intervento delle fonti abilitate dal legislatore ad istituire i fondi pensione) e la realizzazione dell'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza (cui anche la previdenza complementare tende, o può tendere).

Ed infatti la libertà di adesione – come anche, in ipotesi, soltanto quella di recesso (ove sia incondizionato) – affidano sempre, in ultima istanza, alla disponibilità del singolo lavoratore la concreta realizzazione della tutela previdenziale complementare, e quindi anche dell'obiettivo dell'adeguatezza imposto dalla Costituzione[73]. Mentre

[73] La contraddizione, o l'incoerenza, sistematica è comunemente avvertita dalla dottrina. Tra i molti, cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1482, per il quale «se la previdenza complementare concorre alla realizzazione degli obiettivi previsti dal secondo comma dell'art. 38 Cost., la sua funzione non dovrebbe dipendere da scelte individuali»; M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, cit., p. 532; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 317; A. VALLEBONA, *Limiti legali all'autonomia dei fondi pensione*, in *Dir. lav.*, 2000, 1, p. 339; L. FERLUGA, *La previdenza complementare nel disegno costituzionale*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, pp. 33 ss.

quando si tratta di diritti fondamentali della persona, correttamente si è avvertito, e l'obiezione è giuridicamente ineccepibile, come lo spazio di autodeterminazione del singolo, se anche può avere ad oggetto l'opzione in ordine alle modalità mediante le quali realizzare i diritti riconosciuti, non possa invece avere ad oggetto la scelta relativa al se godere o no di tali diritti[74].

Per superare questa obiezione (agevolmente superabile prevedendo l'obbligatorietà dell'adesione senza possibilità di successivo recesso), si è ritenuto che la necessarietà della tutela prevista dal secondo comma dell'art. 38 Cost. sarebbe attinente soltanto alla predisposizione dello strumento, e quindi all'offerta dell'opportunità prescindendo da quella che poi è la sua concreta attuazione (affidata *in toto* alla libertà del singolo)[75]. Pur originale, questa interpretazione non pare accoglibile, non potendosi ammettere la disponibilità anche del nucleo essenziale del diritto fondamentale alla previdenza sociale, ove si tenga conto che quel nucleo è indisponibile anche da parte dello stesso legislatore[76].

Per questo, a me pare che una diversa soluzione al problema possa configurarsi ancora una volta facendo riferimento ai principi contenuti negli artt. 38, comma 2, 117, comma 2, e 120, comma 2, Cost., dai quali risulta che, come già si è avuto modo di verificare, la prestazione adeguata oggetto del diritto alla previdenza sociale si compone di due livelli distinti, uno essenziale (si potrebbe dire anche primario o *standard*), e uno non essenziale (si potrebbe dire anche secondario).

[74] Cfr. soprattutto G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., pp. 628 ss., per il quale, altrimenti, si dovrebbe anche consentire che «il lavoratore possa rinunziare preventivamente alla retribuzione sufficiente per garantire a sé stesso ed alla sua famiglia una "vita libera e dignitosa"».

[75] Cfr. R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*, cit., pp. 970-972, per il quale la funzione pubblica svolta dalla previdenza complementare non può essere identificata dalla sua obbligatorietà; G. SIGILLÒ MASSARA, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, cit., p. 530. In una prospettiva analoga, vedi anche A. TURSI, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, cit., pp. 412 ss.

[76] Cfr. anche l'art. 2115, comma 3, c.c., che sancisce la nullità di qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza. Vedi anche, *retro*, n. 5 e n. 6.

Soltanto il livello essenziale di quella prestazione è oggetto di una tutela assolutamente necessaria ed irrinunciabile, come tale non suscettibile di essere lasciata nella disponibilità del singolo (dovendo realizzarsi anche in presenza di situazioni di inadempimento dell'obbligo di iscrizione gravante su di esso), e neppure in quella del legislatore.

Per contro, il livello non essenziale deve ritenersi oggetto di una tutela (sempre costituzionalmente rilevante ma) non assolutamente necessaria, e quindi (al limite anche) disponibile (da parte dei privati). Con la conseguenza che, (questa volta sì) fermo restando la necessaria predisposizione dello strumento (pubblico o privato che sia) che l'ordinamento ritiene più idoneo per realizzarla dovendosi provvedere sempre a soddisfare un interesse pubblico generale (se pure non essenziale o primario), il singolo ne potrebbe anche disporre, decidendo di non utilizzare lo strumento offerto (o di rinunciare ad esso).

In questo modo il soggetto "*bisognoso*" non disporrebbe del diritto (fondamentale ed irrinunciabile) a godere di una prestazione previdenziale necessaria per garantire il livello essenziale di tutela, ma disporrebbe soltanto, eventualmente, del diritto (sempre fondamentale ma rinunciabile) a godere di quella parte di prestazione previdenziale necessaria per garantire i mezzi adeguati alle sue esigenze di vita, ma non essenziale o primaria.

Pertanto, proprio perché non ha (né potrebbe avere) ad oggetto la soddisfazione dei livelli essenziali o primari del diritto alla tutela previdenziale[77], la previdenza complementare (anche con il vigente regime volontario d'iscrizione) non pare essere incompatibile con la realizzazione dell'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza, nonostante essa, restando facoltativa ed eventuale, continui a prescindere dal requisito della necessarietà dipendendo sempre la sua funzione da scelte individuali.

[77] Sulla non essenzialità degli interessi tutelati dalla previdenza complementare, vedi anche A. PANDOLFO, *Previdenza complementare; l'obbligatorietà non è a portata di contratto collettivo*, in *Mass. giur. lav.,* 2008, p. 919.

9. *Lo sviluppo attuale della previdenza complementare*

Infine la ricostruzione teorica proposta rende anche più coerente con le disposizioni ed i principi costituzionali l'attuale e concreto sviluppo della previdenza complementare.

Come attestato anche dalla stessa COVIP nella sua ultima relazione (quella per l'anno 2020), infatti, la previdenza complementare continua a riguardare soprattutto «i segmenti più protetti e più solidi del mercato del lavoro»[78], e non (anche) quelli più deboli (e bisognosi). Ed è questa la ragione per cui, tra l'altro, anche gli effetti della pandemia sul sistema della previdenza complementare sono stati nel complesso «contenuti», come riferito sempre dalla COVIP[79].

In percentuale delle forze di lavoro il tasso di copertura è appena del 33% (l'anno scorso era del 31,4%; dieci anni fa, nel 2010, era del 23%)[80]. Amplissimo è quindi il fenomeno di esclusione previdenziale (come lo definisce la stessa COVIP)[81], specie tra le donne, i giovani, i lavoratori precari, i dipendenti pubblici e delle piccole imprese e i lavoratori autonomi, soprattutto delle regioni del Sud. Non soltanto peraltro sul fronte della partecipazione al sistema della previdenza complementare, ma anche su quello (non meno rilevante) della contribuzione di quanti già partecipano. Basti pensare che ben 1 milione di iscritti (su 8,4 a fine 2020) non versa contributi da almeno 5 anni (si tratta soprattutto di lavoratori autonomi), e ben 2,3 milioni non ha versato contributi nell'ultimo anno[82].

Un altro dato significativo di cui tener conto è quello relativo alle prestazioni erogate. Come certificato sempre dalla COVIP, ormai da tempo la maggior parte delle prestazioni pensionistiche erogate dai

[78] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, Roma, 14 giugno 2021, p. 27 (sul sito www.covip.it).

[79] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 26.

[80] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 5. Cfr. anche le Relazioni COVIP per gli anni 2019 e 2010, sempre consultabili sul sito www.covip.it.

[81] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 28.

[82] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 8.

fondi pensione sono in capitale e non in rendita. E negli ultimi anni il divario tra prestazioni erogate in capitale e prestazioni erogate in rendita si è ulteriormente accentuato. Nel 2020 l'insieme dei fondi pensione ha erogato prestazioni pensionistiche in capitale per 3,4 miliardi di euro e in rendita soltanto per 600 milioni di euro[83]. Ed è in forte aumento anche l'erogazione di rendite integrative temporanee anticipate (cd. RITA), avendo raggiunto nel 2020 la cifra ragguardevole di circa 900 milioni di euro (nel 2019 erano 500 milioni)[84]. Se a questi dati aggiungiamo i valori annuali sempre molto elevati di riscatti e anticipazioni, appare sempre meno possibile identificare nei fatti la previdenza complementare come (o soltanto come) una vera e propria pensione privata che integra quella pubblica di base, ossia come una prestazione che dovrebbe essere finalizzata a costituire una rendita aggiuntiva e continuativa per la fase del pensionamento.

In presenza di un quadro di sviluppo simile e ormai tendenzialmente costante da molti anni, difficilmente quindi la previdenza complementare può essere ritenuta idonea effettivamente a concorrere a realizzare l'obiettivo costituzionale dell'adeguatezza, se non soltanto per la parte (o il livello) non essenziale della prestazione adeguata.

[83] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 8.

[84] Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2020. Considerazioni del Presidente*, cit., p. 8. Cfr. anche la Relazione COVIP per l'anno 2019, cit.

Il welfare aziendale tra funzione retributiva e funzione previdenziale

SILVIA CIUCCIOVINO

SOMMARIO: 1. *Il welfare aziendale nella legislazione fiscale* – 2. *Interessi pubblici e privati nel welfare aziendale.* – 3. *La funzione retributiva o previdenziale del welfare aziendale.* – 4. *Il ruolo crescente dell'autonomia collettiva nel welfare privato.* - 5. *Il welfare aziendale come pratica partecipativa.*

1. *Il welfare aziendale nella legislazione fiscale*

Il concetto di «welfare aziendale» che viene preso in esame in questo scritto riguarda quelle erogazioni a favore dei lavoratori, con costi a carico del datore di lavoro, di beni e servizi finalizzati ad accrescere il benessere dei lavoratori nella sfera della educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto che la disciplina fiscale negli ultimi anni ha sostenuto e favorito mediante la loro sottrazione dalla nozione di reddito imponibile. L'erogazione avviene mediante l'accesso diretto alle prestazioni fornite da terzi o dal datore di lavoro ovvero attraverso l'attribuzione di voucher per l'acquisto dei beni e servizi o mediante rimborso di spese direttamente sostenute dal lavoratore.

La base normativa di riferimento si rinviene nel Testo Unico delle imposte sui redditi (TUIR, artt. 51 e 100) che esclude dalla base imponibile ai fini fiscali le opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, offerti alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti e ai familiari per finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto[1].

[1] L'elencazione include i servizi di educazione e istruzione anche in età prescolare, compresi i servizi integrativi e di mensa ad essi connessi, nonché per la frequenza di ludoteche e di centri estivi e invernali e per borse di studio a favore dei medesimi familiari; i servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti; i contributi e i premi versati dal datore di lavoro, anche in forma assicurativa, aventi per oggetto il

Si tratta di un ventaglio molto variegato di beni e servizi destinati ad accrescere il benessere dei lavoratori e dei loro familiari (da qui la denominazione di welfare comunemente adottata), con effetti positivi sul clima aziendale e sul benessere organizzativo[2]. Non esiste nel nostro ordinamento una nozione esplicita e univoca di welfare aziendale.

Secondo alcune ricostruzioni il fenomeno è più ampio e include diverse forme di welfare di fonte contrattuale, in parte di natura previdenziale (fondi di previdenza integrativa o complementare; fondi di solidarietà di fonte contrattuale sostitutivi degli ammortizzatori sociali), assistenziale (assistenza sanitaria integrativa) e retributiva[3]. E' su

rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana o aventi per oggetto il rischio di gravi patologie. Tutte ipotesi, queste, rapportabili alla nozione di assistenza sociale di cui alla lett. f).

Rientrano nella nozione di welfare anche le somme erogate o rimborsate alla generalità o a categorie di dipendenti dal datore di lavoro, o le spese da quest'ultimo direttamente sostenute […] per l'acquisto degli abbonamenti per il trasporto pubblico locale, regionale e interregionale del dipendente e dei familiari a carico (art. 51, comma 2, lett. d-*bis*), TUIR).

[2] Cfr. T. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 297, 2016, p. 6, http://aei.pitt.edu/102879/1/297.pdf; B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *Riv. it. dir. lav*., 2018, 3, pp. 373-374.

[3] La nozione di welfare privato, sul piano giuridico, è molto ampia, come rilevato, tra gli altri, da A. TURSI, *Welfare contrattuale e responsabilità sociale dell'impresa*, in G. LUDOVICO, M. SQUEGLIA, (a cura di), *Il welfare aziendale oggi: il dibattito de iure condendo*, Giuffrè, Milano, pp. 8 ss., secondo il quale «ciò che oggi rientra nella generica ed asistematica dizione di "welfare aziendale" (o territoriale), è riconducibile a misure che spaziano dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione), al diritto non corrispettivo (es. diritto alla flessibilità oraria, al "lavoro agile"), alle politiche strictu sensu retributive, fino alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/work-life balance, politiche family-friendly)». Cfr. anche M. SQUEGLIA, *La disciplina del welfare aziendale. Linee evolutive, sentieri d'indagine, prospettive di sviluppo*", in *Riv. dir. sic. soc.,* 2018, 4, pp. 822-823 che vede nel welfare aziendale uno strumento per garantire la "salute organizzativa", intesa come un «processo nel quale è il sistema organizzativo e sociale dell'impresa a svolgere un ruolo rilevante, imponendo nuove forme di coordinamento tra il sapere della salute e quello dell'organizzazione». Sulla nozione di welfare aziendale cfr. anche M. GIOVANNONE, *Beneficiari, condizioni, limiti e modalità di accesso ai benefici fiscali delle prestazioni di welfare*, in I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, R. ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale. Una prospettiva giuridica*, Il Mulino, Bologna,

quest'ultima forma di welfare aziendale che si vuole concentrare l'attenzione e che si configura come una forma di retribuzione non monetaria assoggettata ad uno speciale regime fiscale e contributivo.

Nonostante l'assonanza linguistica il welfare aziendale è cosa funzionalmente ben diversa dal welfare pubblico. Si tratta di realtà giuridiche profondamente diverse quanto a fondamenti costituzionali, principi ispiratori e meccanismi di funzionamento. Benché spesso si tenda ad attribuire al welfare aziendale una sorta di funzione integrativa o compensativa delle deficienze del welfare pubblico.

La prevalente dottrina lavoristica ne ha esaltato la funzione integrativa o addirittura suppletiva del welfare pubblico, quasi che si potesse con il welfare aziendale sopperire alle insufficienze del sistema di previdenza e di assistenza sociale. Come si dirà meglio nel prosieguo, sembra invece corretto tenere ben distinto il welfare aziendale dal welfare statale.

Le proporzioni del fenomeno comunque sono aumentate con l'accentuarsi del favore legislativo per lo sviluppo del welfare aziendale contrattato, quale terreno considerato idoneo a sviluppare relazioni industriali di carattere partecipativo, in una stagione politica dove la concessione di spazi all'autonomia collettiva è stata molto misurata e ha potuto trovare in questo ambito un terreno di cauta apertura.

Ciò è avvenuto a partire dalla Legge di Bilancio per il 2016 nel momento in cui il legislatore ha superato il regime di incentivazione fiscale preesistente che limitava l'esenzione agli interventi di welfare che avessero carattere volontario e quindi unilaterale. Dal gennaio 2016 si prevede la possibilità di attivare piani di welfare fiscalmente incentivati non soltanto volontariamente e unilateralmente dal datore di lavoro, ma anche attraverso un regolamento aziendale o un contratto collettivo[4]. In questo modo il welfare è entrato a pieno titolo nelle materie della negoziazione sindacale.

2019, pp. 133 ss.; F. LAMBERTI, *Regole, strumenti e prassi applicativa del nuovo welfare aziendale*, ivi, pp. 92 ss.

[4] Sulla distinzione tra l'ipotesi in cui il piano di welfare sia introdotto su base volontaria e quella in cui venga varato in forza di un regolamento aziendale, A. MARESCA, *Il welfare aziendale nella prospettiva delle politiche retributive del personale*", in I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, R. ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale*, cit., pp. 73-74.

L'apertura alla contrattazione collettiva porta a connotare i piani di welfare in una logica corrispettiva (anche se non strettamente retributiva), come frutto di uno scambio negoziale che inserisce la partita del welfare aziendale a pieno titolo nello scenario della regolazione del rapporto di lavoro. Complice la normativa di progressiva incentivazione fiscale e contributiva che ha riguardato la materia, si è registrata una diffusa attenzione dell'autonomia collettiva per il welfare aziendale contrattato, che costituisce forse il principale tratto di novità degli ultimi anni nelle politiche di remunerazione e compensazione del personale.

2. *Interessi pubblici e privati nel welfare aziendale*

Il welfare aziendale presenta un carattere eminentemente volontario. Nella fase genetica, l'introduzione dei piani di welfare è rimessa all'unilaterale decisione del datore di lavoro ovvero all'iniziativa spontanea dell'autonomia collettiva che è lasciata pienamente libera di attivarsi o non attivarsi su questo fronte. A livello attuativo, spetta esclusivamente al lavoratore la scelta se avvalersi o meno delle prestazioni di welfare messe a disposizione dal datore di lavoro.

Sul piano dei meccanismi di funzionamento, a differenza della previdenza pubblica e dei fondi di previdenza privata, gran parte delle prestazioni di welfare aziendale – ad esclusione della contribuzione a piani sanitari e di previdenza complementare (art. 51, comma 2, lett. a) e delle forme assicurative del rischio di non autosufficienza o di gravi patologie (art. 51, comma 2, lett. f-*quater*)– non realizza alcuna forma di risparmio, né di accantonamento, né di contribuzione o assicurazione privata in vista di prestazioni future.

Nella prevalenza dei casi le prestazioni di welfare aziendale si esauriscono nel finanziamento tempo per tempo da parte del datore di lavoro di beni e servizi che vanno a soddisfare interessi attuali dei singoli lavoratori secondo scelte e convenienze che sono rimesse appunto ai singoli. Anche nell'ottica del lavoratore, quindi, tali prestazioni non vanno a realizzare una protezione da bisogni futuri e/o incerti. Tutto ciò attenua, anche se non elide del tutto, la funzione previdenziale del welfare aziendale.

Non va trascurato, inoltre, che la principale fonte del welfare aziendale è l'autonomia privata, individuale o collettiva, che si esplica all'interno di una cornice regolativa priva del carattere dell'inderogabilità e basata piuttosto sulla norma promozionale di natura fiscale.

Vale la pena soprattutto sottolineare che il welfare aziendale mira alla soddisfazione di interessi privati, piuttosto che di interessi pubblici e generali. La scarna cornice regolativa esistente colloca i beni e i servizi in parola nell'ambito del calcolo del reddito imponibile da lavoro dipendente, e quindi sul terreno della relazione contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore.

3. *La funzione retributiva o previdenziale del welfare aziendale*

Ciò detto, va pure riconosciuto che le finalità perseguite dai piani di welfare aziendale hanno una sicura caratterizzazione sociale, in quanto sono intese a rispondere a bisogni individuali e familiari cui il legislatore attribuisce evidentemente un'apprezzabilità sociale tale da giustificare il regime di favore fiscale di cui agli artt. 51 e 100 del TUIR. Si può dire, quindi, che gli interessi sottesi, pur avendo natura privata individuale o collettiva, presentano una indubbia rilevanza pubblica, che si rispecchia nelle norme di sostegno e promozionali predisposte dal legislatore tributario. Tali norme fanno emergere gli interessi privati dalla sfera degli egoismi individuali per proiettarli in un ambito di rilevanza pubblica sociale, che giustifica le minori entrate per lo Stato connesse al regime tributario agevolato.

Tutto ciò favorisce l'indirizzamento da parte del datore di lavoro di una parte delle risorse destinate alla remunerazione del personale verso la realizzazione di utilità che possono migliorare il grado di benessere e soddisfazione del lavoratore e della sua famiglia. Ci si muove, tuttavia, pur sempre nell'ambito delle politiche di remunerazione del personale e la norma costituzionale di riferimento è l'art. 36 Cost., di cui il welfare aziendale contribuisce a valorizzare la dimensione sociale, suggerita dal richiamo alla vita libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia.

Appare chiaro allora che corre una sostanziale differenza tra il welfare aziendale e il welfare statale, tale da non consentire alcuna confu-

sione né sovrapposizione di funzioni, ubbidendo essi a logiche totalmente differenti.

Il welfare pubblico, come noto, trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 38 Cost., in combinato disposto con gli art. 2 e 3 Cost. È compito dello Stato garantire a cittadini e lavoratori la liberazione dal bisogno o, meglio, dai bisogni socialmente rilevanti e garantire così l'uguaglianza sostanziale dei cittadini e la rimozione degli ostacoli che si frappongono alla loro effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese. La realizzazione della sicurezza sociale costituisce un compito dello Stato e corrisponde ad un fine pubblicistico di rilevanza costituzionale per la cui realizzazione sono utilizzate risorse pubbliche ed il finanziamento in generale, di fuori di ogni logica di corrispettività tra contribuzione e prestazione, si regge sul principio della solidarietà sociale anche intergenerazionale.

Ben diversamente il welfare aziendale non rientra nel programma di protezione e sicurezza sociale che caratterizza il nostro Stato sociale. Come si è detto, i beni e i servizi erogati ai lavoratori presentano il carattere della volontarietà e sono eventuali. Soprattutto il welfare aziendale si conforma agli interessi privati nell'ambito di una logica che trova comunque nel contratto di lavoro la sua ragione d'essere e nelle risorse del datore di lavoro l'unica fonte di finanziamento.

Si tratta quindi di interessi privati, individuali e/o collettivi, seppure di rilievo pubblico, soddisfatti con risorse private, senza alcuna implicazione dei principi di solidarietà sociale che sono alla base del funzionamento del welfare pubblico. Nulla a che vedere quindi con l'idea della sicurezza sociale sottesa all'art. 38 Cost. che impegna direttamente lo Stato facendo leva sul principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.

Il welfare pubblico risponde al fine pubblicistico e irrinunciabile dell'idea della sicurezza sociale delineato dalla Costituzione e non è basato su logiche di corrispettività ma di solidarietà sociale, non tocca interessi individuali ma riguarda interessi pubblici generali dell'intera collettività e deve necessariamente realizzarsi. Non c'è spazio, se non molto limitato, per l'autonomia privata e il sistema si basa sulla norma inderogabile di ordine pubblico.

Nel welfare aziendale le prestazioni si trovano quindi inserite all'interno del sistema di compensazione del personale, si tratta di forme di remunerazione del lavoro, che si spiegano nella logica del si-

nallagma contrattuale (anche se non di rigida corrispettività con il lavoro reso), senza alcuna forma di redistribuzione o concorso solidale o mutualistico della comunità dei lavoratori di riferimento alla realizzazione delle utilità altrui. In verità non vi è un sistema di contribuzione, né alcuna forma di risparmio privato. Più semplicemente è il datore di lavoro a farsi carico tempo per tempo degli oneri di finanziamento dei beni e dei servizi inclusi nei piani di welfare.

Appare quindi evidente la non sovrapponibilità tra welfare pubblico e welfare aziendale, essendo tanto diversi gli interessi rilevanti, le forme di funzionamento e le modalità di finanziamento e appare corretto rapportare il piano di welfare alla logica corrispettiva del rapporto individuale di lavoro, come forma delle politiche retributive del personale, ancorato ai principi di cui all'art. 36 Cost. e come forma di adempimento delle obbligazioni contrattuali. La normativa promozionale o di favore predisposta dal legislatore si spiega in ragione dell'apprezzabilità sociale dei bisogni che il welfare aziendale è indirizzato a soddisfare e si può leggere piuttosto come una leva di politica economica volta al contenimento del costo del lavoro.

Non c'è dubbio, infatti, che la defiscalizzazione dei beni e servizi previsti dal welfare aziendale costituisce una forma indiretta di abbattimento del costo del lavoro in quanto consente di corrispondere una quota della remunerazione del personale in forma non monetaria, sottraendola quindi al carico fiscale e contributivo che altrimenti graverebbe sul corrispondente valore economico ove fosse erogato in forma monetaria. Il vantaggio è prevalentemente per il lavoratore, ma indirettamente anche del datore di lavoro che potrà gestire il costo complessivo del lavoro in modo da garantire al lavoratore, a parità di risorse impegnate, un maggior valore capitale effettivamente disponibile e fruibile in quanto non gravato da prelievi fiscali e contributivi.

Certamente i vantaggi complessivi per il lavoratore dovrebbero tenere in debito conto anche i riflessi previdenziali futuri connessi alla minore contribuzione complessiva conseguente al regime agevolato applicabile alle prestazioni di welfare. L'effettivo vantaggio dovrebbe essere valutato cioè anche in relazione all'eventuale penalizzazione sul versante previdenziale dal momento che il nostro sistema è caratterizzato da una crescente impronta assicurativa e da una sempre più rigida commisurazione delle prestazioni previdenziali alla contribuzione ef-

fettivamente versata. Allora l'autonomia collettiva potrebbe valutare la possibilità di evitare o sterilizzare eventuali penalizzazioni sul versante previdenziale con misure compensative, ad esempio con contribuzioni aggiuntive alle posizioni di previdenza complementare dei lavoratori interessati dalle misure di welfare aziendale.

4. *Il ruolo crescente dell'autonomia collettiva nel welfare privato*

Anche alla luce delle considerazioni svolte, si può ritenere che le parti sociali godano del più ampio margine di autonomia nella attivazione e nella regolazione dei piani di welfare aziendale, senza che possa ipotizzarsi alcuna forma di funzionalizzazione della contrattazione collettiva a specifici fini del legislatore, come in altri ambiti siamo ormai abituati a riscontrare, ad esempio nel caso delle forme di previdenza privata, sostitutiva, sussidiaria o integrativa della previdenza pubblica. Basti pensare ai fondi sanitari integrativi, alla previdenza complementare, ai fondi di solidarietà bilaterali per i settori esclusi dalla cassa integrazione guadagni, cioè a quella fenomenologia che risponde alla domanda crescente di prestazioni sociali nei confronti del sistema pubblico attraverso l'attivazione dei privati e dei corpi sociali intermedi chiamati a predisporre misure di sostegno o integrazione dei trattamenti di welfare pubblico.

L'ambito del welfare privato, tuttavia, è molto articolato e può essere distinto in almeno due grandi tipologie a seconda che il legislatore si limiti a promuoverlo e regolarlo (come nel caso della previdenza complementare e dei fondi sanitari integrativi) ovvero ne preveda la necessarietà, come nel caso dei fondi di solidarietà bilaterali per i settori esclusi dalla cassa integrazione guadagni che, ove non costituiti dalla contrattazione collettiva di categoria, determinano comunque la confluenza dell'azienda nel fondo di integrazione salariale dell'INPS.

Nel primo caso si può parlare di welfare integrativo, nel secondo caso di welfare sostitutivo di quello pubblico. E non è difficile cogliere le importanti implicazioni di queste diversa configurazione delle due forme di welfare privato, poiché nel primo caso lo Stato appresta comunque delle tutele di base che rispondono a bisogni generali della collettività seppure attestandosi ad un livello minimale di prestazioni

rispetto alle quali il welfare privato svolge appunto una funzione integrativa e complementare per l'innalzamento di quei livelli di tutela.

Nel caso del welfare sostitutivo, invece, siamo di fronte all'assenza della prestazione sociale pubblica per l'insufficienza delle risorse da destinare a questo scopo e la nascita di un vero e proprio sistema parallelo affidato ai privati. È esattamente ciò che è avvenuto, dapprima con la legge n. 92 del 2012 e successivamente con il d. lgs. n. 148 del 2015, per i settori esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione guadagni quando si è previsto che dovessero obbligatoriamente dotarsi di fondi di solidarietà che assicurassero prestazioni almeno equivalenti a quelle pubbliche, con finanziamento esclusivamente a carico delle categorie interessate ed oneri ripartiti tra datori di lavoro e lavoratori. Si tratta di una normativa che, lungi dal realizzare l'universalizzazione delle tutele, garantisce esclusivamente una copertura generale ma basata su una profonda differenziazione di trattamento tra settori coperti e non coperti dalla cassa.

Ne scaturiscono sistemi di tutela paralleli: quello operante per le imprese comprese nel campo di applicazione della cassa integrazione, rientrante a pieno titolo nel programma dello Stato sociale ex art. 38 Cost., a prestazione garantita, basato sulla leva della solidarietà generale. Un secondo sistema per le imprese non comprese nel campo di applicazione della cassa integrazione, affidato integralmente alle categorie, sottoposto al vincolo del pareggio di bilancio e della capienza delle risorse disponibili e quindi a prestazione non garantita, basato sulla solidarietà o meglio mutualità categoriale anziché generale.

Si può dire che il sistema che si è venuto così a configurare per correzioni e stratificazioni successive è il frutto di un compromesso storico di un legislatore che ha preferito conservare l'esistente e ha rinunciato a rivedere in una logica realmente razionalizzatrice e universalistica la distribuzione delle tutele di ammortizzazione sociale.

Orbene non c'è dubbio che sia il welfare integrativo sia quello sostitutivo, nell'intenzione del legislatore, si affidano alla responsabilizzazione e all'attivazione degli interessati per realizzare un livello considerato adeguato di prevenzione e sicurezza sociale, che spetta al legislatore dosare e determinare in base alla discrezionalità politica e tenendo conto dei vincoli di bilancio. I privati vengono così cooptati, in misura più o meno consistente, nella realizzazione di un fine che rima-

ne pur sempre pubblicistico. E proprio la natura di tale fine giustifica il carattere inderogabile delle disposizioni che regolano questo settore del welfare.

Si tratta allora, tanto nel caso del welfare integrativo quanto nel caso del welfare sostitutivo, di un welfare privato con finalità pubblicistica, in quanto è evidente che lo Stato sociale si serve dei privati per dare assetto a un sistema complessivo a più pilastri che risponde comunque ad una idea di sicurezza sociale a valenza generale[5].

Emblematica a tal riguardo è la sentenza della Corte Costituzionale n. 393 del 2000 che ha collocato la previdenza complementare, ancorché caratterizzata dalla volontarietà e dalla iniziativa privata, in collegamento funzionale con la previdenza obbligatoria, nel sistema dell'art. 38, secondo comma Cost.

Diversamente si deve dire per il welfare aziendale previsto dalla normativa fiscale, che, per le ragioni anzidette, pure essendo privato non ha alcuna pretesa di sostituzione o integrazione del welfare pubblico e non implica, neppure indirettamente, alcuna cooptazione dei privati nella realizzazione di un sistema pubblico di sicurezza sociale.

Ne consegue che l'autonomia collettiva in questo caso rimane pienamente libera sia nella valutazione della opportunità e convenienza della predisposizione di piani di welfare, sia nella configurazione delle

[5] Cfr. G. LUDOVICO, *Il welfare aziendale come risposta ai limiti del welfare State*, in G. LUDOVICO, M. SQUEGLIA, (a cura di), *Il welfare aziendale oggi*, cit., pp. 38 ss., il quale valorizza la prospettiva di un welfare aziendale che assurga «ad ulteriore pilastro funzionalizzato alla tutela di bisogni socialmente rilevanti», garantendo, ad integrazione del sistema di welfare pubblico, quelle prestazioni che quest'ultimo non è in grado di soddisfare in modo adeguato. A tal fine, però, sottolinea l'Autore, sarebbe essenziale un intervento organico del legislatore volto a selezionare i beni e servizi funzionali alla tutela di quei bisogni socialmente rilevanti e meritevoli di tutela fiscale. Cfr. anche T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contratta-zione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 3, pp. 805-806, il quale ritiene che debba operarsi una selezione rigorosa delle priorità e dei limiti di sviluppo dei benefit collettivi «affinché il welfare occupazionale integri le tutele di base garantite dal sistema pubblico e non sottragga risorse al funzionamento di questo». Diventa, dunque, opportuna – rileva l'Autore – una migliore graduazione, sul piano legislativo, delle agevolazioni fiscali, così da destinare l'impegno di risorse pubbliche in rapporto alla diversa rilevanza sociale delle singole misure.

prestazioni. Siamo nel terreno elettivo dell'autonomia privata collettiva, esente da limiti funzionali eterodeterminati.

I limiti, che pure le parti sociali incontrano in questo ambito, si desumono dalla normativa fiscale e peraltro attengono, non tanto alla legittimità delle previsioni in sé considerate (essendo sempre possibile prevedere prestazioni di welfare aziendale, anche al di fuori e oltre i limiti delineati dal legislatore tributario per definire l'ambito dell'agevolazione fiscale), quanto piuttosto ai presupposti per l'operatività della sterilizzazione ai fini fiscali e contributivi dei corrispondenti valori.

Tali limiti riguardano la riconducibilità delle prestazioni ad una o più delle finalità previste dagli artt. 51 e 100 del TUIR e l'ambito soggettivo di applicazione, che deve riguardare la generalità dei lavoratori di un'impresa o categorie omogenee di lavoratori, il che vuol dire che il welfare aziendale non può essere piegato a finalità di incentivazione e premialità individuale.

Per categorie omogenee di dipendenti non devono intendersi le categorie previste dall'art. 2095 c.c., bensì gruppi omogenei di dipendenti accomunati da fattori oggettivi (ad esempio l'appartenenza ad un determinato livello o qualifica o le modalità di svolgimento della prestazione)[6].

[6] L'Agenzia delle Entrate ha in più occasioni ribadito che «il legislatore, a prescindere dall'utilizzo dell'espressione "alla generalità dei dipendenti" ovvero a "categorie di dipendenti" non riconosce l'applicazione delle disposizioni elencate nel comma 2 dell'articolo 51 del TUIR ogni qual volta le somme o i servizi ivi indicati siano rivolti *ad personam*, ovvero costituiscano dei vantaggi solo per alcuni e ben individuati lavoratori. Inoltre, si osserva che con le predette locuzioni il legislatore ha voluto riferirsi alla generica disponibilità di opere, servizi o somme ecc. verso un gruppo omogeneo di dipendenti, anche se alcuni di questi non fruiscono di fatto delle predette "utilità". Ha inoltre chiarito che l'espressione "categorie di dipendenti" non va intesa soltanto con riferimento alle categorie previste nel codice civile (dirigenti, operai, etc.), bensì a tutti i dipendenti di un certo tipo (ad esempio, tutti i dipendenti di un certo livello o di una certa qualifica, ovvero tutti gli operai del turno di notte ecc.), purché tali inquadramenti siano sufficienti ad impedire, in senso teorico, che siano concesse erogazioni *ad personam* in esenzione totale o parziale da imposte. Nel particolare contesto dei premi di risultato agevolabili, può peraltro configurarsi quale "categoria di dipendenti" l'insieme di lavoratori che avendo convertito, in tutto o in parte, il premio di risultato in welfare ricevono una "quantità" di welfare aggiuntivo rispetto al valore del premio, in ragione del risparmio contributivo di cui a seguito di tale scelta benefi-

5. *Il welfare aziendale come pratica partecipativa*

La normativa di favore fiscale favorisce l'adozione dei piani di welfare per via negoziale, a qualsiasi livello contrattuale: nazionale, territoriale, aziendale, come previsto dall'art. 51, comma 2, lett. f) interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 162, Legge di Bilancio 2017 nel senso che essa si applica «anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale», oltre che a livello aziendale.

Dal lato aziendale si prevede l'integrale deducibilità dal reddito di impresa delle spese per welfare sostenute in base a fonti collettive di primo o secondo livello o in forza di un regolamento aziendale. Viceversa nel caso in cui le prestazioni di welfare siano erogate su base volontaria unilaterale si ha la deducibilità entro il cinque per mille ai sensi dell'art. 100 del TUIR.

Ne consegue una chiara promozione del ruolo delle parti sociali nella previsione dei piani di welfare. Ciò ha favorito l'innescarsi di relazioni industriali, anche a livello di CCNL, orientate alla negoziazione di poste di welfare che per loro natura presuppongono una predisposizione partecipativa più che conflittuale delle relazioni sindacali, in quanto si tratta di intercettare prima e di rispondere poi ai bisogni di vita dei lavoratori e delle loro famiglie.

L'individuazione dei beni e servizi più adeguati a rispondere alle esigenze della specifica comunità lavorativa si presta ad essere effettua-

cia il datore di lavoro». Cfr. in questo senso la Circolare della Agenzia delle Entrate del 29 marzo 2018, n. 5/E, pp. 41-42. Sul concetto di "categorie di dipendenti" o "generalità di dipendenti" nello stesso senso anche la Risposta del 25 gennaio 2019, n. 10, ove l'Agenzia delle Entrate ha altresì chiarito che rientrano tra i soggetti destinatari del regime di esenzione di cui all'art. 51, comma 2, TUIR anche i lavoratori impiegati con contratto di somministrazione. Cfr. M. SQUEGLIA, *Il welfare aziendale è la risposta al bisogno previdenziale e al "welfare integrato?*, in *Lav. dir.*, 2019, 4, p. 690, sull'opportunità di ampliare il perimetro delle prestazioni di welfare oltre l'area del lavoro subordinato standard. A favore della estensione nei confronti dei lavoratori c.d. atipici, almeno con riferimento ad alcune misure di welfare cfr. T. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, cit., pp. 17-18.

ta in modo condiviso piuttosto che conflittuale. Cosa che immette nelle relazioni industriali che si occupano di welfare aziendale una predisposizione partecipativa sicuramente più accentuata rispetto al passato.

Non va sottovalutato, peraltro, che a partire dal rinnovo del CCNL metalmeccanico, che ha fatto da antesignano rispetto ad altri contratti di categoria, il welfare aziendale è assurto a componente stabile del trattamento economico del lavoratore, assieme alla formazione continua, all'assistenza sanitaria integrativa e alla previdenza complementare.

Il trattamento economico del lavoratore, quindi, anche con la complicità del contratto collettivo nazionale, può dirsi ormai molto più articolato del passato, non esaurendosi più in trattamenti monetari. Le politiche di remunerazione e le ulteriori forme di erogazione indiretta di valore ai lavoratori che vengono veicolate dalla contrattazione collettiva passano oggi sempre più spesso per i trattamenti della bilateralità, del welfare aziendale, della formazione, della conciliazione vita-lavoro, ecc.

Quando la retribuzione in moneta viene sostituita o affiancata da forme di remunerazione in natura e/o da altre forme di utilità come quelle appena accennate, si impone nella prassi delle relazioni industriali uno sforzo di declinazione e adattamento ai bisogni dei lavoratori maggiore del passato e questo richiede, diversamente dall'erogazione monetaria (di per sé fungibile), di interpretare i bisogni (che non sono sempre fungibili) dei destinatari. È evidente allora che la mediazione sindacale si presta quasi naturalmente a svolgere questo ruolo di interpretazione, sia nella fase di identificazione dei bisogni, sia in quella successiva di predisposizione concreta delle misure per rispondervi.

Su un terreno distinto ma connesso, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, la diffusione di pratiche partecipative è ulteriormente sostenuta dalla previsione che introduce anche una agevolazione contributiva sui premi di risultato qualora i contratti collettivi che li prevedono stabiliscano forme di coinvolgimento paritetico dei lavoratori all'organizzazione del lavoro. Una disposizione, questa, simbolica di una ulteriore frontiera evolutiva dello stesso concetto delle relazioni partecipative, che puntano al coinvolgimento dal punto di vista organizzativo non solo dei rappresentanti sindacali, ma anche direttamente del personale dipendente.

Il rapporto di previdenza complementare e l'obbligazione contributiva

ARMANDO TURSI

SOMMARIO: *1. Il rapporto di previdenza complementare e il rapporto di lavoro. – 2. La disciplina applicabile all'obbligazione contributiva. – 3. Inapplicabilità delle norme previdenziali "pubblicistiche" in materia di contribuzione sociale. – 4. Il rito processuale applicabile.*

1. *Il rapporto di previdenza complementare e il rapporto di lavoro*

La previdenza complementare, pur rientrando a pieno titolo nell'ambito della previdenza sociale, ha carattere volontario, natura privatistica e genesi negoziale: essa si fonda su un intreccio di rapporti contrattuali, nei quali si radicano due fasci di obbligazioni, rispettivamente afferenti alla obbligazione contributiva strumentale al finanziamento della forma pensionistica complementare, e al diritto alla prestazione previdenziale complementare.

L'obbligazione contributiva si configura in guisa diversa a seconda della condizione occupazionale del soggetto protetto e della natura del rapporto in cui viene dedotta la sua attività lavorativa.

La situazione più complessa, nonché paradigmatica, è quella dei lavoratori subordinati: infatti, ove vengano in rilievo rapporti di lavoro subordinato (o a questo assimilati), nel rapporto di previdenza complementare viene normalmente coinvolto anche il datore di lavoro, registrandosi così una interferenza tra il rapporto di lavoro e quello di previdenza complementare.

Peraltro, la presenza di un rapporto di lavoro subordinato rileva solo con riferimento all'obbligo contributivo del datore di lavoro, perché solo siffatto obbligo è riconducibile al rapporto di lavoro e alle sue fonti collettive di disciplina.

L'obbligo contributivo del lavoratore, invece, è un'obbligazione patrimoniale che le fonti istitutive collettive costituiscono a carico di coloro che, di norma, sono beneficiari della contribuzione datoriale,

ponendo, così, a carico del lavoratore, una parte dell'onere finanziario del fondo pensione.

La somma versata al fondo pensione dal lavoratore è, insomma, l'oggetto di un'obbligazione pecuniaria che scaturisce direttamente dalla fonte istitutiva della forma pensionistica complementare (e dalle altre fonti negoziali di tale rapporto: atto costitutivo, statuto dell'associazione pensionistica, ecc. ...). Sicché, mentre quella posta a carico del datore di lavoro è un'obbligazione a radice "lavoristica", quella a carico del lavoratore non è giuridicamente collegata con il rapporto di lavoro; a meno che non si configuri per via contrattuale un esplicito nesso giuridico di interdipendenza tra le due obbligazioni, tale per cui il contributo datoriale non sia dovuto ove non sia adempiuto l'obbligo contributivo del lavoratore.

Può dirsi, dunque, che, nel caso dei lavoratori subordinati, accanto alla sostanza "elementare" del rapporto di previdenza complementare, costituita dal nesso negoziale di "corrispettività" tra contributi e prestazioni, viene in rilievo anche la sostanza contrattuale e sinallagmatica del rapporto di lavoro subordinato, caratterizzato dal nesso di corrispettività proprio del rapporto di lavoro.

I problemi che questa "complicazione" del rapporto pone sono sostanzialmente due: il primo è quello di chiarire se la "corrispettività" della prestazione di previdenza complementare sia omogenea a quella che caratterizza l'obbligazione contributiva del datore di lavoro, e in particolare, se entrambe siano riconducibili al rapporto di lavoro; il secondo è quello di stabilire se e come la corrispettività lavoristica rilevi nel rapporto di previdenza complementare, sia sul piano della qualificazione (in termini retributivi o previdenziali) che sul piano della titolarità delle relative situazioni giuridiche (in particolare, la titolarità del credito contributivo).

Invero, la corrispettività "lavoristica" di cui qui si discorre riguarda solo l'obbligo contributivo del datore di lavoro (ivi incluso il cd. "contributo contrattuale obbligatorio", ove previsto) e non il diritto (finale) alla prestazione: infatti, le prestazioni di previdenza complementare sono legate da un vincolo di corrispettività rispetto ai contributi versati (sia dai lavoratori che da datori di lavoro e committenti), e non rispetto all'obbligazione lavorativa.

Questa circostanza rende ragione della necessità di distinguere,

anche nella previdenza complementare, e in apparente analogia con la previdenza pubblica obbligatoria, il piano funzionale, o sostanziale, o finale (delle prestazioni) da quello strumentale (della contribuzione).

Trattasi, peraltro, di analogia solo apparente, limitata al dato estrinseco della duplicità dei rapporti (obbligazione contributiva e diritto alla prestazione), ma del tutto avulsa dalla natura giuridica di tali rapporti, che restano profondamente diversi nella previdenza obbligatoria e in quella complementare.

Se, infatti, nella previdenza complementare l'obbligazione contributiva datoriale è "lavoristicamente corrispettiva", e il diritto alle prestazioni è legato da nesso di corrispettività rispetto agli obblighi contributivi; nella previdenza obbligatoria non si riscontra invece alcun elemento di corrispettività, né delle prestazioni rispetto ai contributi versati, né dei contributi datoriali rispetto all'obbligo di prestazione lavorativa.

Mentre nella previdenza obbligatoria si riscontra, pur nella distinzione e autonomia dei rapporti, una omogeneità di natura e regime giuridico tra il rapporto contributivo e il diritto alla prestazione previdenziale, entrambi a genesi e disciplina pubblicistico-legale e non privatistico-contrattuale; nella previdenza complementare, ferma restando la natura contrattuale di entrambi i frammenti del rapporto, si segnala il distacco totale della prestazione di previdenza complementare dal rapporto di lavoro, essendo la prestazione di previdenza complementare funzionalmente autonoma dal rapporto di lavoro, e subentrando alla "corrispettività lavoristica", quella "previdenziale" tra contributi e prestazione.

Invero, da tempo è stato chiarito in dottrina che la "funzione" previdenziale può essere assolta da una "struttura" retributiva, e che, pertanto, dal contratto di lavoro possono ben sorgere prestazioni caratterizzate da una funzione previdenziale.

Questa acquisizione teorica consente di costruire l'obbligazione contributiva datoriale come obbligazione di natura contrattuale, sinallagmaticamente collegata all'obbligazione lavorativa (e quindi "corrispettiva" in senso lavoristico); si tratta, però, di chiarire se ciò implichi la qualificazione di tale obbligazione in termini di "retribuzione", con le conseguenti ricadute disciplinari; ovvero se a tale obbligazione possa riconoscersi natura "lavoristicamente corrispettiva", ma non retributi-

va, con il conseguente assoggettamento ad un regime giuridico in larga parte diverso da quello dell'obbligazione retributiva.

Quel che va sottoposto a verifica è se sussista una implicazione necessaria tra tale "corrispettività lavoristica" e la retribuzione: è su questo punto che si registra, soprattutto in dottrina, una diversità di vedute tra la teoria "retributiva-funzionalista", secondo cui l'obbligazione contributiva datoriale avrebbe funzione previdenziale, ma pur sempre natura retributiva; e quella lavoristico-previdenziale, secondo cui si tratterebbe di una obbligazione contrattuale di natura (e non solo con funzione) previdenziale.

È bene partire da un preciso dato normativo (peraltro, anteriore alla riforma del 1993, e perciò stesso ancora più significativo sul piano sistematico): la "corrispettività lavoristica" dell'obbligazione contributiva di previdenza complementare del datore di lavoro è esplicitamente affermata dall'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, che, nel disciplinare una speciale forma di garanzia dei lavoratori in caso di inadempimento dell'obbligo contributivo datoriale, qualifica espressamente come "credito" del lavoratore quello avente come soggetto passivo "il datore di lavoro", e come oggetto "il versamento dei contributi dovuti per le forme di previdenza complementare": un'obbligazione contributiva intercorrente tra il datore di lavoro e il lavoratore, dunque; sia pure avente a oggetto il pagamento a favore di un terzo (il fondo pensione). Ciò è tanto vero, che il cennato "fondo di garanzia", una volta effettuata l'integrazione dei "contributi risultanti omessi, "è surrogato di diritto al lavoratore per l'equivalente" di tali contributi; laddove, nella corrispondente situazione che si verifica quando siano inadempiuti obblighi di contribuzione obbligatoria, l'istituto previdenziale non si surroga nel diritto del lavoratore (anche perché questo è ormai prescritto, tale essendo la condizione per l'applicazione del meccanismo in parola), ma «ha azione di regresso nei confronti del datore di lavoro inadempiente per l'equivalente della riserva matematica che … sarebbe stata necessaria per garantire la contribuzione omessa e prescritta» (art. 3, comma 3, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80).

A ben vedere, la natura lavoristicamente corrispettiva dei contributi di previdenza complementare altro non è che la necessaria implicazione della caratterizzazione contrattuale e volontaria delle forme pen-

sionistiche complementari: è l'elemento, cioè, che vale a distinguere tali forme da quelle pubbliche e obbligatorie.

Né ciò contraddice l'inerenza delle forme pensionistiche in parola al sistema di sicurezza sociale: semplicemente, configura una forma di "previdenza sociale privata", o, per usare il linguaggio comparato e comunitario, una previdenza "di secondo pilastro".

Trova così conferma, per un verso, che le prestazioni di previdenza complementare non sono corrispettive delle prestazioni lavorative, bensì dei contributi versati; e per l'altro, che l'obbligazione contributiva di previdenza complementare ha natura corrispettiva, ma non retributiva.

Si tratta di un'intuizione che, ancora discussa in dottrina, si sta facendo strada in giurisprudenza, in virtù della sua superiore capacità euristica rispetto alla nozione di "retribuzione con funzione previdenziale".

Questa nozione, infatti, è teoricamente valida solo ove si tratti di razionalizzare *ex post* la disciplina di emolumenti retributivi che, per specifici aspetti, si sottraggano alle regole comuni a cagione, per l'appunto, della funzione previdenziale (esemplare, il caso del TFR); ma mostra i suoi limiti sul piano interpretativo, ove finisce per esporre la problematica qualificatoria della previdenza privata a una serie indeterminata di relativizzazioni, funzionali alle diverse casistiche pratiche (imponibilità ai fini contributivi, computabilità nella retribuzione indiretta o differita, regime giuridico dei contributi e delle prestazioni, ecc..), senza essere in grado di offrire un criterio dotato di sufficiente valenza discretiva.

In buona sostanza, non sembra che la costruzione teorica della "retribuzione con funzione previdenziale" contenga, al proprio interno, il criterio utile a stabilire se ai fini regolativi rilevi, di volta in volta, la "natura" retributiva ovvero la "funzione previdenziale", dovendosi tale criterio rinvenire, di volta in volta, al di fuori di essa, in specifici indici normativi.

Diversamente, ove si convenga sulla tesi che al regime giuridico della contribuzione inerisce una corrispettività lavoristica ma non retributiva, mentre al regime giuridico della prestazione inerisce una "corrispettività" pur sempre negoziale, ma di natura previdenziale, si appalesa un criterio di selezione delle discipline applicabili: si dovran-

no ritenere, in via di principio, non riferibili alla nostra materia le norme – relative rispettivamente alla previdenza obbligatoria e alla retribuzione – che facciano capo a caratteristiche non riscontrabili nella previdenza complementare, quali l'obbligatorietà (della previdenza) e la "sufficienza" (della retribuzione); e invece utilizzabili, sul versante contributivo, (oltre alle norme generali sulle obbligazioni), le norme sui crediti di lavoro la cui applicazione non sia limitata ai crediti retributivi (per es., come si vedrà, l'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni; l'art. 429, comma 3, c.p.c. in materia di rivalutazione automatica), o quelle sui contributi previdenziali la cui applicazione paia (almeno letteralmente) riferibile anche alla previdenza non obbligatoria (per es. – ma la tesi è isolata –, l'art. 2754 c.c., in materia di privilegi); mentre, sul versante delle prestazioni, in mancanza di diverse previsioni della disciplina speciale, potranno trovare applicazione le norme e i principi del sistema previdenziale pubblico che siano finalizzate alla garanzia dell'effettività del diritto alla prestazione, almeno sotto il profilo della indisponibilità di tale diritto.

2. *La disciplina applicabile all'obbligazione contributiva*

Con specifico riferimento all'obbligazione contributiva datoriale, si può quindi affermare che ad essa non saranno applicabili le regole che governano la contribuzione obbligatoria – le quali trovano il loro fondamento nel carattere obbligatorio della previdenza pubblica –; mentre saranno applicabili, in linea generale e di principio, le norme relative alle obbligazioni contrattuali, non trovando invece applicazione le deviazioni specificamente previste per l'obbligazione retributiva.

Ciò potrà essere meglio illustrato da una sintetica disamina delle principali ricadute interpretative di questa ipotesi ricostruttiva, condotta con riferimento alle questioni più rilevanti finora emerse dalla pratica.

1. Quella dell'assoggettabilità dei contributi datoriali a prelievo contributivo a favore della previdenza obbligatoria è stata una questione a lungo controversa in giurisprudenza: insorta ben prima che il d. lgs. n. 124 del 1993 disciplinasse organicamente la nostra materia,

essa si segnala non solo per la sua rilevanza pratica, ma anche per la sua valenza sistematica, costituendo il primo terreno di confronto tra le diverse teorie che si contendono il campo in materia sia di rilevanza e collocazione costituzionale, sia di inquadramento civilistico-lavoristico, della previdenza complementare.

Soffermandoci su quest'ultimo profilo, ricordiamo che, a seguito della sentenza "monito" della Corte Costituzionale n. 421 del 1995[1], la questione venne risolta, sul piano normativo, dall'art. 9-*bis* della l. n. 166 del 1991 (di conversione del d.l. n. 103 del 1991), il quale escluse l'imponibilità contributiva dei versamenti datoriali ai fondi pensione, introducendo in loro luogo un "contributo di solidarietà" del 10% a favore delle corrispondenti gestioni obbligatorie: la norma è stata poi recepita, da ultimo, nella lettera f) del comma 4 dell'art. 12, l. n. 153 del 1968 (come riformulato dall'art. 6 del d.lgs. n. 314 del 1997), per quanto attiene all'esclusione dall'imponibile previdenziale, e dall'art. 16 del d.lgs. n. 252 del 2005 per quanto attiene al contributo di solidarietà.

Così disponendo, il legislatore avallava la soluzione caldeggiata dalla pressoché unanime dottrina, sia pure sulla base di opposte vedute ricostruttive: infatti, quella che per taluni era una conseguenza della funzione previdenziale di un emolumento di natura retributiva, era per altri un effetto della natura previdenziale e non retributiva dei contributi datoriali ai fondi pensione.

Dal canto suo, la Corte costituzionale (sentenza n. 421 del 1995) ritenne di poter individuare un preciso discrimine temporale tra il periodo in cui i contributi datoriali alla previdenza integrativa dovevano considerarsi «emolumenti retributivi con funzione previdenziale» – dunque esclusi dal prelievo a favore della previdenza obbligatoria solo in via di eccezione alla regola di cui all'art. 12 della l. n. 153 del 1969 – , e quello in cui sono diventati «strutturalmente contributi di natura previdenziale»: lo spartiacque sarebbe segnato «dalla legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 (art. 3), attuata dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124», grazie alla quale sarebbe «venuto meno ... per i fondi di previdenza complementare il referente dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969», e si sarebbe realizzato il pieno in-

[1] C. Cost. 8 settembre 1995, n. 421 in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 7; *Giust. civ.*, 1996, I, p. 663; *Giur. it.*, 1, p. 1 e 228.

serimento «nel sistema dell'art. 38 Cost.». Secondo la Consulta, solo nel nuovo regime instaurato a seguito della novella legislativa del 1992/93 i contributi datoriali ai fondi di previdenza complementare dovrebbero qualificarsi come «contributi di natura previdenziale»; prima di allora, dovevano qualificarsi come «retribuzione con funzione previdenziale».

L'ambiguità di questa soluzione si è subito riflessa negli orientamenti dottrinali: se i sostenitori della tesi "previdenzialistica" vi hanno visto il definitivo avallo della loro ricostruzione (spingendosi a invocare l'applicazione analogica della disciplina vigente per la contribuzione all'assicurazione generale obbligatoria); i sostenitori della natura retributiva dei contributi hanno, invece, attribuito alla sentenza una *ratio decidendi* tesa ad assecondare l'impulso dato dalla riforma del 1992 alla previdenza complementare, piuttosto che a fornire un inquadramento teorico-dogmatico dell'obbligazione contributiva datoriale nella previdenza complementare.

Vero è che secondo la dottrina largamente maggioritaria, già nella vigenza della normativa anteriore era possibile escludere l'assoggettabilità del contributo datoriale al prelievo contributivo, in virtù di una considerazione complessiva e unitaria del fenomeno della previdenza complementare, idonea a distinguerla dalla retribuzione non solo nella "funzione", ma nella stessa "natura" giuridica.

L'argomento più solido a sostegno di questa tesi può individuarsi nella differenza tra la previdenza complementare e il "trattamento di fine rapporto" (TFR).

Com'è noto, il TFR è un istituto retributivo la cui esclusione dall'imponibile contributivo (disposta dall'art. 12, comma 4, lett. a, l. n. 153 del 1969) riposa proprio nella sua finalità o funzione previdenziale, consistente nello «scopo di agevolare al lavoratore il superamento delle difficoltà economiche possibili ad insorgere per il venir meno del salario»[2].

Ebbene: non sembra che la ratio dell'esclusione dell'imponibilità contributiva dei contributi datoriali di previdenza complementare possa essere assimilata all'istituto del TFR.

[2] C. cost. 27 giugno 1968, n. 75; C. cost., 2 dicembre 1970, n. 179; C. cost. 4 luglio 1974, n. 204.

Infatti, l'art. 4, comma 5, l. n. 297 del 1982, nel vietare deroghe negoziali alla disciplina del TFR, fa espressamente salve le «indennità corrisposte alla fine del rapporto, aventi natura e funzione diverse» da quelle delle «indennità di anzianità, di fine lavoro, di buonuscita, comunque denominate e da qualsiasi fonte disciplinate». Ne consegue che (la contribuzione datoriale al)la previdenza complementare non può essere assimilata al TFR, ossia a un istituto retributivo con finalità previdenziale, trattandosi piuttosto di un istituto la cui stessa natura è previdenziale: un istituto, dunque, distinto sia dalla previdenza obbligatoria (in quanto contrattuale), sia dalla retribuzione (in quanto previdenziale); un istituto – appunto, – di "previdenza contrattuale".

La natura previdenziale della (obbligazione contributiva del datore di lavoro alla) previdenza complementare rende pienamente ragione dell'esclusione, in via normale e non derogatoria, dalla retribuzione imponibile ai fini della previdenza obbligatoria; e giustifica, almeno da un punto di vista giuridico-formale, l'assoggettamento a un "contributo di solidarietà" funzionalmente analogo a quello imposto sulle gestioni previdenziali cdd. "sostitutive, esclusive ed esonerative" a favore del regime generale dell'INPS[3].

La tesi secondo cui i contributi datoriali alla previdenza complementare avrebbero natura strutturalmente previdenziale e non retributiva, indipendentemente dalla data di entrata in vigore della disciplina organica del 1992/93, è stata, da ultimo, avallata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, con una decisione occasionata dalla controversa questione della inclusione nella base di calcolo del TFR, delle somme versate (fino al 28 aprile 1993) dal datore di lavoro ad un fondo pensione "preesistente". La Corte – allineandosi a quanto in precedenza già statuito con riferimento ai contributi versati dopo il 28 aprile 1993 – (v. avanti), ha infatti escluso, anche per i contributi versati dopo tale data, la loro inclusione nella base di calcolo del TFR: e ciò sulla base del generale assunto che «il contributo dei datori di lavoro al finanziamento dei fondi integrativi non può definirsi emolumento retributivo con funzione previdenziale, ma costituisce una contribuzione di natura strutturalmente previdenziale»; e della osservazione (forse sovrabbondante) che il legislatore «ha inserito retroattivamente (e quindi

[3] Vedi, per es., l'art. 53, comma 9, l. 27 dicembre 1997, n. 449.

anche per il periodo precedente l'entrata in vigore del D. Lgs. 124 del 1993) la previdenza integrativa nel sistema dell'art. 38 Cost.»[4].

Nel negare la natura retributiva dei contributi datoriali ai fondi pensione, tuttavia, l'autorevole arresto della S.C. ne negava anche il carattere "lavoristicamente corrispettivo": la natura "previdenziale" (e non retributiva) di detti contributi, infatti, ad avviso del Giudice di legittimità, consiste nella «mancanza di un nesso di corrispettività diretta fra contribuzione e prestazione lavorativa»; donde l'affermazione che «l'obbligo del versamento del contributo a carico del datore di lavoro non si pone nei confronti del lavoratore bensì nei confronti del fondo che è poi onerato della erogazione della relativa prestazione», e quindi, in sostanza, la negazione della titolarità in capo al lavoratore di un diritto al contributo datoriale.

La questione sarà ripresa più avanti: qui si vuol solo sottolineare come ancora oggi l'inquadramento civilistico della (contribuzione datoriale alla) previdenza complementare costituisca questione non del tutto risolta, e il dibattito su di essa ancora aperto.

2. Se il contributo a carico del datore di lavoro è escluso dalla base imponibile e assoggettato alla qualitativamente diversa "contribuzione di solidarietà", "resta", invece, sempre ai sensi del citato art. 16 del decreto, «fermo l'assoggettamento a contribuzione ordinaria nel regime obbligatorio di appartenenza delle quote ed elementi retributivi a carico del lavoratore destinati al finanziamento delle forme pensionistiche complementari».

Invero, mentre l'obbligazione gravante sul datore di lavoro a favore del fondo pensione è un'obbligazione collegata al rapporto di lavoro, quella gravante sul lavoratore è un'obbligazione patrimoniale che le fonti istitutive collettive costituiscono a carico di coloro che delle obbligazioni pecuniarie gravanti sul datore di lavoro sono invece, di norma, destinatari.

È dunque evidente che l'obbligo contributivo gravante sul lavoratore a favore del fondo pensione non è in alcun modo assimilabile alla retribuzione: analogamente a quanto accade nel rapporto contributivo

[4] Cass., S.U., 16 marzo 2015, n. 5157; di recente, Cass. 17 gennaio 2020, n. 986. *Contra*, in precedenza, tra le tante, Cass. 12 gennaio 2011, n. 545.

della previdenza obbligatoria, il prelievo a carico del lavoratore non si giustifica con la titolarità passiva di un debito retributivo assoggettabile a contribuzione, ma piuttosto con la titolarità attiva di un credito retributivo, in presenza del quale, rispettivamente la norma legale (nella previdenza obbligatoria) o la fonte istitutiva (nella previdenza complementare), impongono un onere partecipativo a carico del soggetto tutelato.

Ne discende che il contributo a carico del lavoratore, a rigor di logica, non può essere assoggettato "a contribuzione ordinaria nel regime obbligatorio di appartenenza"; ciò che a detta contribuzione ordinaria può essere – ed è – assoggettato, è piuttosto la retribuzione che il lavoratore ha già percepito e che, una volta entrata nel suo patrimonio, ha costituito la provvista per il pagamento del contributo alla previdenza complementare.

Dunque, non pare possano nutrirsi dubbi di legittimità costituzionale in ordine ad una ipotetica disparità di trattamento riservato alle quote a carico dei lavoratori rispetto a quanto previsto per quelle a carico della parte datoriale

Piuttosto, in dottrina ci si è chiesti perché il legislatore non abbia ritenuto di introdurre una misura fiscale di vantaggio a favore dei lavoratori, disponendo l'esclusione del contributo del lavoratore dalla base di calcolo della contribuzione sociale obbligatoria.

Senonché, questa critica al legislatore non tiene adeguatamente conto del fatto che la previdenza complementare non è una previdenza sostitutiva di quella obbligatoria, e che quindi i contributi destinati al suo finanziamento non costituiscono una duplicazione di quelli destinati alla previdenza obbligatoria, essendo destinati a finanziare prestazioni "complementari" rispetto a quelle "di base".

Senonché, escludendo (anche) il contributo del lavoratore dalla base di calcolo della contribuzione sociale obbligatoria, con conseguente riduzione della prestazione pensionistica, si produrrebbe una forte accentuazione proprio dell'effetto sostitutivo, con tendenziale *reductio ad absurdum* del contributo di solidarietà, "voluto" dalla Corte costituzionale e introdotto dal legislatore.

3. Tralasciando l'ormai appianata questione del "doppio contributo", i dubbi in merito all'efficienza euristica della nozione di "retribu-

zione con funzione previdenziale" emergono soprattutto da quelle sentenze che si sono cimentate col problema della natura giuridica dei contributi ai fondi pensionistici complementari, in fattispecie nelle quali alla "neutralizzazione" delle conseguenze dell'affermata natura retributiva viene a mancare il supporto di norme ad hoc (quali sono pur sempre quelle che, almeno a partire dal 1991, espressamente escludono il prelievo contributivo sui finanziamenti datoriali).

Nel caso del TFR – come s'è detto –, è stato necessario l'intervento delle sezioni unite della Corte di Cassazione, nel 2015, per chiarire che la natura previdenziale e non retributiva dei contributi del datore di lavoro è un dato strutturale della previdenza integrativa, riferibile non solo ai versamenti operati dopo l'aprile del 1993 alla previdenza complementare come riformata nel 1992/93, ma anche a quelli operati nei periodi di lavoro precedenti all'aprile del 1993, epoca di entrata in vigore della suddetta riforma: conseguendone la loro non computabilità in ogni caso, ai fini del trattamento di fine rapporto e della indennità di anzianità.

Questa sentenza – come già osservato – si segnala per l'esplicita sconfessione della tesi "funzionalista": la tesi, cioè, che, distinguendo la natura del contributo datoriale dalla sua funzione giuridica, concepiva tale contributo come retribuzione con finalità previdenziale[5].

Essa, pertanto, costituisce, in ambiti plurimi, un punto fermo nella ricostruzione civilistica dell'obbligazione contributiva datoriale, e dunque nella individuazione della disciplina ad essa applicabile: il primo dei quali, naturalmente, non può che essere quello della (non) computabilità nella base di calcolo di tutti gli emolumenti indiretti e differiti, anche diversi dal TFR (indennità sostitutiva del preavviso, 13a mensilità, maggiorazioni per lavoro straordinario, retribuzione feriale, ecc. ...).

4. Circa la questione della spettanza dei contributi datoriali, sotto forma di retribuzione, ai lavoratori che non aderiscano al fondo pensione, si registra un diffuso consenso sulla tesi negativa: l'opinione maggioritaria, infatti, esclude che il lavoratore non aderente al fondo

[5] In quest'ultimo senso, ad esempio, Cass. 2 novembre 2011, n. 13558. Per l'opposta soluzione, Cass. 18 marzo 2013, n. 6707.

possa vantare il diritto alla corresponsione dell'equivalente del contributo datoriale.

Tuttavia, la ragione di ciò viene spesso rintracciata nella destinazione previdenziale del contributo in parola, cui però si continua a riconoscere una connotazione retributiva.

Senonché questa volta, diversamente da quanto capita in ordine al problema del "doppio contributo", la teoria della retribuzione con funzione previdenziale s'imbatte in un ostacolo aggiuntivo, costituito dall'indisponibilità (relativa) dei crediti retributivi.

E infatti, a voler seguire con coerenza questa teoria, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il "rifiuto dell'adesione" al fondo pensione comporti una rinuncia a quella quota di retribuzione differita con finalità previdenziale costituita dal contributo datoriale", con conseguente invalidità ai sensi dell'art. 2113 c.c.

Ciò conferma che la questione va affrontata assumendo una prospettiva che neghi in radice il carattere retributivo del contributo datoriale, non essendo sufficiente quella che fa perno sulla sola "funzione" previdenziale, tenendo però ferma la "natura" retributiva.

Di ciò v'è consapevolezza, per esempio, nella previsione contenuta nella fonte istitutiva del fondo Cometa (punto 10, 5° per., dell'accordo 10.3.1997), ove si puntualizza che «l'obbligo contributivo … è assunto dalle imprese nei confronti dei lavoratori soci ... e pertanto la corrispondente retribuzione non sarà dovuta né si convertirà in alcun trattamento sostitutivo o alternativo anche di diversa natura, sia collettiva che individuale, a favore dei lavoratori che per effetto della mancata adesione non conseguono la qualifica di soci dei fondi ... , ovvero la perdano successivamente»: l'obbligo è assunto (quanto meno, anche) nei confronti dei lavoratori, e quindi è, in tal senso, lavoristicamente corrispettivo; però, essendo dovuto per fini di previdenza complementare (e quindi solo ai lavoratori associati al fondo), non ha natura retributiva.

5. Ancora: la natura non retributiva del contributo di previdenza complementare spiega perché le cause di sospensione del rapporto di lavoro non producano, in relazione all'obbligazione contributiva, gli stessi effetti che tipicamente si producono sul piano retributivo.

Così, nei periodi in cui il rapporto è sospeso per una delle cause di

cui agli artt. 2110 e 2111 c.c., o in quelli di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro con intervento della cassa integrazione guadagni o dei fondi di solidarietà bilaterali, la contribuzione datoriale è dovuta solo se e nella misura in cui sia dovuta una retribuzione, e non, invece, se questa è sostituita da un'indennità previdenziale (come nel caso delle integrazioni salariali): ricorre nelle fonti istitutive, la previsione per cui «in caso di sospensione del rapporto di lavoro per qualsiasi causa ... l'obbligo contributivo a carico dell'impresa e del lavoratore è rapportato all'eventuale retribuzione percepita dal lavoratore».

Ciò significa che l'obbligazione contributiva non gode, nelle ipotesi di "sospensione tutelata" del rapporto di lavoro, delle garanzie speciali di cui gode l'obbligazione retributiva: infatti, poiché il suo presupposto genetico è costituito - ovviamente in presenza dell'adesione al fondo - dall'esistenza dell'obbligazione retributiva, sono irrilevanti le eventuali indennità previdenziali contemplate, per quelle evenienze, dallo "statuto speciale" dell'obbligazione retributiva.

6. Questione assai dibattuta, e strettamente collegata a quella della qualificazione giuridica del credito contributivo di previdenza complementare, è quella della titolarità del credito medesimo: questione che si è per lo più posta in termini di legittimazione dei lavoratori iscritti ad un fondo pensione, a chiedere l'ammissione allo stato passivo della procedura concorsuale coinvolgente il datore di lavoro, delle somme corrispondenti ai contributi da quest'ultimo non versati.

In questo caso, invero, la teoria retributivo-funzionalista e quella della corrispettività previdenziale conducono alla medesima conclusione della titolarità del credito contributivo in capo al lavoratore; ciò spiega, forse, perché le sentenze a favore della legittimazione attiva dei lavoratori non affrontino, in genere, tale questione, curandosi invece di segnare la differenza con la teoria previdenzialista pura, che riconosce la legittimazione ad agire per il recupero del credito esclusivamente in capo al fondo pensione[6].

7. Il sincretismo teorico che caratterizza la giurisprudenza sul pun-

[6] Tra le tante, T. Bologna 23 maggio 2008, n. 506; T. Milano 10 luglio 2014; T. Vicenza 13 gennaio 2017.

to (e che giunge a utilizzare lo strumento della condotta antisindacale per sanzionare il mancato rispetto delle clausole della fonte istitutiva relative al finanziamento della forma pensionistica complementare)[7], si manifesta soprattutto nelle decisioni che, con riferimento all'omesso conferimento del TFR, ricostruiscono il rapporto tra lavoratore iscritto al fondo e datore di lavoro in termini di delegazione di pagamento, deducendone che «il fallimento del datore di lavoro determina lo scioglimento del contratto di delegazione per fallimento del mandatario, con la conseguenza che il lavoratore, al fine di recuperare le quote di Tfr trattenute dal datore di lavoro e non versate al Fondo pensione, deve essere ammesso allo stato passivo del fallimento»[8].

Analogamente, premesso che «Ai sensi dell'art. 1270 1° comma c.c., il delegante può revocare la delegazione sino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione nei confronti del delegatario, o non abbia eseguito il pagamento»; e che «la richiesta giudiziale di pagamento del controvalore non versato, da parte del lavoratore, deve essere valutata alla stregua di una implicita revoca della delegazione di pagamento», se ne deduce che «in tal caso può accogliersi la domanda di pagamento, proposta anche in proprio vantaggio dal lavoratore». Con l'opportuna precisazione che «Laddove... il lavoratore spieghi domanda di accertamento dell'obbligo di pagamento e di condanna, in capo al datore di lavoro, in favore del Fondo pensione, tale pretesa costituisce richiesta di condanna in favore di terzi»[9].

Altra e diversa sarebbe la conclusione, ove non di una delegazione di pagamento si trattasse, ma di cessione di credito futuro: nel qual caso si ritiene che la titolarità spetta al fondo cessionario[10].

8. Né all'affermazione della legittimazione attiva del lavoratore si perviene ricorrendo all'istituto dell'azione surrogatoria, ex art. 2900 c.c., la cui dinamica prevede che il lavoratore, in qualità di creditore del Fondo pensione (e non del datore di lavoro) per la futura presta-

[7] T. Vigevano 9 ottobre 2006, n. 1038.

[8] T. Napoli Nord 15 luglio 2015, n. 13606.

[9] T. Milano 24 gennaio 2020, n. 170; T. Milano 6 aprile 2020, n. 540; T. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808.

[10] Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626.

zione pensionistica (e non per il contributo di previdenza complementare), per neutralizzare «gli effetti pregiudizievoli che possano derivare alle sue ragioni dall'inerzia del fondo pensione, non avendo legittimazione attiva per il recupero delle somme accantonate per Tfr dal datore di lavoro e non versate al Fondo medesimo, esercita i diritti e le azioni ad esso spettanti, suo debitore, verso i terzi»[11].

9. In un terzo filone può collocarsi quella giurisprudenza che, argomentando dalla necessaria trilateralità del rapporto di previdenza complementare, afferma la indefettibile «partecipazione al giudizio di tutti i soggetti dello stesso (azienda, lavoratore e fondo pensione) in una causa avente ad oggetto l'omesso versamento di contributi in favore di una forma pensionistica collettiva»[12]; con la precisazione che «la condanna al versamento delle quote di TFR (trattenute in busta paga e non versate) emessa a carico del resistente - in virtù dell'adesione - dispiega effetti immediati e diretti in favore del Fondo di Previdenza ed effetti solo mediati ed indiretti in favore del ricorrente»[13].

Si invera così, in sede giurisprudenziale, l'inattuato indirizzo di delega contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, della legge n. 243 del 2004, che, dando per pacifica la titolarità del lavoratore, prevedeva «l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro», oltre che, pragmaticamente - e invero contraddittoriamente, «la legittimazione dei fondi stessi ... a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti».

10. D'altro canto, nelle controversie in cui si discute dell'ammissione allo stato passivo del credito di un lavoratore relativo ai contributi di previdenza complementare (non versati dal datore di lavoro al fondo pensione, ovvero di cui si chiede il riscatto a seguito di pro-

[11] T. Novara, 2 Luglio 2019, n. 157; T. Napoli Nord 2 ottobre 2015, n. 707.

[12] T. Reggio Calabria, n. 1714 del 2013.

[13] T. Roma 2 dicembre 2016, n. 10489; T. Napoli 4 luglio 2017, n. 5294; T. Palermo nn. 1273 e 1274 del 2018.

cedura concorsuale), si pone tipicamente il tema dell'ammissione del credito in via privilegiata ai sensi dell'art. 2751-*bis* c.c.: questione in relazione alla quale torna ad essere essenziale la qualificazione retributiva o previdenziale del contributo datoriale; e sulla quale ha messo un punto il recente arresto delle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16084 del 2021[14] in cui, riconfermandosi la teoria "previdenzialista"[15], si esclude l'applicabilità all'obbligazione contributiva datoriale del privilegio generale sui beni mobili stabilito per i soli crediti retributivi dall'art. 2751-*bis* c.c.

12. Va infine segnalato che sui temi della natura e delle titolarità del credito contributivo di previdenza complementare si è pronunciato l'Ispettorato nazionale del lavoro con la nota n. 1436 del 17 febbraio 2020, dedicata all'inadempimento datoriale dell'obbligo contributivo, che aderisce, non senza qualche incertezza, alla tesi secondo cui l'omesso versamento dei contributi datoriali previsti dalle fonti istitutive del fondo pensione costituisce «un inadempimento contrattuale del datore di lavoro», con la conseguenza «che il lavoratore potrà agire innanzi al giudice civile per la tutela della propria posizione contrattuale».

3. *Inapplicabilità delle norme previdenziali "pubblicistiche" in materia di contribuzione sociale*

Resta così confermato, d'altro canto, che la natura non retributiva dell'obbligazione in parola non implica l'applicabilità delle regole e dei principi sulla contribuzione previdenziale obbligatoria; ché anzi, l'obbligazione contributiva di previdenza complementare, in quanto contrattuale e volontaria, non riveste i caratteri tipici della corrispondente obbligazione pubblicistica, quali l'irrinunciabilità, l'indisponibilità, l'inviolabilità, la tutela privilegiata del credito.

A tale ultimo proposito, la citata Cass. S.U. n. 16084 del 2021, oltre ad aver ribadito l'esclusione del privilegio applicabile ai crediti re-

[14] Cass., S. U., 9 giugno 2021, n. 16084, in *Dir. giust*., 2021, 114, 3 ss.

[15] V. Cass., S.U., 9 marzo 2015, n. 4684.

tributivi, ha escluso anche che possa applicarsi al credito contributivo di previdenza complementare il privilegio sancito dall'art. 2753 c.c., essendo tale norma riferita «ai soli crediti derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi speciali ... che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti».

La S.C. ha escluso anche la riferibilità al credito contributivo di previdenza complementare del privilegio sancito dall' art. 2754 c.c., che assegna ai «crediti per i contributi dovuti ad istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, una specifica disciplina in materia di privilegio generale sui mobili».

In dottrina, pervero, si era ipotizzata l'applicabilità di tale norma alla previdenza complementare, in quanto forma di tutela previdenziale "diversa" da quella obbligatoria, e in coerenza con l'affermata terzietà rispetto alla retribuzione e alla contribuzione di previdenza obbligatoria. Ma la S.C. ha escluso che l'art. 2754 c.c. possa applicarsi al credito contributivo di previdenza complementare, perché la norma si riferirebbe a forme assicurative pur sempre pubbliche e obbligatorie, sia pur "diverse" da quelle per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti. Fatto sta che la restrittiva interpretazione adottata da Giudice di legittimità lascia aperto un *vulnus* nella tutela dei crediti contributivi di previdenza complementare, dovendosi tener conto della rilevanza costituzionale di tale forma di "previdenza sociale privata".

Non trovano applicazione nell'ambito della previdenza complementare le norme dell'ordinamento previdenziale pubblico che pongono obblighi accessori a quello contributivo, o strumentali all'instaurazione dello stesso rapporto previdenziale, quali, a mero titolo esemplificativo, l'obbligo di rispettare un determinato termine per iscrivere il lavoratore alla competente gestione previdenziale, o per effettuare il versamento dei contributi dovuti: è questa, materia rimessa alle fonti negoziali della previdenza complementare.

Venendo a tema di maggior sostanza, è opinione diffusa che non trovi applicazione con riferimento alla contribuzione di previdenza complementare, l'art. 2115, comma 3, c.c., alla cui stregua è nullo qualsiasi patto (o atto) diretto ad eludere gli obblighi relativi alla pre-

videnza o all'assistenza; trova in suo luogo applicazione l'art. 2113 c.c., il quale peraltro non presuppone la natura retributiva, ma semplicemente "lavoristica", dei diritti oggetto di disposizione.

Va peraltro osservato che la norma di tutela contro gli atti dispositivi dei lavoratori sarebbe vanificata ove si accedesse alla già divisata tesi secondo cui la titolarità del credito contributivo di previdenza complementare spetterebbe al fondo pensione e non al lavoratore.

Invero, la tematica della legittimazione attiva all'esercizio del credito contributivo di previdenza complementare, sopra discussa, rivela tutta la sua problematicità con riferimento agli atti di disposizione del credito contributivo, ove si consideri che l'attribuzione esclusiva della sua titolarità al fondo pensione, e comunque il suo disconoscimento in capo al lavoratore, renderebbe gli eventuali atti dispositivi incondizionatamente validi: essi infatti non ricadrebbero nella sfera di applicazione né dell'art. 2115 c.c. – applicabile alla sola contribuzione sociale obbligatoria –, né dell'art. 2113 c.c. – applicabile ai soli diritti dei lavoratori.

L'art. 2115 c.c. afferma pure importanti principi in materia di individuazione dei soggetti onerati del finanziamento della previdenza obbligatoria, e sul regime della responsabilità per l'adempimento degli obblighi contributivi.

Quanto alla regola secondo cui l'obbligo contributivo si ripartisce in maniera paritetica tra datore di lavoro e lavoratore, contenuta nel 1° comma del citato art. 2115 c.c., essa, quand'anche fosse riferibile alla previdenza complementare, sarebbe sostituita da quella contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 252 del 2005, che, nell'individuare i soggetti onerati del finanziamento dei fondi pensione destinati a lavoratori subordinati o parasubordinati, fa riferimento non solo ai "destinatari", ma "anche" al "datore di lavoro" (1° comma), curando anche di precisare che «le fonti istitutive ... determinano le quote a carico del datore di lavoro e del lavoratore».

Diversamente, la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 2115, c.c., che configura il datore di lavoro come un *adiectus solutionis causa* relativamente alla quota di spettanza del lavoratore, non trova alcun riscontro nella disciplina della previdenza complementare: essa, tuttavia, presuppone l'obbligatorietà della forma di tutela, e dunque deve ritenersi inapplicabile alla contribuzione di previdenza complementare.

Il problema, naturalmente, non si pone per i fondi costituiti in forma di patrimonio di destinazione ex art. 2117 c.c., in cui le contrapposte obbligazioni contributive intercorrono direttamente tra le parti del rapporto di lavoro.

Nel caso dei fondi con soggettività o personalità giuridica, in luogo della norma pubblicistica opererà l'autonomia privata, che potrà ricorrere all'accollo con liberazione del debitore (cd. "privativo") (art. 1273, comma 2, c.c.), ma anche a quello semplicemente cumulativo (art. 1273, comma 3), o ancora più semplicemente alla delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.). All'applicazione della disciplina dell'accollo con liberazione del debitore, conseguirebbe che, in caso di inadempimento datoriale all'obbligazione contributiva, il lavoratore potrebbe adempiere in sua vece per l'intera contribuzione, anche quella a suo carico, ai sensi dell'art. 1180 c.c. ("adempimento del terzo"), surrogandosi eventualmente al fondo ex art. 1201 c.c.; mentre il fondo non potrebbe agire nei confronti del lavoratore, ma solo nei confronti del datore di lavoro.

Non saranno applicabili neppure le speciali disposizioni in materia di "sanzioni civili" per omissione o evasione dei contributi previdenziali obbligatori; in loro luogo, varrà la disciplina civilistica sul danno da inadempimento delle obbligazioni pecuniarie (art. 1224 c.c.), salvo l'intervento sussidiario del Fondo di garanzia per la previdenza complementare, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992.

Proprio a tale proposito, poi, si registra un ulteriore rilevante profilo differenziale rispetto al regime giuridico della contribuzione obbligatoria: deve infatti ritenersi che, stante la pacifica inoperatività, per la previdenza complementare, del principio di automaticità delle prestazioni, l'avvenuta prescrizione dell'obbligazione contributiva di previdenza complementare non costituisca condizione per l'intervento del fondo di garanzia.

Per la medesima ragione, ossia per lo stretto collegamento sussistente nel sistema obbligatorio tra il regime della prescrizione dei crediti contributivi e il principio dell'"automaticità delle prestazioni", deve escludersi, in generale, che la disciplina della prescrizione dei crediti contributivi di previdenza obbligatoria – peraltro avvicinata, almeno nella durata dei termini, a quella comune, dall'art. 3, commi 9 e 10 della l. n. 335 del 1995 – possa applicarsi, anche solo per analogia, ai con-

tributi di previdenza complementare: troverà invece applicazione la disciplina civilistica, ex art. 2948, n. 4, c.c.[16].

Infatti, nel sistema della previdenza pensionistica obbligatoria il regime della prescrizione dei crediti contributivi è strettamente coordinato con il principio dell'"automaticità delle prestazioni", che garantisce, almeno tendenzialmente, il diritto alla prestazione previdenziale anche in caso di inadempimento degli obblighi contributivi.

L'inestensibilità di tale principio alla previdenza complementare esclude che la disciplina della prescrizione dei crediti contributivi di previdenza obbligatoria e di previdenza complementare possa rispondere a una medesima ratio; così come spiega l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992 anche in caso di non avvenuta prescrizione dei contributi.

Va poi ricordato che nella disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali obbligatori si registra una dialettica tra la *ratio* dell'istituto, che è quella di garantire la certezza dei rapporti giuridici, e l'interesse degli enti previdenziali alla tutela dei propri crediti e al contrasto dell'evasione contributiva; dialettica che ha prodotto, in tempi recenti, una "inversione di tendenza" rispetto al tradizionale favor per gli enti previdenziali, esitata nella drastica contrazione dei termini, sostanzialmente «riallineati...al termine quinquennale previsto, in via generale, dall'art. 2948, n. 4, c.c.».

L'interesse dei soggetti protetti rileva, invece, in via solo indiretta, sia perché mediato dal "diritto di credito" dell'ente previdenziale, sia in virtù del riconoscimento giurisprudenziale di un'autonoma azione di condanna nei confronti del datore di lavoro, causalmente autonoma rispetto a quella spettante agli enti creditori della prestazione contributiva.

Orbene, se – come sopra prospettato – nel rapporto contributivo di previdenza complementare deve riconoscersi al lavoratore (anche nell'ipotesi, peraltro normale, di fondi "esterni") una posizione giuridica di "creditore" nell'ambito del rapporto contributivo – evidentemente concorrente con quella che compete al fondo pensione –, si perviene anche per questa via ad escludere che possa esservi identità di

[16] In tal senso, Cass. 21 gennaio 1998, n. 524.

ratio con la disciplina giuridica della prescrizione dei contributi previdenziali obbligatori.

Ancora, la natura non retributiva dell'obbligazione contributiva esclude, per un verso, l'applicabilità delle norme sulla prescrizione "presuntiva", e per l'altro, la pertinenza della classica problematica della sospensione del termine prescrizionale in pendenza di rapporto di lavoro non assistito da garanzia reale.

In particolare, con riferimento a quest'ultima questione, si deve osservare che proprio la strumentalità dei contributi rispetto alle prestazioni di previdenza complementare sposta l'attenzione dalla garanzia costituzionale della retribuzione equa a quella della prestazione previdenziale adeguata: si spiega, allora, perché solo con riferimento alla contribuzione di previdenza complementare si ponga un problema di tutela per l'ipotesi dell'avvenuta prescrizione, realizzata attraverso l'intervento di un apposito fondo di garanzia; mentre l'intervento del fondo di garanzia per i crediti retributivi e il TFR è concepibile, per definizione, solo in presenza di una retribuzione non prescritta.

4. *Il rito processuale applicabile*

Il problema del rito processuale applicabile è risolto espressamente dal legislatore, con l'art. 442, comma 2, c.p.c., il quale dispone che le norme che disciplinano il rito del lavoro si applicano, oltre che alle controversie di previdenza obbligatoria, anche alle «controversie relative alla inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti e accordi collettivi».

La specifica previsione di rinvio di cui all'art. 442, comma 2, c.p.c., peraltro accomunando la disciplina dei contributi a quella delle prestazioni, convalida la specifica collocazione sistematica della previdenza contrattuale, in un'area disciplinare distinta sia da quella della previdenza pubblica che da quella del rapporto di lavoro: infatti l'applicazione del rito del lavoro è stabilita mediante un rinvio distinto da quello operato nel comma 1° con riferimento alla previdenza obbligatoria: il rinvio di cui al 2° comma, riguarda, invece, «le controversie relative all'inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti e accordi collettivi».

Si tratta, evidentemente, di una formulazione legislativa risalente a epoca in cui l'avvento della previdenza complementare era ben lontano: ne consegue l'inapplicabilità del rinvio alle forme pensionistiche complementari individuali (potendosi semmai ipotizzare l'applicabilità ai fondi pensione aperti con adesione collettiva).

Ci si chiede, poi, se il rinvio valga anche per la previdenza complementare basata su accordi tra lavoratori subordinati o autonomi, *ex* art. 3, comma 1, lett. a), seconda parte, e lett. b): un'interpretazione meramente letterale potrebbe indurre alla risposta positiva, sulla base della considerazione che gli accordi in parola sono pur sempre "collettivi", anche se non sono contratti "di scambio" (bensì plurilaterali o "di organizzazione").

Si consideri, tuttavia, per un verso, che la stessa previdenza obbligatoria visualizzata nel 1942 era essenzialmente limitata ai lavoratori subordinati; e per l'altro, che la norma in parola dispone l'applicazione, alle controversie inerenti alla previdenza contrattuale, della disciplina delle controversie attinenti al lavoro subordinato (e "parasubordinato"), e sarebbe singolare che essa potesse intendersi riferita anche a lavoratori diversi da quelli subordinati o "parasubordinati".

E infatti, se la giurisprudenza non ha esitato a includere nel rinvio le controversie di previdenza contrattuale dei lavoratori "parasubordinati"[17] ha tuttavia affermato che «il secondo comma dell'art. 442 c.p.c. si riferisce a forme di assistenza e di previdenza che siano a carico anche del datore di lavoro e pertanto non è invocabile ... in ordine a controversie concernenti prestazioni erogate da una associazione di lavoratori dipendenti … in favore dei soggetti che ad essa hanno volontariamente aderito»[18]; a fortiori, ciò deve valere per forme di previdenza negoziale destinate a lavoratori privi di datore di lavoro in quanto non subordinati (né "parasubordinati").

Ma la questione non può considerarsi, a questa stregua, chiusa: l'equiparazione che il d.lgs. n. 252 del 2005 ha compiuto, nella previdenza complementare, tra le forme strettamente "lavoristiche" e quelle "non lavoristiche", impone l'omogeneità della tutela processuale.

Questo può avvenire in virtù dell'applicazione analogica (o se si

[17] Cass. 15 gennaio 1980, n. 364, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 610.

[18] Cass. 28 gennaio 1985, n. 462, in *DeJure.*

vuole, adeguatrice) dell'art. 442, comma 2, c.p.c., sussistendo sicuramente, almeno nell'ordinamento attuale, un comune principio stipite tra la previdenza complementare dei lavoratori subordinati e quella degli altri lavoratori, o addirittura "non lavoristica" (art. 8, 1° comma, 3° periodo., d.lgs. n. 252 del 2005).

Ci si chiede pure se sia applicabile alle controversie in materia contributiva la rivalutazione automatica stabilita pei "crediti di lavoro" dall'art. 429, comma 3, c.p.c. In proposito, va osservato che dalla prospettata natura "lavoristicamente corrispettiva" dell'obbligazione contributiva di previdenza complementare discenderebbe l'applicabilità diretta dell'art. 429, comma 3, c.p.c.

La conclusione, basata sul riferimento della norma alle «somme di denaro per crediti di lavoro», vale anche con riferimento a erogazioni, quali i riscatti e le anticipazioni, che non sono assimilabili a "prestazioni" di previdenza complementare, ma piuttosto alla restituzione (in casi tipici e tassativi) del montante contributivo: così evitandosi l'iniquità che si manifesterebbe laddove si ritenesse la disciplina della rivalutazione automatica applicabile solo in materia di "prestazioni" in senso stretto.

Va notato, infine, che, nonostante l'identità del rinvio, il regime processuale della previdenza complementare potrebbe non essere del tutto identico a quello della previdenza obbligatoria.

L'applicabilità delle norme processuali specifiche della previdenza obbligatoria va esclusa, infatti, almeno quando si tratti di regole che rechino, di questa, l'impronta pubblicistico-autoritativa e obbligatoria: si pensi alla competenza per materia, che, quando si controverta in materia di «obblighi del datore di lavoro» (e quindi, *in primis*, di contribuzione), è determinata dal «luogo in cui ha sede l'ufficio dell'ente» (art. 444, 3° comma, c.p.c.); o al previo esperimento del ricorso amministrativo come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (art. 443 c.p.c.).

In casi del genere, troveranno applicazione – in via diretta, o in via interpretativa –, le corrispondenti norme del rito del lavoro.

Ragioni, finalità ed evoluzione del welfare aziendale: spunti dalla esperienza

EMMANUELE MASSAGLI

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La definizione di welfare aziendale. – 3. Le ragioni della riscoperta dei benefici di utilità sociale. – 3.1. L'intervento di riforma del 2015: ampliamento della natura del welfare aziendale. – 3.2. Tra contrattazione e vincolo unilaterale. – 3.3. L'inedito welfare di produttività. – 4. Gli interventi di riforma dal 2016 al 2021: ampliamento dei beni e servizi di welfare. – 4.1. Le integrazioni all'articolo 51, comma 2 del TUIR. – 4.2. L'evoluzione dei c.d.* flexible benefit *(art. 51, comma 3 del TUIR). – 4.3. La residualità dei beni e servizi di cui all'articolo 51, comma 4 del TUIR. – 5. La diffusione del welfare aziendale a un lustro di distanza dalla riforma del 2016.*

1. *Premessa*

In coerenza con quanto esposto nella edizione 2021 dei Seminari Maceratesi, nelle pagine che seguono non intendo ricostruire la disciplina legislativa e amministrativa del welfare aziendale, né dialogare con la dottrina e i centri studi che lo hanno ampliamente studiato negli ultimi anni[1]. Il mio proposito è invece quello di presentare lo stato dell'arte della implementazione pratica del welfare aziendale nelle imprese italiane (interpretazioni e numeri), come fotografato dalla privilegiata torretta di osservazione di AIWA, l'Associazione Italiana Welfare Aziendale operativa dal 2017 e rappresentante le principali società che operano nell'ambito della consulenza e implementazione dei piani

[1] Si vedano, tra gli altri e riportando solo volumi dedicati, le curatele di T. TREU, *Welfare aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali,* Ipsoa, Padova, 2016; ID., *Welfare aziendale. Modelli e buone pratiche,* Ipsoa, Padova, 2020; I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, R. ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale. Una prospettiva giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2019; E. MACCHIONI, *Culture e pratiche del welfare aziendale. Dalla responsabilità sociale alla cittadinanza d'impresa,* Mimesis, Milano, 2014; i rapporti annuali *Welfare for people* curati da ADAPT e giunti alla quarta edizione; i rapporti annuali di Secondo Welfare; i rapporti annuali di Censis-Eudaimon; il *Welfare Index PMI* di Generali Italia.

di welfare (quelle realtà impropriamente note come "provider")[2]. Non mi immedesimo quindi nello studioso del fenomeno, ma, per quanto possibile, nel fenomeno stesso, nell'oggetto di approfondimento del ricercatore giuridico, economico, sociologico[3].

2. *La definizione di welfare aziendale*

Una delle prime pubblicazioni dedicate specificatamente a questo tema[4], edita ben prima della riforma intervenuta con la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), non esitava a comunicare un certo imbarazzo nella individuazione di una definizione certa al termine "welfare aziendale" nell'ambito degli studi sulle relazioni industriali e la contrattazione collettiva. La dottrina sociologica aveva provato a spiegare il termine come «l'insieme dei benefit e servizi forniti dall'azienda ai propri dipendenti al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa, che vanno dal sostegno al reddito familiare, allo studio, e alla genitorialità, alla tutela della salute e fino a proposte per il tempo libero e agevolazioni di carattere familiare»[5].

Oggi sono invece numerose le definizioni dottrinali reperibili in letteratura, ma permane l'impossibilità di poter disporre di un riferimento legislativo. Per questo è andata affermandosi nella manualistica di taglio aziendale la definizione fornita dalla stessa AIWA nel proprio

[2] Si veda il periodico *Monitoraggio del mercato dei Provider dei servizi gestionali di supporto al Welfare Aziendale (WA)*, avviato nel 2018 da ALTIS Università Cattolica con Luca Pesenti e Giovanni Scansani.

[3] È indubbio che si tratti di una disciplina studiata assai trasversalmente. Pubblicazioni rilevanti si ritrovano nei seguenti settori scientifico-disciplinari: il diritto del lavoro (e con esso la previdenza sociale e il diritto delle relazioni industriali); il diritto tributario e dell'economia; la microeconomia (e con essa l'economia del lavoro); la politica economica; la politologia; la sociologia generale, sociale, economica e della comunicazione; la pedagogia del lavoro; la statistica; l'economia aziendale; l'organizzazione aziendale; la filosofia.

[4] E. MASSAGLI (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 31, Bergamo, 2014, pp. XIII-XVII.

[5] F. MAINO, G. MALLONE, *Secondo Welfare e imprese: nesso e prospettive*, in *Riv. pol. soc.*, 2012, 3, pp. 195-207.

Statuto (art. 1, comma 2): il welfare aziendale è l'insieme di «somme, beni, prestazioni, opere, servizi corrisposti al dipendente in natura o sotto forma di rimborso spese aventi finalità di rilevanza sociale e per questo esclusi, in tutto o in parte, dal reddito di lavoro dipendente». Si tratta della riformulazione di quanto scritto dalla Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 28/E del 2016[6]. Non essendoci un riferimento di grado gerarchico superiore, gli stessi operatori del welfare aziendale hanno deciso di riferirsi alla prassi amministrativa per superare l'eccessiva semplificazione a cui è facilmente soggetta la centratura di questo istituto, quantomeno sulla stampa generalista.

3. *Le ragioni della riscoperta dei benefici di utilità sociale*

È indubbio che la crisi finanziaria del 2008, seguita dalla crisi del debito sovrano che ha interessato l'Italia tra il 2011 e il 2014, abbia contribuito alla riscoperta degli articoli 51 e 100 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917). Non a caso il poderoso intervento di riforma di dicembre 2015 è di poco successivo a quel periodo.

Il pluricitato, per quanto tecnicamente semplice e lineare, "carrello della spesa" promosso da Luxottica nel 2009 (rinnovato negli anni a seguire) ha calamitato l'attenzione della ricerca accademica fino a incoraggiare una interpretazione del welfare aziendale come pericolosa conseguenza dell'arretramento dello Stato da ambiti prima di sua competenza (sanità, previdenza, assistenza sociale), per questo inscindibilmente connesso ai periodi di crisi[7]. Una lettura parziale, che finisce con il rinfacciare al welfare aziendale la degenerazione della protezione sociale che lo Stato dovrebbe garantire a tutti i cittadini e non

[6] «La legge di Stabilità è intervenuta anche nel ridefinire le erogazioni del datore di lavoro che configurano il cosiddetto "welfare aziendale". Si tratta di prestazioni, opere, servizi corrisposti al dipendente in natura o sotto forma di rimborso spese aventi finalità che è possibile definire, sinteticamente, di rilevanza sociale, escluse dal reddito di lavoro dipendente». Circ. Agenzia delle Entrate n. 28/E, 15 giugno 2016, p. 19.

[7] F. C. PIZZUTI, *Rapporto sullo Stato Sociale 2019. Welfare pubblico e welfare occupazionale*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2019.

certo soltanto ai lavoratori, tanto più quelli più fortunati perché assunti da imprese attente anche alle esigenze non economiche.

L'errore di questa visione, come efficacemente argomentato nei Rapporti ADAPT dedicati all'argomento, sta nell'inquadrare il welfare come causa del cambiamento del rapporto di lavoro; al contrario, il welfare aziendale (e con lui il lavoro agile, la parasubordinazione etc.) è conseguenza di una ben più ampio e risalente, ma anche veloce, processo di mutazione della natura dello scambio lavorativo, non più costruito attorno alla messa a disposizione di tempo e fatica in cambio di salario[8]. Ne sono segnale recente anche i fenomeni della inattività giovanile, delle c.d. grandi dimissioni, della Yolo Economy: tendenze impossibili da spiegare se non si mette in dubbio la concezione di lavoro diffusa nell'epoca della approvazione della maggior parte della legislazione su questa materia (anni Settanta e Ottanta). La fine della linearità novecentesca ha determinato non soltanto la crisi delle tradizionali categorie del diritto del lavoro (subordinazione e autonomia; tempo di lavoro e tempo di vita etc. …), ma, ancor più, la crisi del rapporto tra le nuove generazioni e il lavoro, il suo significato profondo.

Così inteso, il welfare aziendale non è certo un istituto dipendente dalla legislazione lavoristica o tributaria. Indubbiamente questa ne può incoraggiare o rallentare la diffusione, ma, ultimamente, non arrestarla (così come non generarla) poiché frutto (ancora non maturo) di un processo di grande trasformazione socio-culturale ben più radicato e pervasivo di qualsiasi disposizione di legge[9].

[8] Vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *Welfare for People. Quarto rapporto su il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, ADAPT University Press, Bergamo, 2021, p. 8, ove si legge che «la riconduzione del welfare aziendale dentro le dinamiche della nuova grande trasformazione del lavoro e della impresa che, sempre più, legano i sistemi contrattuali e di relazioni industriali a quelli del welfare (pubblico e privato) dentro il più ampio contenitore del welfare occupazionale, andando oltre i semplici confini fisici della singola impresa tanto da incidere profondamente sulle logiche della produttività del lavoro e non solo su quelle redistributive fino al punto di concorrere in termini strutturali alla riscrittura dello scambio lavoro contro retribuzione».

[9] E. MASSAGLI, *La disordinata evoluzione del welfare aziendale*, in P. VENTURI, S. RAGO (a cura di), *Da Spazi e Luoghi. Proposte per una nuova ecologia dello sviluppo*, Atti della XVI edizione de Le Giornate di Bertinoro per l'Economia Civile, AICCON, Forlì, 2017, pp. 87-94

3.1. *L'intervento di riforma del 2015: ampliamento della natura del welfare aziendale*

La riscoperta degli «oneri di utilità sociale» (una sorta di definizione originaria, antecedente all'inglesismo che usiamo oggi) di cui all'articolo 100 del TUIR che si è iniziata ad osservare dal 2008, dopo sette anni è stata colta dal legislatore, che ha deciso di attualizzare le disposizioni contenute in quello stesso articolo, oltre che nello speculare articolo 51 (il primo è nel titolo dedicato alla determinazione della base imponibile dei redditi di impresa; il secondo in quello del reddito dei dipendenti, ma l'oggetto è lo stesso). Le direttive dell'intervento contenuto nei commi 184 e 190 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 sono note: è stata permessa la c.d. welfarizzazione del premio di risultato (solo quello che gode di aliquota sostitutiva del 10% e che è quindi esito di un accordo sindacale depositato); sono state riscritte le lettere f), f-*bis*) ed f-*ter*) dell'articolo 51 comma 2 del TUIR; è stato inserito un nuovo comma 3-*bis*) allo stesso articolo 51.

Al di là del dettaglio tecnico, pure rilevantissimo e ancora ampiamente discusso tra gli addetti ai lavori[10], è importante evidenziare la novità radicale di questo intervento: superando la obbligatoria volontarietà di ogni esperienza di welfare previgente, il legislatore ha concesso al welfare aziendale una esplicita funzione (anche) economica. Non era così fino al 31 dicembre 2015, quando era considerata reddito da lavoro soggetta a tassazione e contribuzione ogni erogazione che fosse conseguenza di uno scambio, di un obbligo, tanto negoziale (accordo, contratto), quanto unilaterale (regolamento aziendale). La norma aveva una ragione comprensibile: la volontarietà era richiesta come ulteriore prova della finalità sociale dell'intervento; quella stessa finalità che ne giustifica ancora oggi l'azzeramento del cuneo fiscale e contributivo[11]. Laddove vi fosse uno scambio, al contrario, era sup-

[10] Per ricostruire nel dettaglio gli interventi operati dal legislatore del 2015 mi si permetta il rimando a E. MASSAGLI, *Le novità in materia di welfare aziendale in una prospettiva lavoristica* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 598-612.

[11] Come riportato in precedenza, citando lo Statuto di AIWA: «aventi finalità di rilevanza sociale e *per questo* esclusi, in tutto o in parte, dal reddito di lavoro dipendente» (corsivo redazionale).

posto uno scopo economico prevalente rispetto alla finalizzazione sociale.

Questo vincolo è stato superato con la legge di stabilità 2016, che ha perciò ricompreso il welfare aziendale, senza equivoci, tra le leve azionabili dai responsabili del personale e tra gli oggetti della contrattazione sindacale.

Non è tuttavia corretto esagerare l'interpretazione delle conseguenze assegnando al welfare aziendale moderno una funzione esclusivamente incentivante. Se infatti è venuto meno un automatismo di controllo della finalità sociale (la volontarietà), ne permangono altri due, che hanno lo stesso scopo. Il riferimento è alla obbligatoria natura collettiva dei piani di welfare, sempre da rivolgere «alla generalità o a categorie di dipendenti»[12], e alla infungibilità del welfare rispetto alla retribuzione monetaria. Ciò che nasce come beneficio di utilità sociale non può mai diventare moneta[13], neanche in caso di residuo di fine piano da smaltire[14]; al contrario, non si possono pagare con beni e servizi di welfare detassati e decontribuiti elementi obbligatori della retribuzione[15].

[12] Espressione, questa, che ricorre nelle lettere d), d-*bis*), f), f-*bis*), f-*te*r) e f-quater) del comma 2 dell'articolo 51 del TUIR oltre che nell'articolo 100. Si tratta di un ostacolo non secondario per molti imprenditori e manager di piccola impresa, solitamente in grado di discernere il differente coinvolgimento dei propri dipendenti e quindi propensi a valorizzarli individualmente o comunque selezionando i destinatari delle concessioni di beni e servizi che, proprio per questo, assumono una prevalente funzione premiante e incentivante, finendo con l'essere ricondotti alla natura di reddito da lavoro, quale che sia la modalità attraverso la quale vengono elargiti.

[13] «Le predette disposizioni, derogatorie del principio di onnicomprensività stabilito dal comma 1 dell'articolo 51 del Tuir, avendo carattere agevolativo, non sono estensibili a fattispecie diverse da quelle previste normativamente, tra le quali non è compresa l'ipotesi di applicazione in sostituzione di retribuzioni, altrimenti imponibili, in base ad una scelta dei soggetti interessati» in Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 55/E, 25 settembre 2020, pp. 3-4

[14] Anche questo è un nodo assai presente nella pratica del welfare aziendale, che è andato risolvendosi negli anni con meccanismi di silenzio-assenso dei beneficiari del welfare che vedono gli eventuali residui del piano destinati automaticamente alle proprie posizioni di sanità integrativa o previdenza complementare, per evitare il riassorbimento delle risorse da parte della impresa; operazione che sarebbe assolutamente legittima, per quanto gestionalmente antipatica.

[15] Anche allorquando questo succedesse, è il principio di onnicomprensività del

La permanenza di questi vincoli non corrompe la natura sociale del welfare aziendale; a questa, però, associa anche una funzione economica e gestionale, che può declinarsi in svariate soluzioni (incentivazione indiretta, *engagement, retention* dei talenti, responsabilità sociale di impresa etc.).

3.2. *Tra contrattazione e vincolo unilaterale*

La modifica dell'articolo 51, comma 2, lettera f) del TUIR senza alcun intervento sull'articolo 100 ha ribaltato gli assunti in vigore fino alla approvazione della riforma: non soltanto è stato reso contrattabile il welfare, ma addirittura, quando obbligatorio in esito ad accordo sindacale o a regolamento aziendale (quindi preservando l'opzione unilaterale, per quanto vincolante ed esigibile dal lavoratore), è diventato maggiormente vantaggioso per il bilancio di impresa, essendo totalmente deducibile. Non è stato invece modificato il limite di deducibilità del cinque per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi di impresa sancito nell'articolo 100 (ora solo) per i piani di natura volontaria, quelli che prima erano l'unica possibilità di realizzazione degli oneri di utilità sociale.

La possibilità di farlo diventare oggetto di negoziato e l'ulteriore incremento del vantaggio economico hanno velocemente avvicinato anche le parti sociali a questo istituto, guardato con sospetto in precedenza, tanto più se concepito in alternativa alla contrattazione di produttività, defiscalizzata legislativamente proprio per incoraggiare la contrattazione di secondo livello. In un certo qual senso, la situazione previgente al 2016 era piuttosto imbarazzante per i sindacati, impediti a sottoscrivere piani di welfare effettivamente apprezzati dai lavoratori, legalmente da iscriversi soltanto alla libera responsabilità dell'imprenditore.

In tempi successivi il sindacato ha iniziato a chiedere con forza di

reddito da lavoro (art. 51, comma 1 del TUIR; si veda anche la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 55/E, 25 settembre 2020) a obbligare la assoggettazione a tassazione e contribuzione del valore dei beni ceduti e servizi prestati a pagamento di componenti obbligatorie della retribuzione.

delimitare i vantaggi del welfare aziendale soltanto laddove governato da un accordo; richiesta problematica per il Governo, che rischierebbe di allontanare quel grande numero di medie e piccole imprese non sindacalizzate che non accedono alla contrattazione di produttività, spesso neanche territoriale, ma che hanno iniziato a praticare il welfare aziendale per il tramite di regolamenti interni.

3.3. *L'inedito welfare di produttività*

Per segnare inequivocabilmente il cambio di passo rispetto al (quasi) trentennio precedente e ancor più "corteggiare" le parti sociali, il legislatore ha addirittura reso welfarizzabile il più economico degli istituti, ossia il premio di produttività (o di risultato, si usano entrambe le denominazioni). Non qualsiasi premio di questo genere, ma soltanto quello che permette ai lavoratori di godere della aliquota sostitutiva del 10% sulle cifre erogate. Questa fattispecie si realizza soltanto conformandosi ai requisiti esplicitati nella legge di stabilità 2016, poi aggiornati negli anni successivi: accordo sindacale di secondo livello (aziendale o territoriale) da depositarsi presso la Direzione Territoriale del Lavoro; valori incrementali, misurabili e verificabili di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione; importo massimo del premio pari a 3.000 euro; reddito da lavoro del beneficiario non superiore a 80.000 euro.

Si tratta di una forzatura non di poco conto, quantomeno rispetto alla ratio normativa del TUIR, che, come si è visto, costruisce lo scambio di prestazioni tra datore di lavoro e lavoratore attorno ai principi di onnicomprensività e infungibilità. Principi che vengono derogati dalla trasformazione del premio monetario in welfare, da realizzarsi in misura totale e parziale soltanto se prevista nell'accordo che ha attivato l'aliquota sostitutiva e a discrezione del singolo lavoratore [16]. L'originalità di questa misura consiste nel cambio di natura del pre-

[16] Nonostante la chiarezza del dettato normativo, sono assai diffusi accordi nei quali aziende e sindacati fissano una percentuale massima di welfarizzazione (impedendo perciò la conversione «totale») e/o si supera la scelta individuale del singolo lavoratore, procedendo con una soluzione collettiva.

mio: reddito da lavoro quando erogato in moneta[17], insieme di benefici di utilità sociale esclusi dalla ricomprensione nel reddito da lavoro dipendente quando goduto in welfare. Il principio di infungibilità e non monetarizzazione è evidentemente congelato quando il datore di lavoro si trovi a gestire eventuali residui del credito welfare: questi non sono mai restituibili in denaro in caso di piano di welfare contrattato o regolato in azienda al di fuori del premio di produttività né quando derivanti dalla quota di welfare obbligata dal contratto collettivo nazionale; al contrario, devono essere restituiti, in moneta e con aliquota sostitutiva del 10%, quando derivanti dal premio di produttività, anche nel caso fosse stato convertito in welfare.

La welfarizzazione del premio di produttività è perciò una forzatura normativa approvata dal legislatore per avvicinare le parti sociali al welfare aziendale, usando come veicolo un istituto assai noto perché obbligatoriamente contrattato. Terminata questa funzione pedagogica, non è inopportuno pensare che questa misura possa essere superata, anche per recuperare risorse funzionali ad ampliare e razionalizzare i beni e servizi di cui al comma 2 dell'articolo 51 del TUIR, che resta il cuore del welfare aziendale di natura sociale.

4. *Gli interventi di riforma dal 2016 al 2021: ampliamento dei beni e servizi di welfare*

Una definizione ulteriore e non alternativa di welfare aziendale è sovente ripetuta nei seminari che approfondiscono i profili tributari: «l'insieme delle eccezioni al principio di onnicomprensività del reddito da lavoro». In effetti, i commi 2, 3 e 4 del TUIR elencano con buon grado di dettaglio le somme, i beni, le prestazioni, le opere e i servizi che pur essendo scambiati all'interno del rapporto di lavoro[18] non so-

[17] L'assoggettamento alla aliquota sostitutiva del 10%, vantaggiosa per il dipendente, ma neutrale per il datore di lavoro – per questo negli anni è stata associata alla decontribuzione parziale prevista allorquando siano operativi in impresa sistemi di partecipazione dei lavoratori – non modifica la natura reddituale della erogazione. Sarebbe anomalo il contrario, essendo il premio, per definizione, una misura di carattere incentivante, con evidente finalità economica.

[18] Non necessariamente "dipendente" sotto il profilo giuslavoristico, ma il cui

no ricondotti al reddito da lavoro. Non è perciò l'imprenditore, né il lavoratore o il sindacato a poter decidere cosa sia socialmente meritevole, bensì il legislatore stesso, che a questo dedica tredici diverse opzioni, distribuite nei commi 2, 3 e 4 del TUIR.

4.1. *Le integrazioni all'articolo 51, comma 2 del TUIR*

Invero, vi sono delle sostanziali differenze tra quanto disposto dal comma 2 rispetto ai commi 3 e 4. Nel primo (il comma 2) sono regolate l'assistenza sanitaria integrativa (lettera a), i buoni pasto (lettera c), il trasporto collettivo (lettera d), il trasporto pubblico locale (lettera d-bis), i beni e servizi con finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale, assistenza sanitaria e culto (lettera f, in combinato disposto con l'art. 100), le somme e i servizi destinati alla educazione e all'istruzione dei familiari (lettera f-bis), le somme e i servizi per l'assistenza a familiari anziani o non autosufficienti (lettera f-ter), le assicurazioni *long term care* e *dread disease* (lettera f-quater), la previdenza complementare (lettera h). Il secondo comma dell'articolo 51 è certamente il nucleo del welfare aziendale inteso come soluzione di carattere innanzitutto sociale, per quanto ora esposto ad un uso "economicistico". Lo si comprende non soltanto ripercorrendo l'ampiezza dei beni e servizi ricompresi (talvolta neanche specificamente identificati, ma individuati per "finalità", come scritto nella lettera f), ma anche osservando che si tratta di disposizioni che non contengono limiti massimi di spesa defiscalizzata e decontribuita, se non nel caso della assistenza sanitaria integrativa, della previdenza complementare (limiti piuttosto ampi) e del buono pasto (il cui valore è stato innalzato già nel 2015 e nel 2018).

Le misure in materia di rischio per non autosufficienza e gravi patologie, nonché quanto disposto in materia di trasposto pubblico locale sono prova della espansione per stratificazione normativa del welfare aziendale. Non sono infatti state approvate in forza della legge di stabilità 2016, bensì di quelle successive: nello specifico quella del 2017 (la lettera f-*quater* è stata integrata nel TUIR mediante il comma 161 dell'articolo 1 della legge 11 dicembre 2016, n. 232) e quella del

reddito è assimilato a quello di lavoro dipendente, in ottica tributaristica.

2018 (la lettera d-*bis* è stata integrata nel TUIR mediante il comma 28 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205).

4.2. *L'evoluzione dei c.d.* flexible benefit *(art. 51, comma 3 del TUIR)*

Diverso è il funzionamento del comma 3, regolante i *flexible benefit* (come impropriamente definiti dal CCNL metalmeccanico), che pure ha conosciuto una notevole crescita negli ultimi anni, certamente sospinto dalla "voucherizzazione" permessa dal comma 3-bis integrato al testo originario nella riforma del 2016. I beni ceduti e i servizi prestati in forza del comma 3 non sono vincolati alla natura sociale e neanche alla erogazione collettiva; anche per questo la soglia massima di esenzione è piuttosto contenuta: 258,23 euro (le 500.000 lire del 1986, anno di approvazione del TUIR), tutti da tassare e contribuire se il valore è superato anche solo di un centesimo. Questa disposizione nacque per regolare fiscalmente l'omaggio natalizio concesso dalla azienda ai suoi dipendenti, senza alcuna pretesa di welfare. È tuttavia indubbio che, per la sua facilità di utilizzo e, ancor più, per la diffusione del "welfare aziendale obbligatorio" regolato per primo dal Contratto Collettivo dei metalmeccanici nel 2016, questa elargizione sia andata diffondendosi velocemente, diventando una sorta di "primo contatto" con il mondo del welfare per molte aziende.

Il legislatore ha contribuito non poco a questo successo: prima approvando nella legge di stabilità 2017 (legge 11 dicembre 2016, n. 232, comma 162) la norma interpretativa che ha protetto la soluzione individuata da Federmeccanica, FIOM Cgil, FIM Cisl e UILM Uil prevedendo che «le disposizioni di cui all'articolo 51, comma 2, lettera f), del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, come da ultimo modificate dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, si interpretano nel senso che le stesse si applicano anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale»; in secondo luogo disponendo il raddoppio della soglia di esenzione a 516,46 euro per gli anni 2020 e 2021, prima con l'articolo 112 del decreto-legge 14 agosto

2020, n. 104, convertito dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, poi con l'articolo 6-*quinques* del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito dalla legge 21 maggio 2021, n. 69.

4.3. *La residualità dei beni e servizi di cui all'articolo 51, comma 4 del TUIR*

Infine, rivolti innanzitutto agli altri profili aziendali e contraddistinti da un meccanismo di calcolo della soglia di esenzione piuttosto complesso, sono i beni e servizi regolati dal comma 4: autoveicoli (lettera a), concessione di prestiti (lettera b), fabbricati concessi in locazione (lettera c). Si tratta di concessioni raramente presenti nei piani di welfare aziendale, se non nella particolare declinazione del pagamento degli interessi passivi del mutuo intestato al dipendente.

5. *La diffusione del welfare aziendale a un lustro di distanza dalla riforma del 2016*[19]

La prova più convincente della funzionalità della legislazione approvata nell'ultimo lustro è quella matematica: i piani di welfare aziendale sono cresciuti del 480% dal 2015 (prima della riforma) al 2021. Soprattutto nei primi anni si è assistito ad una "emersione" di accordi probabilmente già esistenti, ma mai formalizzati per rispettare i vincoli normativi del TUIR previgente.

Come dichiarato in premessa, il merito di una percentuale di questo genere è da ascrivere alla modernità del welfare aziendale intesa come la capacità di interpretare i cambiamenti in atto nella conformazione dei rapporti di lavoro. Difficile spiegare numeri di questo genere

[19] Per la redazione di questo paragrafo sono stati utilizzati i dati comunicati da AIWA sul sito www.aiwa.it; per la ricerca, promossa dalla stessa Associazione AIWA tra i propri iscritti e curata da Secondo Welfare, vedi F. RAZETTI, V. SANTONI, *Il mercato del welfare aziendale. L'intermediazione e il ruolo dei provider,* in F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia. Quarto Rapporto sul secondo welfare in Italia 2019*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 119-152; i monitoraggi periodici sugli accordi di produttività curati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e pubblicati sul sito dello stesso.

semplicemente richiamandosi agli effetti indiretti delle crisi economiche o all'arretramento costante (ma non così repentino) del welfare di primo pilastro, di competenza statale.

Nello specifico delle singole tipologie di welfare aziendale, si può osservare come le erogazioni obbligate dai contratti collettivi nazionali siano quelle che coinvolgono il maggior numero di lavoratori, distribuendo però risorse largamente inferiori rispetto a quelle gestite dai premi di produttività welfarizzati e dai piani di welfare c.d. on top, regolati e gestiti a livello di singola azienda, che restano la forma più genuina e più creativa di welfare aziendale, nonostante interessi un numero contenuto di realtà.

Il report pubblicato a maggio 2022 dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha comunicato che sono stati depositati 71.711 contratti da quando è entrata in vigore la nuova regolazione dei contratti di produttività; 8.137 quelli ancora attivi (7.146 contratti aziendali e 991 contratti territoriali)[20]. Tra questi, 4.746 (58%) prevedono misure di welfare e interessano 1.578.226 lavoratori, per un importo medio pari a 1.655 euro. Rilevazioni interne ad AIWA calcolano in circa il 30% la percentuale di lavoratori che, posti di fronte alla scelta tra il premio monetario e quello in welfare (sovente incrementato di un ulteriore 10%-15% concesso dalla azienda per incoraggiare la welfarizzazione)[21], preferiscono questa seconda modalità. Estrema la variabilità tra i settori: i dipendenti delle società bancarie, assicurative, chimiche e farmaceutiche hanno maturato una notevole confidenza con il welfare aziendale; maggiore la diffidenza tra i lavoratori impegnati nel-

[20] Ulteriori informazioni significative: il 75% dei contratti è firmato al Nord, il 17% al Centro e l'8% al Sud. Il 60% dei contratti si riferisce ai servizi, il 39% all'industria e l'1% all'agricoltura. Buona la copertura delle piccole imprese: il 51% delle imprese firmatarie ha meno di 50 dipendenti. I lavoratori interessati dai contratti attivi sono, nel complessivo 2.556.371 e il valore annuo medio del premio è 1.510 euro.

[21] Pratica, questa, diffusasi da subito (2016), generando non poche domande a riguardo della legittimità e del trattamento fiscale di questa integrazione. I dubbi sono stati superati dalla Circ. Agenzia delle Entrate n. 5/E, 29 marzo 2018, ove è chiarito che coloro che convertono il premio sono una categoria e, in ragione di questo, possono essere destinatari di un piano di welfare dedicato (che è quindi da considerarsi inscindibilmente connesso al premio di risultato, ma di altra natura).

la piccola impresa commerciale, nella agricoltura e nei pubblici esercizi. Basandosi sui numeri del Ministero del lavoro e di AIWA, quindi, sarebbero da calcolarsi in circa 473.500 le persone che dispongono di una quota di welfare derivante dal premio di produttività.

A questi sono da aggiungersi i lavoratori il cui rapporto di lavoro è regolato dagli oltre quaranta contratti collettivi nazionali[22] che prevedono quote di welfare obbligate già dal primo livello, seppure gestite aziendalmente. Si tratta, in media, di importi modesti, inferiori ai 250 euro, per non gravare organizzativamente sulle imprese (l'individuazione di una cifra inferiore alla soglia di cui all'articolo 51, comma 3 del TUIR permette anche alle micro e piccole imprese di assolvere l'obbligo erogando semplici buoni spesa o buoni carburante). I dati dell'INPS e del CNEL sulla applicazione dei CCNL permettono di stimare il coinvolgimento di poco meno di tre milioni di lavoratori (quasi la metà nel solo settore metalmeccanico) e oltre 300.000 imprese.

Più difficile è invece calcolare il numero dei piani di welfare c.d. on top, non essendoci alcun bacino di informazioni amministrative paragonabile alla banca dati del Ministero del lavoro per quanto concerne i premi di produttività e alla banca dati del CNEL per i contratti collettivi. L'indagine operata da Secondo Welfare sui soci di AIWA ha permesso di stimare nel 2019 un numero di imprese interessate da piani di questo genere pari a 4.600, per un complessivo di oltre 600.000 lavoratori che ricevono importi medi attorno ai 900 euro. I numeri sono certamente cresciuti in questi anni, ma non vi è prova certa di questo ed è difficile estrapolare stime credibili dalle (pur numerose) ricerche dedicate a ricostruire il quadro quantitativo del welfare aziendale.

Basandoci sui dati appena condivisi per ogni tipologia di welfare e senza compiere l'errore di sommare il numero dei lavoratori interessati poiché il singolo dipendente può essere destinatario di tutte e tre le

[22] Numero che comprende anche quelli comparativamente non rappresentativi. Quelli sottoscritti da CGIL, CISL e UIL sono poco più di venti. Alcuni esempi: metalmeccanica industriale e dell'artigianato, piccola industria, settore dell'oreficeria, pubblici esercizi, audiovisivi, trasporto a fune, poligrafici, comunicazioni e telecomunicazioni, assicurazioni.

forme di welfare, è infine possibile compiere una prima stima del valore economico del (mercato del) welfare aziendale al netto della assistenza sanitaria integrativa e della previdenza complementare gestite dai contratti nazionali: 1 miliardo e 924 milioni[23].

A riprova della assoluta centralità del welfare aziendale tanto nelle moderne pratiche della gestione del personale, quanto nelle relazioni di lavoro della quarta rivoluzione industriale.

[23] 784 milioni è la stima del valore complessivo del premio di produttività welfarizzato; 600 milioni quello derivante dai contratti collettivi; 540 milioni quello gestito *on top*. Le stime sono prudenziali, probabilmente il valore attuale è sensibilmente più elevato, soprattutto per quanto concerne la terza tipologia tra quelle elencate in nota.

Fondi pensione e omissioni contributive: la tutela della posizione contributiva del lavoratore

MARTINA BASSOTTI, ALESSIO CARACCIOLO, STEFANO IACOBUCCI, SILVIA MAGAGNOLI, ANTONIA ROSSANA PASTORE, GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Risarcimento del danno da mancato versamento della quota del datore.* – 3. *Aspetti concorsuali del danno da mancato versamento.* – 4. *La legittimazione ad agire per il versamento dei contributi omessi al Fondo di previdenza complementare al vaglio della giurisprudenza di merito.* – *5. Il soggetto legittimato ad agire per l'ammissione allo stato passivo del fallimento.* – *6. Natura dei crediti dovuti alla previdenza complementare e privilegi patrimoniali.* – *7. Omissioni contributive e Fondo di garanzia: problemi e prospettive.*

1. *Premessa*

La tutela del lavoratore a fronte dell'omissione contributiva del datore di lavoro nei confronti degli enti gestori delle forme di previdenza complementare sconta innanzi tutto delle criticità di natura tecnica imputabili alle imprecisioni terminologiche rilevabili nel complesso articolato normativo di riferimento. Tanto il legislatore quanto la giurisprudenza e la prassi amministrativa fanno uso di termini che aprono scenari ben diversi. Accade così che si sovrappongono i concetti di «"posizione [o situazione] assicurativa", "contributiva", "previdenziale", "assistenziale", "pensionistica", talvolta combinati tra loro a mo' di endiadi, talaltra separati da di-

* Il *report* è l'esito del lavoro di gruppo svolto durante la quinta edizione dei *Seminari di studi previdenziali* sul tema *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza* (Macerata, 15-18 settembre 2021) – *tutor* la Prof.ssa Valeria Filì – ed è il prodotto di una successiva rivisitazione comune. Tuttavia, il § 1 è da attribuire ad Alessio Caracciolo; il § 2 è da attribuire ad Antonia Rossana Pastore; il § 3 è da attribuire a Stefano Iacobucci; il § 4 è da attribuire a Silvia Magagnoli; il § 5 è da attribuire a Martina Bassotti; il § 6 è da attribuire a Giovanna Pistore; il §7 è da attribuire a Federica Stamerra.

sgiunzioni più o meno evocative di differenti significati»[1], al punto che si è parlato di «incontinenza lessicale»[2].

La scelta dell'espressione "posizione individuale" nella disciplina della previdenza complementare è già di per sé foriera di problematiche applicative, in quanto non assume valenza definitoria rispetto a una situazione molto variegata (basti pensare alla fluidità della componente derivante dai rendimenti di gestione) nella quale confluiscono crediti che nascono con natura diversa ma che, in conclusione, porteranno all'erogazione di una prestazione di natura previdenziale.

Secondo la deliberazione COVIP 31 ottobre 2006, infatti, «la posizione individuale consiste nel capitale accumulato di pertinenza di ciascun aderente, è alimentata dai contributi netti versati, dagli importi derivanti da trasferimenti da altre forme pensionistiche complementari e dai versamenti effettuati per il reintegro delle anticipazioni percepite, ed è ridotta da eventuali riscatti parziali ed anticipazioni»[3].

Ciò significa che, in linea di principio, non si tratta di una posizione strettamente "previdenziale", quanto piuttosto di una "posizione assicurativa" di natura privata, caratterizzata da una variabilità innata, e tale configurazione influisce inevitabilmente sulle forme di tutela esperibili in sede giudiziale a seconda che si valorizzi la regolarità del flusso contributivo, l'integrità del capitale o la redditività potenziale.

Il collegamento con la componente "assicurativa" del sistema pensionistico è evidente, soprattutto con riferimento ai rimedi contro le omissioni contributive[4], nonché alla valorizzazione della componente pubblicistica dell'interesse giuridico sotteso – ascrivibile all'art. 38 Cost., con oscillazioni in merito all'incardinamento nel secondo[5] o nel

[1] R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123*, *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffré, Milano, 2010, pp. 654-655.

[2] *Ibidem*, nota 17.

[3] Tale definizione si rinviene nell'art. 9 dello schema di statuto allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006.

[4] Tra tutti, la possibilità di accedere, a talune condizioni, al fondo di garanzia ex art. 5, d. lgs. 80 del 1992 (in merito al quale v. *infra*, § 7).

[5] Così C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 8-9, pp. 965 ss., con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*.

quinto comma[6] – pur nell'impossibilità di accedere ai meccanismi di tutela di cui all'art. 2116 c.c. (generalmente ricondotti al principio di "automaticità delle prestazioni")[7].

Nella fase di accantonamento delle somme relative alla posizione individuale, dunque, delineare il rapporto tra aderente, fondo e obbligato (*recte*, obbligati) è «operazione esegetica prodromica e imprescindibile»[8]. Difatti, tra le fonti di finanziamento della posizione individuale ne emerge una, strutturale (la contribuzione), rispetto alle altre due, solo eventuali (portabilità e reintegrazioni). Ancora una volta, il riferimento testuale (in questo caso, ai "contributi versati"[9] e, più in generale, alla "contribuzione"[10]) rende scivoloso il terreno dell'interprete, specialmente con riferimento alla tripartizione delle "quote" accantonate a seconda che siano a carico del lavoratore o del datore di lavoro, ovvero frutto di destinazione della quota di accantonamento del trattamento di fine rapporto[11].

[6] Per tutti, 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*, Utet, Torino, 2004, pp. 202 ss. ma, in precedenza, M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, relazione al XIII convegno AIDLaSS Ferrara 11-13 maggio 2000, p. 15 del dattiloscritto disponibile sul sito *www.aidlass.it*.

[7] Tale assunto sembra fondare la scelta del legislatore di non assoggettare la previdenza complementare al medesimo regime di quella obbligatoria in materia di prescrizione sia con riferimento all'applicabilità dell'art. 3, comma 9, l. 335 del 1995 (prescrizione decennale in luogo di quella quinquennale *ex* art. 2948 c.c.) che alla richiesta di intervento del fondo di garanzia per i contributi da versare ai fondi pensione prima del decorso del termine (a differenza di quanto disposto dall'art. 3, d. lgs. n. 80 del 1992 per la previdenza obbligatoria). Sul punto, cfr. A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 150 ss., spec. p. 165; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela della posizione assicurativa individuale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 3, pp. 674-675.

[8] R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 654.

[9] Così l'art. 9 dello schema di statuto allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006.

[10] Vedi la Sez. I, lett. b) dello "schema di nota informativa" allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006, come modificato dalla deliberazione COVIP 22 marzo 2017.

[11] Il trattamento di fine rapporto, avente senza dubbio un fondamento retributivo sia sul piano della base di calcolo sia su quello del legame con la prestazione lavorativa svolta – per un'analisi di entrambe le caratteristiche, v. M. GAMBACCIANI, *La giurisprudenza sulla natura e funzione del trattamento di fine rapporto e delle prestazioni pensionistiche complementari*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 3, pp. 765 ss. –, assolve anche ad una funzione previdenziale. Sulla de-

La condotta omissiva del datore di lavoro si configura quindi come plurioffensiva nei confronti sia del lavoratore sia del fondo pensione.

In questo scenario composito, le omissioni contributive possono causare più tipologie di danno, ciascuna delle quali richiama una forma di tutela differente in sede giudiziale, costringendo l'interprete a orientarsi in un ginepraio dal quale è difficoltoso trarre un'indicazione sullo strumento processuale più efficace.

Per il lavoratore, il danno più evidente è dato dall'impossibilità di maturare i requisiti per la prestazione alla quale avrebbe avuto diritto laddove il datore di lavoro avesse adempiuto all'obbligazione. Tuttavia, accanto a questa categoria di danno ve ne sono due eventuali: l'una, nel caso di richiesta di portabilità della posizione in costanza di rapporto; l'altra, per i mancati rendimenti che sarebbero derivati dalla gestione delle somme da parte del fondo pensione. Per quest'ultimo, invece, oltre ai mancati incameramenti delle somme per le spese di gestione si può configurare anche un danno in relazione ai rendimenti che sarebbero stati realizzati laddove fosse stato possibile investire la contribuzione omessa[12].

finizione di «retribuzione differita con funzione previdenziale», cfr., oltre l'Autore appena citato (p. 767), R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 451; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 170; ID., voce *Indennità di fine rapporto*, in *Dig. disc. priv., sez. Comm.*, agg. 2003, Utet, Torino, p. 482. Per una ricostruzione delle differenti posizioni dottrinali, v. D. IARUSSI, *Trattamento di fine rapporto: antico istituto ma sempre attuale e … duttile*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1, pp. 249 ss., spec. p. 253. Se, infatti, la trasformazione dell'indennità di anzianità in trattamento di fine rapporto (in merito alla quale v. G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 5 ss. ne ha consacrato il «carattere retributivo» con «corresponsione differita al momento della cessazione del rapporto» (C. Cost. 20 giugno 1968, n. 75, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1095, con nota di G. GIUGNI), ciò non contrasta con la possibilità di configurarne una polifunzionalità (in merito alla quale v. già L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 440 ss.) volta a soddisfare differenti bisogni, così rievocando la finalità previdenziale di "libertà dal bisogno", come sostenuto del resto in dottrina: sul punto, v. G. PERA, *Indennità di anzianità*, in *Dir. econ.*, 1980, pp. 7 ss.; M. PERSIANI, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Mass. giur. lav.*, 1987, pp. 72 ss.; ID., *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, II, p. 717. *Contra*, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., pp. 28 ss.

[12] Sul punto cfr. G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 710; F. MAZZIOTTI, *sub art. 11*, in

È stato sostenuto, inoltre, che possano sussistere ulteriori forme di responsabilità, in merito alle quali la dottrina ha mostrato maggiore scetticismo.

Una posizione minoritaria ha individuato nell'omissione contributiva una condotta antisindacale[13] per violazione dell'art. 28 St. Lav. stante la natura negoziale della costituzione dei fondi pensione[14]. Altra dottrina si è posta il dubbio che si possa configurare una responsabilità in capo al fondo pensione per difetto di informazione nei confronti del lavoratore[15], partendo dal presupposto che ciascun fondo è obbli-

M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari – Commentario al d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124, come modificato ed integrato dal d. lgs. 30 dicembre 1993, n. 585*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 221; E. LAMANDA, G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, in *Quaderni tematici COVIP*, 2002, spec. n. 3, p. 36; A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 92; ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 460; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 672. Si evidenzia anche il riferimento normativo, di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, l. 23 agosto 2004, n. 243, al «danno da mancato conseguimento dei rendimenti».

[13] T. Prato, 2 novembre 2007, cit. in M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 1, p. 211, nota 47; T. Firenze, 23 aprile 2004, *ivi*, nota 48.

[14] M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 211, al contempo, evidenzia che «indubbiamente l'utilizzo dello strumento dell'art. 28 St. lav. è molto suggestivo ma al tempo stesso appare forzato: non sembra infatti superabile il rilievo circa la terzietà delle organizzazioni sindacali rispetto al rapporto di previdenza complementare, non essendo richiamabile la disciplina riguardante l'omissione dei versamenti dei contributi sindacali», a cui si può aggiungere che la condotta antisindacale ben potrebbe configurarsi nel caso di comportamenti volti a precludere la costituzione o la regolamentazione del fondo (richiamando il divieto di «impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale») ma non una volta che l'attività del sindacato abbia esaurito il suo scopo, ossia dopo la costituzione del fondo stesso.

[15] La riflessione è approfondita in R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., pp. 720 ss. L'ipotesi si fonda sulla verifica del possibile parallelismo con un analogo rimedio ammesso nelle forme di previdenza obbligatoria, ove «quando il lavoratore, resosi conto dell'omissione contributiva, ha avvertito invano l'ente previdenziale, segnalando la necessità di procedere a un sollecito recupero dei contributi, e l'ente, rimanendo inerte, ha lasciato cadere in prescrizione i contributi stessi». In senso analogo, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2007, p. 47. Tuttavia, la differenza sostanziale tra le due fattispecie rende difficoltosa una sovrapposizione delle discipline, in quanto nel caso della previdenza complemen-

gato a una rendicontazione periodica trasparente e alla comunicazione annuale degli accantonamenti[16]. Infine, si potrebbe valutare – con un certo scetticismo – anche l'ipotesi di una responsabilità della stessa COVIP per *culpa in vigilando*[17]. Questi tre rimedi eventuali, tuttavia, anche ove fossero considerati effettivamente praticabili, appaiono avulsi rispetto alla questione principale, ossia il ripristino della posizione individuale del lavoratore al fine di ottenere i vantaggi economici ai quali aspirava al momento dell'adesione al fondo pensione, che sarebbero stati conseguiti nel caso di esatto adempimento da parte del datore di lavoro e che non sarebbero realizzati neppure in caso di vittorioso esperimento di tali azioni giudiziarie.

Il presente contributo, frutto delle riflessioni comuni condotte durante

tare è consolidata la posizione che vede fondo e iscritto contitolari della legittimazione ad agire nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

[16] Difatti, l'A. conclude che «sarà ben difficile ipotizzare che l'iscritto possa agire contro il fondo pensione, addebitandogli l'inerzia nell'attività di recupero della contribuzione omessa, e ciò perché la veste di titolare del diritto legittima l'iscritto stesso ad assumere nei confronti del soggetto obbligato iniziative compulsive dirette» (R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 725). In via residuale, «di una responsabilità del fondo pensione nei confronti dell'iscritto potrà piuttosto parlarsi ogniqualvolta il fondo renda maggiormente difficoltosa l'attività di controllo e, quindi, ralenti la possibilità di intervenire efficacemente in maniera diretta (fornendo informazioni errate o tardive): in questi casi, però, la responsabilità del fondo poggerà non sull'irregolarità contributiva in sé considerata, ma sull'inadempienza a obblighi collaterali e accessori, il cui corretto adempimento è funzionale alla tempestiva verifica della correttezza contributiva» (*ibidem*).

[17] Vedi l'art. 18, comma 2, d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. a), d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, ai sensi del quale «la COVIP, avuto riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare, esercita la vigilanza prudenziale sulle forme pensionistiche complementari, perseguendo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, la sana e prudente gestione e la loro solidità», nonché l'art. 19, comma 2, lett. i), d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, come modificato dall'art. 1, comma 23, lett. a), n. 9, d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, che prevede un «controllo sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale, contabile delle forme pensionistiche complementari, anche mediante ispezioni presso le stesse». Ciononostante, tale attività di verifica e controllo non può ritenersi integrare un potere di surroga nelle azioni che dovrebbe intraprendere il fondo pensione, dovendosi ridurre le ipotesi di responsabilità della COVIP ai soli gravi inadempimenti degli obblighi di verifica e controllo sulla regolarità dell'Albo dei fondi pensione ovvero sull'inerzia nell'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 19 *quater*, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 (aggiunto dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28).

la quinta edizione dei Seminari Previdenziali Maceratesi, pur prendendo atto delle molteplici casistiche meritevoli di una riflessione scientifica, circoscrive dunque l'esposizione dell'attività di ricerca alla tutela della posizione contributiva del lavoratore contro le omissioni del datore di lavoro, tenendo conto delle diverse vicende delle tre "quote" che confluiscono nella posizione individuale presso i fondi di previdenza complementare.

2. *Risarcimento del danno da mancato versamento della quota del datore*

La posizione individuale in materia di previdenza complementare si compone, oltre che dei contributi versati e del TFR conferito, anche dei rendimenti conseguiti per effetto della gestione finanziaria delle risorse della forma pensionistica.

Poiché la previdenza complementare si basa su un sistema a capitalizzazione che, pur assicurando la conservazione del valore nominale degli importi accreditati su conti individuali, non offre garanzie sull'entità dei rendimenti e, quindi, sull'accumulazione in termini reali di un capitale sufficiente ad erogare nel tempo prestazioni adeguate, è evidente che l'irregolarità contributiva non solo produce un danno corrispondente al minor afflusso di risorse in conto capitale, ma rischia di produrre anche un danno collegato al mancato conseguimento dei rendimenti (o dei maggiori rendimenti) che si sarebbero potuti ottenere ove la posizione assicurativa fosse stata più cospicua[18] (c.d. regime "a contribuzione definita[19]").

[18] A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare: la terza riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove regole civili commentate*, Cedam, Padova, 2007, p. 92; ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 460; G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina*, cit., p. 710. La rilevanza del problema del danno connesso al mancato conseguimento dei rendimenti realizzati è segnalata, poi, da E. LAMANDA e G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive*, cit., p. 36, ed è percepito anche dall'art. 1, comma 2, lett. *e*), n. 8, l. n. 243 del 2004 (che fa espressa menzione dell'«eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti»).

[19] M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale,* Giappichelli, Torino, 2019, p. 360 «l'adozione di questo regime comporta che i contributi a carico del datore di lavoro e del lavoratore, man mano, sono accreditati su conti individuali unitamente al rendimento prodotto dall'investimento dei relativi importi. Il livello delle pensioni, quindi, è determinato dal totale dei contributi accredita-

Ciò premesso, le tutele contro le irregolarità contributive presuppongono l'adozione di iniziative nei confronti del responsabile del danno, quindi, del datore di lavoro, da parte del soggetto danneggiato.

Ai fini dell'adozione di misure volte alla tutela della posizione creditoria del lavoratore, assume grande rilevanza il momento in cui quest'ultimo viene a conoscenza dell'irregolarità contributiva; il mancato versamento, infatti, può essere colto nel momento stesso dell'incidenza[20] sulla maturazione della posizione individuale oppure al verificarsi del pregiudizio alla prestazione pensionistica.

Nella prima ipotesi, il lavoratore, stante la necessità[21] di un immediato ripristino della posizione individuale, ha la possibilità di rivolgersi al Giudice, ai sensi dell'art. 1453 c.c. per ottenere la «condanna del datore di lavoro all'adempimento, attraverso il pagamento tardivo dei contributi, qualora sia ancora possibile, ovvero alla reintegrazione in forma specifica o per equivalente attraverso la valutazione del danno[22]».

Legittimati attivi sono anche i fondi pensione in quanto titolari del diritto di credito alla contribuzione, che possono ricorrere agli ordina-

ti su ogni conto individuale e dalla somma dei relativi rendimenti. Ne consegue che il livello delle prestazioni è rigorosamente determinato sulla base dell'ammontare della retribuzione versata da, o per, ogni lavoratore e dall'importo dei relativi rendimenti».

[20] In realtà è discussa la possibilità di ottenere una tutela preventiva, in via cautelare, ricorrendo per l'accertamento dell'inadempimento contributivo, analogamente a quanto possibile con riferimento alla previdenza obbligatoria (sul punto v. Cass. 25 ottobre 1997, n. 10528).

[21] Tale necessità è confermata anche nello schema di statuto dei fondi pensione negoziali, allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006 (relativa ai foni pensione di origine contrattuale costituiti in forma associativa) il cui art. 8, c. 9, recita: «In caso di mancato o ritardato versamento, il datore di lavoro è tenuto a reintegrare la posizione individuale dell'aderente secondo modalità operative definite con apposita regolamentazione (valutare la possibilità di inserire la suddetta regolamentazione nell'ambito dello statuto). Inoltre, il datore di lavoro è tenuto a risarcire il Fondo di eventuali spese dovute al mancato adempimento contributivo».

[22] A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza*, cit., p. 484, che ammette pure l'eccezione di inadempimento, precisando però, condivisibilmente, che l'inadempimento degli obblighi contributivi del datore di lavoro non legittima il mancato versamento dei contributi a carico dei lavoratori.

ri rimedi civilistici in caso di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie o a particolari strumenti di tutela previsti dagli statuti[23].

Nel caso in cui, invece, l'irregolarità contributiva non venga colta prima del verificarsi del pregiudizio e, dunque, sia già stato recato un danno alla prestazione pensionistica[24], il danneggiato può agire verso il datore inadempiente ricorrendo all'ordinaria disciplina civilistica in tema di inadempimento delle obbligazioni. La normativa impone la prova del pregiudizio conseguente all'irregolarità contributiva e consente l'applicazione degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. o, in alternativa, facendo ricorso al Fondo di Garanzia di cui all'art. 5, d.lgs. 80 del 1992, che ha recepito la Direttiva 80/987/CEE (v. *infra* § 7).

Il su citato articolo riconosce al lavoratore il diritto di richiedere al Fondo di garanzia INPS l'integrazione, presso la gestione di previdenza interessata, dei contributi omessi, qualora il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto all'esito di una procedura concorsuale o esecutiva nei confronti del datore responsabile dell'omissione stessa. Pertanto, l'art. 5 tutela le situazioni di sofferenza contributiva solo se imputabili a datori di lavoro sottoposti a procedure concorsuali specificatamente elencate.

[23] Sul punto R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 686 «la quasi totalità degli statuti stabilisce, per i casi di incapienza contributiva, oltre al versamento della contribuzione dovuta, specifiche sanzioni consistenti in addebiti pecuniari in cifra fissa per ogni lavoratore interessato dall'irregolarità, in maggiorazioni della quota di contribuzione omessa, solitamente rapportate all'eventuale incremento percentuale del valore della quota registrato nel periodo di mancato o tardivo versamento (e spesso accompagnate altresì da un ulteriore importo pari agli interessi di mora calcolati in base al tasso di interesse legale), oppure in maggiorazioni degli interessi di mora rispetto al tasso legale (solitamente destinate alla copertura degli oneri amministrativi del fondo pensione). E in alcuni casi si prevede anche che l'inadempiente sia tenuto a risarcire il fondo delle spese dovute al mancato adempimento contributivo e degli eventuali danni di natura economica e patrimoniale causati dal ritardato versamento.»

[24] In dottrina è nota la posizione che pospone la possibilità di esercitare tale diritto solo in un momento successivo rispetto alla richiesta di accesso alla prestazione previdenziale, poiché «la richiesta di risarcimento del danno presuppone l'avveramento dell'evento tutelato, e dunque solo quando si perfezionano i requisiti per ottenere la prestazione di previdenza il lavoratore potrà esperire i rimedi previsti dall'ordinamento» (M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 210).

Questa limitazione è stata in realtà superata da una circolare INPS[25] che ammette l'intervento del Fondo, previo esperimento da parte del lavoratore di una procedura esecutiva individuale a seguito della quale il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto, anche se il datore non sia assoggettabile ad una procedura concorsuale ai sensi dell'art. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare). Per di più, diversamente da quanto previsto per il Fondo di garanzia del TFR e dei crediti di lavoro, il Fondo può intervenire anche quando il Tribunale disponga di non procedere all'accertamento del passivo a causa della previsione di insufficiente realizzo (art. 102 L.F.), purché il credito sia stato, in ogni caso, accertato giudizialmente ed il lavoratore produca copia autentica del decreto di chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo[26].

Va notato, però, che il sistema delineato dalla norma in esame non assicura alcun ristoro diretto da parte del Fondo di Garanzia in favore del lavoratore danneggiato; è infatti riconosciuto soltanto un versamento di somme da parte del Fondo di Garanzia al fondo integrativo teso ad *integrare* i contributi omessi. Ai fini del calcolo della integrazione, però, rileva esclusivamente l'importo dei contributi omessi non anche il lasso temporale intercorso fra l'inadempimento e l'effettiva integrazione. Pertanto, questo rimedio non garantisce al lavoratore il ripristino della situazione che ci sarebbe stata se il datore avesse correttamente adempiuto all'obbligazione posta a suo carico, cioè quella maggior redditività che sarebbe stata assicurata se il fondo integrativo avesse avuto a disposizione la somma datoriale da investire[27].

In conclusione, la tutela offerta al lavoratore danneggiato risulta non essere sufficiente poiché limitata all'equivalente monetario dei contributi omessi e non in grado di preservare il *quantum* sacrificato dal comportamento irregolare, cioè quell'ammontare che sarebbe maturato se, in presenza di versamenti puntuali, questi sarebbero stati adeguatamente valorizzati sul piano degli investimenti.

[25] Sul punto v. Circ. INPS 22 febbraio 2008, n. 23

[26] Sul punto v. Circ. INPS 7 marzo 2007, n. 53.

[27] A. SGROI, *La tutela dei lavoratori per omesso versamento dei contributi da parte del datore di lavoro nella previdenza complementare: diritto positivo e prospettive di riforma,* in *Giur. It.*, 2, 2003, *ed. online*

Un tale sistema, purtroppo, vanifica gli obiettivi fissati dall'art. 8 della direttiva 80/987/CEE volti a tutelare il lavoratore tramite il riconoscimento di un rimedio che ristori *in toto* il danno derivante dal comportamento irregolare del datore.

3. *Aspetti concorsuali del danno da mancato versamento*

L'art. 8 del d.lgs. 252 del 2005 stabilisce che costituiscono fonte di finanziamento del fondo di previdenza complementare i contributi a carico del lavoratore, quelli a carico del datore di lavoro e il TFR. Onerato del versamento (inteso quale atto di trasferimento del denaro) al fondo è il datore di lavoro.

Può capitare – per la più varie ragioni – che il datore di lavoro ometta il versamento dei contributi al fondo. Laddove ciò avvenga, è evidente che il lavoratore beneficiario di quel versamento subirà un danno di entità proporzionale al mancato versamento (cfr. art. 11, co, 3, d.lgs. 252 del 2005).

Ebbene, se il sistema in parola fosse accompagnato dal meccanismo dell'automaticità delle prestazioni, il problema sarebbe relativo, poiché, assolto l'onere di salvaguardare il credito dalla prescrizione, la lacuna contributiva sarebbe coperta con una sorta di sostituzione tra lavoratore e Fondo; tuttavia, il predetto principio, in questo caso, non opera[28].

Ne consegue una domanda spontanea: quali sono le conseguenze di questa omissione?

Riprendendo quanto detto nel paragrafo precedente, bisogna ricordare che la previdenza complementare si basa su un sistema a capitalizzazione e che questo sistema risulta tanto più proficuo, quanto più è ricco (nel senso che trova l'adesione di molti finanziatori). Tanto maggiore è il capitale gestito dal Fondo, tanto maggiore sarà il ricavo dell'investimento; pertanto, dall'omesso versamento dei contributi discende un (potenziale) minor ricavo dall'investimento[29].

[28] Cfr. D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali, Tutele responsabilità e limiti*, BUP, Bologna, 2017, p. 141

[29] Es. fatto 100 il contributo dovuto e 50 quello versato e (per semplicità di esem-

La questione del danno derivante dall'omissione contributiva del datore di lavoro si pone essenzialmente su due possibili eventi dannosi: a) il mancato conseguimento della prestazione (omissione totale); b) il mancato conseguimento dell'esatta prestazione (omissione parziale).

Oltre a questi casi, vi sono altri due pregiudizi potenzialmente conseguenti all'omissione: c) il danno da minor importo gestito (danno della gestione del fondo); d) la diminuzione del patrimonio del lavoratore sul quale intendono soddisfarsi i terzi creditori del lavoratore (danno dei terzi creditori del lavoratore).

Tutte le situazioni sopra descritte possono verificarsi in due diverse situazioni: a) quando il datore di lavoro è *in bonis* ma non ha effettuato i versamenti dovuti; b) quando il datore di lavoro è incapiente, con il rischio che il credito previdenziale venga perso irrimediabilmente.

Nel caso in cui il datore di lavoro sia rimasto insolvente verso il fondo di previdenza complementare ma contro di lui possano essere proficuamente esperite azioni di tutela del credito, il lavoratore dovrà attivarsi affinché il datore versi al fondo di previdenza complementare ciò che non ha ancora provveduto a versare. Questa situazione, dettagliata nel precedente paragrafo, è relativamente complicata, poiché, in sostanza, si risolve in "semplice" recupero del credito.

Diversamente, come detto in precedenza, quando il datore di lavoro si trova in una situazione d'insolvenza e incapienza patrimoniale tale da non poter garantire il pagamento dei contributi oggetto di omissione, il lavoratore potrà – nell'ambito di un procedimento di crisi d'impresa – proporre istanza al Fondo di garanzia per la previdenza complementare di cui all'art. 5, d.lgs. 27.01.1992, n. 80, affinché questo – sostituendosi al datore di lavoro insolvente – versi al fondo di previdenza complementare i contributi oggetto di omissione, oltre al rendimento del TFR[30].

pio) 100% il rendimento sul capitale fosse, dato il versamento del solo 50% dei contributi dovuti (50 in luogo di 100) il rendimento sarebbe pari a 50 e non a 100, con un danno da lucro cessante (mancato maggior rendimento) pari a 50.

Per riferimenti dottrinari sul punto cfr. nota 18

[30] Cfr. Messaggio INPS 22 febbraio 2008, n. 23, «Al fine di assicurare pienamente la posizione previdenziale complementare dei lavoratori, il Fondo provvederà a rivalutare i contributi versati utilizzando, per ciascun anno, l'indice di rendimento del TFR».

Quindi, il danno conseguenza dell'omissione è così composto: capitale omesso, oltre rivalutazione, oltre rendimento del fondo di previdenza complementare[31].

Il legittimato attivo – per la cui analitica individuazione si rinvia al paragrafo successivo – dovrà poter chiedere la condanna del datore al pagamento del contributo omesso (danno emergente), oltre interessi e rivalutazione (ma la questione è controversa) e il differenziale sul rendimento (che avrebbe maturato se al tempo fosse stato eseguito il pagamento).

Si deve però sempre ricordare che il finanziamento del fondo di previdenza complementare si basa sull'obbligo di pagamento diretto del datore di lavoro per la propria quota e indiretto, tramite il datore di lavoro, del lavoratore per le proprie quote (personale e TFR).

Pertanto, il lavoratore potrà agire per quanto egli deve (tramite il datore di lavoro) al fondo, mentre il fondo sarà legittimato per la quota dovuta dal datore; infatti, il rapporto contributivo è duplice, quello mediato lavoratore-fondo e quello immediato datore-fondo.

A fronte di ciò il lavoratore potrà agire per il versamento dei contributi a favore del fondo di previdenza complementare, per la propria quota; ciò, sia che si tratti di tutela esecutiva ordinaria, sia che si tratti di tutela in sede concorsuale.

La sede concorsuale non è priva di problemi: con l'insinuazione al passivo per la quota propria, il lavoratore cristallizza un credito, che dev'essere richiesto entro i termini di proposizione della domanda di ammissione al passivo (art. 101, l. fall.).

Il credito che viene chiesto avanti al fallimento è quello – ovviamente – per il quale si è legittimati e su questo vige una competenza esclusiva del tribunale che ha dichiarato il fallimento, il quale è compe-

La tutela risulta applicabile anche quando non si possa avviare la procedura concorsuale, cfr. paragrafo 2.

[31] Per rendere l'idea del danno subito, si immagini che il fondo (es. Fondo Cometa) investa in mercato di "alto rischio" - secondo le scelte del lavoratore - in cui i rendimenti, come quello azionario *hi-tech*. Immaginiamo che l'insolvenza sia concomitante con la pandemia e che per due anni (2020-2021) non vi siano stati versamenti. Ricorrendo al Fondo di garanzia il lavoratore avrebbe la sola "copertura" dell'omissione e dell'indice di rivalutazione TFR, che non è paragonabile al rendimento del mercato azionario *hi-tech* in quello che, probabilmente, è stato il suo miglior periodo.

tente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore (cfr. art. 52, l. fall.).

Con questa istanza il lavoratore dovrebbe richiedere al passivo tanto il capitale non versato dal datore di lavoro (danno emergente), tanto il rendimento che avrebbe ottenuto sull'impiego delle risorse laddove fossero state effettivamente versate e quindi investite (lucro cessante).

Evidentemente con l'apertura del fallimento, la proposizione di questa domanda determina l'impossibilità di proporre domanda, per l'accertamento e la condanna al danno, in sede ordinaria, in ragione della cd. *vis attractiva* del fallimento[32]. Ciò impone di procedere, nell'ottica dell'economia processuale e dei vincoli di preclusione, sia per quanto è stato omesso, sia per quanto il lavoratore avrebbe potuto maturare grazie alla gestione dei capitali e non ha maturato in ragione dell'omissione contributiva.

In questo modo vengono chiesti al passivo un credito inadempiuto e certo (quanto omesso e dovuto in quota contributi e TFR) e un credito che dovrebbe essere previamente accertato (il lucro cessante dato dal rendimento perso). Ebbene, si consideri che la richiesta non è infondata in quanto il lavoratore subirebbe un danno laddove non proponesse la domanda anche per l'incerto danno pari al rendimento perso[33].

Durante il fallimento il *quantum* del rendimento perso potrà (si legga dovrà) essere accertato mediante CTU.

In caso d'istanza d'insinuazione al passivo per la sola parte contributiva (senza richiesta del rendimento), stante l'effetto preclusivo dell'istanza e l'esclusività della competenza fallimentare, il lavoratore non potrebbe più chiedere la condanna per il danno da mancato rendimento in tutela dichiarativa.

A ben vedere è possibile accertare il credito ricorrendo ai criteri di calcolo stabiliti dallo statuto o dai regolamenti del fondo di previdenza

[32] Cfr. le chiare riflessioni di D. GAROFALO, *Procedure concorsuali e controversie di lavoro*, in D. GAROFALO, M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 111 ss.

[33] Peraltro, questo esito sarebbe peggiore rispetto a quello che si verrebbe a verificare laddove si verificasse l'incapienza del fallimento, poiché il lavoratore perderebbe sia il rendimento che la rivalutazione – almeno della quota TFR – che invece è corrisposta dall'INPS.

complementare. Evidentemente a tali calcoli dev'essere data concretezza mediante una CTU, che sulla base delle regole d'investimento fissate dal fondo, elaborerà il delta pari al maggior profitto tra mera rivalutazione TFR e contribuzione versata e gestita dal fondo (detto altrimenti, la differenza tra quanto il lavoratore avrebbe ottenuto in caso di regolare versamento e la somma che gli viene garantita dal Fondo INPS)[34].

Tanto chiarito, distinti gli elementi del credito in danno emergente per i contributi omessi e lucro cessante per il rendimento perso, ricordando quanto detto sulla legittimazione attiva, si deve distinguere i *petita* delle due componenti del danno:

- omissione contributiva: il lavoratore potrà insinuarsi al passivo solo per la quota di contribuzione a lui imputabile, cioè la quota lavoratore e la quota TFR. Ciò significa che il lavoratore non può agire per ottenere il contributo a carico del datore di lavoro, la cui tutela compete al fondo di previdenza complementare;
- rendimento perso: il lavoratore potrà agire per vedersi riconosciuto quanto ha perso in conseguenza dell'omissione, senza distinzione rispetto alle quote. Ciò può avvenire in quanto il lucro cessante non distingue tra quote; se il versamento fosse avvenuto correttamente, il fondo avrebbe investito una certa somma, che avrebbe determinato un certo rendimento.

Il rendimento non è un contributo ma un ricavo dall'attività d'investimento dei contributi che incrementa l'utilità del lavoratore. Ciò significa che il rendimento è calcolabile mediante un'operazione matematica sulla base della contribuzione virtuale (versata o meno che sia) e può essere richiesto per l'intero dal lavoratore che solo ha legittimazione a richiederlo, a titolo di danno (lucro cessante).

Si ritiene che questo danno – che richiederà un giudizio di cognizione piena – possa essere richiesto dal lavoratore, al quale spetta la legittimazione attiva per il danno conseguente all'omissione contributiva, che è altro rispetto al danno da omesso versamento[35].

[34] Cfr. Cass., S.U., 9 marzo 2015, n. 4684, di cui si darà conto anche nel paragrafo successivo.

[35] Cfr. V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro e omessa contribuzione al fondo complementare*, in *Lav. giur.,* 2017, 11, p. 954

4. *La legittimazione ad agire per il versamento dei contributi omessi al fondo di previdenza complementare al vaglio della giurisprudenza di merito*

Come noto, la disciplina sulla previdenza complementare, oggetto di ampie riforme (d.lgs. 124 del 1993, in attuazione della delega prevista dalla l. 421 del 1992 e dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, sulla base della legge delega 243 del 2004) è sorretta dall'obiettivo di integrare in via complementare i trattamenti pensionistici erogati dal sistema obbligatorio pubblico, al fine di «assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale»[36]. Sebbene, sia ravvisato un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e complementare, che colloca quest'ultima «nel sistema dell'art. 38 Cost. secondo comma, della Costituzione»[37], è sostanziale la differenza tra i due sistemi: al carattere della libertà e volontarietà che connota la previdenza complementare[38], si contrappone quello generale, necessario e non eludibile della previdenza obbligatoria[39], informata dal principio di automaticità delle prestazioni *ex* 2116

[36] Art. 1, comma 1 d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*. Al riguardo, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 433; ID., *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva nelle forme pensionistiche complementari,* in *Riv. prev. pub. priv*., 2002, 489 ss.; ID., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere spunti di riflessione*, *ivi*, 2005, 513 ss.; ID., *Il T.F.R nei Fondi pensione? Per la Cassazione è l'inverso,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2006, 2, pp. 710 ss.; ID., *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 537 ss.; A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare,* in *Riv. dir. sic. soc.,* 2006, 3, pp. 793 ss.; F. VALLACQUA, *Previdenza complementare e flessibilità nel mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc*, 2006, 3, pp. 779 ss.; M. GAMBACCIANI, *La giurisprudenza sulla natura e funzione del trattamento di fine rapporto,* cit., pp. 763 ss.; R. VIANELLO, *La previdenza complementare*, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale,* Giuffrè, Milano, 2021, pp. 251 ss.

[37] C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, in adesione alla cd. teoria della funzionalizzazione della previdenza complementare, già affermata da C. cost. 8 settembre 1995, n. 421, sulla base della natura, oltre che della funzione, prettamente previdenziale dei fondi pensione.

[38] Così prevede l'art. 1 comma 2 del citato d.lgs. n. 252 del 2005 «L'adesione alle forme pensionistiche complementari disciplinate dal presente decreto è libera e volontaria».

[39] Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626.

c.c., secondo cui il lavoratore ha diritto all'erogazione delle prestazioni previdenziali e assistenziali anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro[40].

Orbene, a fronte dell'inapplicabilità di tale principio alla previdenza integrativa (come è già stato ribadito nel paragrafo precedente), si pone il problema di quali tutele possano prevedersi in caso di omesso versamento dei contribuiti destinati ad un fondo di previdenza integrativa (domanda posta anche nel § 3)[41].

Invero, a fronte della mancanza di una disposizione di legge regolante tale ipotesi, salvo i casi in cui l'omissione subita dal lavoratore riesca a trovare una soluzione per via stragiudiziale, sono frequenti i casi in cui il lavoratore è costretto ad adire l'Autorità giudiziaria per ottenere il pagamento dei contributi omessi.

Secondo quanto stabiliva la L. 23 agosto 2004, n. 243, recante "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", il Governo, ai sensi dell'art. 1 comma 2, era delegato ad emanare decreti legislativi, attenendosi a principi e criteri direttivi, tra cui: «e) adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità

[40] G. CANAVESI, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, pp. 465 ss.; M. CINELLI e S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2018, 53 ss.; G. CANAVESI, *La struttura del sistema di previdenza sociale*, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 105 ss.

[41] Sul tema v. E. LAMANDA, G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive*, cit., pp. 7 ss.; A. SGROI, *La tutela dei lavoratori per omesso versamento dei contributi*, cit.; M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione della disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, 3, pp. 611 ss.; F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in A. TURSI, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., pp. 827 ss.; V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 531 ss.; R. VIANELLO, *Garanzia e tutela dei diritti*, cit., pp. 649 ss.; M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., pp. 195 ss.; F. COLLIA, F. ROTONDI, *Legittimazione attiva a richiedere il pagamento nel regime della previdenza complementare*, in *Lav. giur,* 2013, 2, pp. 206 ss.; V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro*, cit., pp. 953 ss.

dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, con contestuale incentivazione di nuova occupazione con carattere di stabilità prevedendo a tale fine: 8) l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti».

Tuttavia, come noto, tale previsione non è stata recepita nel d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, che all'art. 6 comma 9 sancisce solamente la titolarità dei fondi pensione dei valori e delle disponibilità conferiti in gestione, senza nulla disporre in ordine alla titolarità e alla legittimazione ad agire per l'omissione contributiva.

A fronte del lacunoso quadro normativo appena accennato, la giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione del lavoratore a richiedere la condanna al pagamento dei contributi omessi è approdata a soluzioni differenti e contrastanti tra loro.

In merito a ciò, si possono delineare tre principali orientamenti: un primo, volto ad avallare la legittimazione *iure proprio* del lavoratore per la tutela della sua posizione contributiva, un secondo, volto ad escluderla e il terzo, volto a ritenerla sussistente in aggiunta a quella del fondo di previdenza complementare.

Per accertare la titolarità del diritto al versamento contributivo e la sua corrispettiva azionabilità in giudizio, occorre in via preliminare indagare la natura giuridica del rapporto trilaterale che intercorre tra il Fondo, il datore di lavoro e il lavoratore.

È opportuno altresì premettere che la disciplina delle forme pensionistiche complementari dispone un sistema di finanziamento che può essere basato sul versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente e attraverso il conferimento del TFR maturando[42] (§ 1), che rappresenta il principale oggetto sottoposto al vaglio della giurisprudenza di merito di seguito esaminata[43].

[42] Art. 8, comma 1, d.lgs. 252 del 2005.

[43] È, inoltre, discusso se tale distinzione rilevi ai fini dell'individuazione della le-

Secondo un primo orientamento[44] la legittimazione attiva a richiedere il pagamento dei contributi omessi non può porsi in capo al lavoratore, ma solo in capo al fondo di previdenza integrativa. Invero, secondo tale giurisprudenza «una volta che il lavoratore abbia consentito alla devoluzione di parte della propria retribuzione, compresa la quota destinata al TFR, ad un soggetto terzo, è tale soggetto che deve essere individuato quale titolare del credito nei confronti del datore di lavoro». Tale ricostruzione a parere del Giudicante troverebbe conferma nell'inattuazione della contitolarità tra lavoratore e fondo di previdenza prevista nella citata legge delega, in quanto «la circostanza che il legislatore delegato abbia ritenuto di non attuare tale punto della delega, nulla disponendo specificamente nel decreto attuativo ed anzi individuando i fondi come soggetti autonomi e gestori in proprio delle risorse ad essi conferiti, induce a ritenere che la legittimazione a far valere il credito per contributi sia esclusiva del Fondo»[45].

I limiti a tale teoria si manifestano però nei casi in cui il Fondo, seppur titolare del credito contributivo, rimanga inerte senza quindi adoperarsi per la riscossione dei contributi omessi, così determinando un pregiudizio per il lavoratore. Per colmare tale vuoto di tutela la giurisprudenza ha allora sancito la possibilità per il lavoratore di esperire sia un'azione di condanna in favore di terzo, sia un'azione surrogatoria *ex* 2900 c.c., mediante la quale il lavoratore surrogandosi al fondo potrà esercitare i diritti e le azioni ad esso spettanti.

Tale ultimo strumento di tutela della posizione assicurativa deriverebbe dall'adesione al fondo effettuata dal lavoratore, che scegliendo di devolvere le sue quote di retribuzione o di TFR al Fondo, lo rende suo debitore per la restituzione delle stesse nella forma di trattamento pensionistico integrativo. L'azione surrogatoria, come la condanna in favore di terzo, comportano la necessaria partecipazione in giudizio del Fondo, attuando il litisconsorzio necessario tra i tre soggetti.

gittimità ad agire. V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., p. 543, nota 21, secondo cui non è rilevante la distinzione per l'individuazione del soggetto legittimato ad agire, in quanto entrambe le ipotesi sottendo una volontà negoziale del singolo, in senso opposto M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva*, cit., p. 632.

[44] T. Novara 2 luglio 2019, n. 157; T. Novara 4 novembre 2021, n. 254.

[45] T. Novara 2 luglio 2019, n. 157.

Diversamente, appare più critica la tesi che nonostante riconduca la titolarità in via esclusiva al fondo consente al prestatore di lavoro di agire per la condanna a favore dello stesso, in quanto dalla giurisprudenza non si evince sulla base di quale titolo il lavoratore sarebbe legittimato ad agire. Una ipotesi potrebbe essere quella dell'istituto della cessione del credito solutoria posta in essere dal lavoratore in qualità di cedente, che per estinguere un debito verso il cessionario – il fondo – cede a quest'ultimo il suo credito verso il datore di lavoro (ceduto), rimanendo tuttavia legittimato ad agire solo in caso di inadempimento di quest'ultimo. In tale ipotesi, la cessione presumendosi *pro solvendo* non libera il cedente dai rischi di insolvenza del debitore ceduto e quindi il primo, invece che adempiere verso il fondo per poi rivalersi sul datore di lavoro, potrà agire direttamente in giudizio per la condanna di quest'ultimo a favore del terzo. Tale figura della cessione del credito finalizzata al finanziamento dell'obbligazione assunta dal lavoratore attraverso l'adesione al fondo è sostenuta anche dalla dottrina sotto il profilo che «il soggetto destinatario dei contributi non si limita al semplice ruolo di ricevere l'adempimento in attesa di trasmetterlo al creditore, ma fa proprie le somme ricevute confondendole nel proprio patrimonio»[46].

Un secondo orientamento, di segno opposto, protende invece per la legittimazione in capo al lavoratore[47]. Tale tesi, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria e sostenuta anche in dottrina[48], sottende al rapporto trilaterale una delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.), secondo la quale il delegante (il lavoratore), a seguito del contratto di adesione con il fondo pensione (delegatario), si obbliga verso quest'ultimo al conferimento dei contributi previdenziali, che tuttavia eseguirà il datore di lavoro (delegato) mediante la trattenuta sulla retribuzione e il corrispettivo versamento dei contributi al Fondo. Secondo tale

[46] V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., pp. 542-543.

[47] T. Roma 2 dicembre 2016, n. 10489; T. Cagliari 25 marzo 2021, n. 343; T. Milano 5 settembre 2018, n. 1925; T. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808; T. Varese 11 maggio 2021, n. 51; T. Salerno 12 febbraio 2020, n. 330; T. Asti 23 aprile 2021, n. 81; T. Salerno 6 novembre 2019, n. 2415; C. A. Reggio Calabria 19 febbraio 2021, n. 83 e C. A. Reggio Calabria 18 febbraio 2021, n. 78.

[48] Cfr. A. TURSI, in *qs* volume.

schema quindi «Il prestatore di lavoro, opera una vera e propria delegazione al datore di lavoro avente per oggetto il pagamento (*rectius* versamento) dei contributi ai fini del TFR nei confronti del fondo di previdenza complementare prescelto e con la finalità di soddisfare i propri bisogni ed interessi presenti e futuri (con funzione migliorativa del tasso di sostituzione); Il datore di lavoro, assume un vero e proprio obbligo di trattenere i contributi dovuti a titolo di TFR e, successivamente, versarli al fondo di previdenza complementare in osservanza alle clausole contrattuali pattuite (vedasi Statuto/Regolamento/Nota Informativa del fondo prescelto); Il fondo di previdenza complementare, in forza dell'adesione operata dal prestatore di lavoro, quale depositario delle somme, accumula –per conto dell'aderente– i contributi versati dal datore di lavoro ed assume l'obbligo di custodirli, gestirli, accantonarli ed incrementarli (sub specie rendimenti di gestione) nei modi e termini concordati»[49].

Orbene, se tale ricostruzione descrive compiutamente il rapporto triangolare sussistente, rimangono però indefiniti i sottostanti rapporti di provvista e di valuta intercorrenti tra le parti. In altre parole, il titolo in forza del quale il lavoratore potrà agire per richiedere il versamento dei contributi omessi è ricondotto dalla giurisprudenza sia all'inadempimento contrattuale *ex* art. 1218 c.c. del rapporto di provvista, sia al diritto soggettivo del prestatore alla tutela della sua posizione previdenziale.

Ad ogni buon conto, la legittimazione del lavoratore si fonda – secondo tale giurisprudenza – sul presupposto che l'omesso versamento dei contributi, in ragione del principio di corrispettività tra contribuzione e prestazione previdenziale proprio del sistema di previdenza complementare, leda la posizione contributiva del lavoratore, che godrà di una prestazione più ridotta, sia per il minor montante accantonato, sia per il pregiudizio derivante dalla diminuzione dei rendimenti previdenziali (per un'approfondita disamina del danno derivante dall'omesso versamento contributivo v. § 2-3).

Pertanto, secondo tale giurisprudenza emerge «la sussistenza della legittimazione esclusiva in capo al prestatore di lavoro – *ex lege* (d.lgs. 252 del 2005) – ad agire per la tutela del diritto soggettivo all'integrità

[49] T. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808.

della posizione assicurativa previdenziale ed alla regolarità dell'accantonamento delle quote di tfr onde soddisfare il proprio interesse all'ottenimento di un più elevato tasso di sostituzione retribuzione/emolumenti previdenziali per il periodo in cui sarà cessato dal servizio»[50]. La ricostruzione delineata è avallata dal rapporto intercorrente tra lavoratore e datore di lavoro, per il quale l'inadempimento contrattuale di quest'ultimo legittima il lavoratore ad agire *iure proprio* per la condanna all'adempimento.

Tuttavia, la pronuncia in esame sottolinea che la domanda del lavoratore può solo comportare una condanna del datore di lavoro all'adempimento, ossia al versamento dei contributi omessi a favore del fondo da attuarsi con il litisconsorzio necessario, in quanto è necessaria «la presenza dei Fondi di Previdenza Complementare nel giudizio instaurato dal lavoratore contro il proprio datore stante che, trattandosi di rapporto triangolare, la condanna al versamento delle quote di TFR (trattenute in busta paga e non versate) emessa a carico del resistente – in virtù dell'adesione – dispiega effetti immediati e diretti in favore del fondo di previdenza ed effetti solo mediati ed indiretti in favore del ricorrente (il quale, tuttavia, rimane l'unico soggetto titolare della legittimazione ad agire!)»[51].

La legittimazione esclusiva del lavoratore è stata sostenuta anche attraverso altri strumenti di tutela, quali per esempio l'indicazione di pagamento *ex* art. 1188 c.c., secondo cui l'autorizzazione fatta dal lavoratore al datore di lavoro di trasferire il TFR alla forma pensionistica prescelta, conferisce a quest'ultima «il potere di ricevere il pagamento con effetto liberatorio per l'adempiente (il fondo è *l'adiectus solutionis causa*)», nonché di estinguere «il rapporto debitore creditore tra datore di lavoro e prestatore di lavoro con riferimento alle quote di TFR trasferite alla forma prescelta»[52].

Infine, un ultimo orientamento giurisprudenziale[53] considera legittimati ad agire per la regolarizzazione della posizione contributiva sia il

[50] *Ibidem.*

[51] *Ibidem.*

[52] M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva*, cit., p. 632.

[53] T. Napoli 8 giugno 2021, n. 3787; T. Taranto 1 ottobre 2015, n. 3678; T. Napoli 4 luglio 2017, n. 5294.

Fondo, che il lavoratore, applicando la contitolarità, prevista dalla legge delega. Tale convincimento si fonda proprio dalla lettura combinata delle norme contenute nella legge delega e nel decreto legislativo, da cui si ricava che «mentre la titolarità dei valori conferiti è attribuita, dopo il conferimento, in via esclusiva al fondo pensione del quale costituiscono patrimonio separato e autonomo, per altro verso il fondo di previdenza complementare non è, dal legislatore, considerato titolare esclusivo del diritto al conferimento di tali valori, parlandosi espressamente di "contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto". Come si evince da quanto sopra, le somme non versate possono essere richieste anche dal lavoratore in quanto, del pari, contitolare del relativo credito»[54].

Secondo i giudici di merito, tale interpretazione si pone inoltre in linea con la pronuncia delle Sezioni Unite del 9 marzo 2015, n. 4684, che oltre a ribadire la natura previdenziale e non retributiva dei versamenti effettuati dal datore di lavoro, ha precisato che il sistema di capitalizzazione proprio della previdenza complementare, basato sull'accumulo dei contributi nel conto individuale del lavoratore, comporta la «commisurazione della futura prestazione pensionistica all'entità della contribuzione versata da ciascun lavoratore integrata dai frutti maturati per effetto degli investimenti del capitale operati dal fondo». Ciò svela il sotteso interesse del lavoratore al versamento dei contributi, che in caso di omissione verrebbe pregiudicato. Invero, «sebbene i versamenti del datore di lavoro non siano preordinati ad un vantaggio di carattere immediato nei confronti del lavoratore, essi devono comunque essere considerati da esso attivabili sul piano processuale in quanto un loro mancato o tardivo versamento può comportare una lesione nei confronti di quest'ultimo minando le aspettative dei rendimenti previdenziali potenzialmente ottenibili attraverso versamenti puntuali e correttamente scadenzati»[55]. Da ciò discende la legittimazione del lavoratore in aggiunta a quella del Fondo, che è titolare del credito per il versamento dei contributi a carico del datore di lavoro, nonché unico legittimato a ricevere tali versamenti, in quanto onerato poi all'erogazione della prestazione pensionistica.

[54] T. Napoli 4 luglio 2017, n. 5294.
[55] *Ibidem.*

Ne deriva – secondo questa giurisprudenza – che la posizione del lavoratore direttamente azionabile in giudizio non nasce dalla titolarità del diritto al versamento dei contributi, ma dall'interesse sotteso a tale versamento, in quanto strumentale al perfezionamento del diritto all'erogazione della prestazione integrativa. Da qui è evidente la connessione tra interesse del lavoratore e diritto di credito del fondo – alla base della contitolarità dai giudici condivisa –, che si esplica «sia geneticamente, perché nasce dal medesimo fatto che a quello dà origine (adesione del lavoratore alla forma pensionistica complementare), sia funzionalmente, perché l'adempimento del debito contributivo realizza anche la soddisfazione dell'interesse al conferimento, rispetto al quale può ritenersi sussistere un vero e proprio diritto del lavoratore alla regolarizzazione contributiva»[56]. Pertanto, l'interesse del lavoratore al versamento dei contributi, dalla legge protetto come diritto soggettivo alla posizione assicurativa previdenziale, lo legittima a richiedere la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi al Fondo.

Orbene, delineato il complesso quadro giurisprudenziale, si comprende come manchino allo stato attuale approdi certi in tema di legittimazione ad agire, sia per il dibattito giurisprudenziale ancora allo stadio embrionale, sia per la difficile applicazione degli istituti civilistici nella materia previdenziale, se si accoglie la funzione solidaristica della previdenza contrattuale.

È quindi del tutto condivisibile quanto statuito di recente dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 154 del 2021[57], secondo cui «la materia, assai rilevante sul piano delle attese sinergie fra mutualità volontaria e regime pensionistico pubblico, dovrebbe essere oggetto di una più attenta sistemazione da parte del legislatore, chiamato a risolvere le aporie che pur emergono dalle questioni oggi scrutinate».

[56] *Ibidem.*

[57] Per un commento v. P. SANDULLI, *Legittimazione ad agire del fondo pensione fra interpretazione adeguatrice e inerzia legislativa,* in *Riv. dir. sic. soc.,* 2021, 4, pp. 747 ss.

5. *Il soggetto legittimato ad agire per l'ammissione allo stato passivo del fallimento*

La determinazione del soggetto legittimato ad agire nel caso in cui il datore di lavoro abbia omesso il versamento dei contributi al fondo di previdenza complementare ha sollevato diverse criticità anche in sede di ammissione al passivo fallimentare del datore di lavoro insolvente.

Come evidenziato nel precedente paragrafo, per definire il titolare del diritto ad agire, andrebbe attribuito carattere determinante al negozio con il quale è pattuito il finanziamento della posizione previdenziale del lavoratore presso il fondo di previdenza complementare. In particolare, si dovrebbe distinguere tra il caso in cui il finanziamento è previsto per mezzo di una delegazione di pagamento e quello in cui le parti abbiano, invece, pattuito una cessione di credito.

In sede di ammissione allo stato passivo, peraltro, ad incidere sulla soluzione della problematica sono anche le peculiarità della procedura fallimentare, soprattutto in relazione agli strumenti processuali ammessi, nonché gli effetti della dichiarazione di fallimento sui rapporti negoziali. Per quanto concerne tale ultimo profilo, il riferimento è, nello specifico, al contratto di delegazione di pagamento. Si è in effetti ritenuto che la dichiarazione di fallimento del datore di lavoro implichi lo scioglimento del rapporto di delegazione, in quanto riconducibile nell'ambito dell'art. 78, comma 2, della legge fallimentare[58], con la conseguenza che, venendo meno il presupposto giuridico della relazione trilaterale – appunto il rapporto di delegazione –, sarebbe solo il lavoratore ad avere diritto di insinuarsi allo stato passivo per richiedere il pagamento dei contributi omessi[59].

I contributi per i quali il lavoratore può intervenire sono, però, soltanto la quota di TFR e il contributo a suo carico, poiché costituiscono un diritto di credito del lavoratore di natura retributiva, la cui causa deve ricondursi al rapporto lavorativo[60]. Il contributo a carico del da-

[58] Secondo la disposizione «il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario».

[59] In questo senso, T. Bari 16 aprile 2018.

[60] La natura retributiva, secondo la sentenza del Tribunale di Perugia del 14 giu-

tore di lavoro, invece, rappresenta un obbligo nei confronti del fondo di previdenza complementare che non ha origine diretta nel rapporto lavorativo e non è connotato dalla corrispettività propria del credito retributivo.

La legittimazione attiva a richiedere in proprio favore le quote di TFR e i contributi trattenuti dalla retribuzione implica, in caso di utile riparto, che il lavoratore possa apprendere in via definitiva al proprio patrimonio la somma corrispondente. Fermo restando, per quanto concerne le quote di TFR, che si tratta di somme esigibili soltanto alla cessazione del rapporto[61].

A fronte della possibilità, per il lavoratore, di ottenere dal fallimento la liquidazione delle quote di TFR, che tornano, quindi, ad assumere natura retributiva, ci si potrebbe chiedere se sia possibile il ricorso

gno 2018, dovrebbe *"rinascere"* per effetto dello scioglimento del rapporto di delegazione. Nel senso della sussistenza di un diritto di credito per le quote di TFR non versate, a prescindere dallo scioglimento della delegazione, cfr. invece T. Milano 13 gennaio 2014, n. 354, secondo cui «i pagamenti che il datore di lavoro esegue in esecuzione della delegazione di pagamento sono a titolo di contributi previdenziali perché attengono all'adempimento dell'obbligazione previdenziale ma, se tale obbligazione non è adempiuta, il creditore del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, sia per la parte relativa al TFR sia per quella inerente la retribuzione, non si estingue e pertanto il lavoratore rimane titolare del suo credito come sorto, a titolo di normale retribuzione o di retribuzione differita, nell'ambito del rapporto di lavoro per effetto dell'esecuzione della prestazione lavorativa». Cfr. anche T. Milano 6 aprile 2020, n. 540, secondo cui «ai sensi dell'art. 1270 1 comma c.c., il delegante può revocare la delegazione sino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione in confronto del delegatario, o non abbia eseguito il pagamento»; pertanto, ove non risulti espressamente assunta un'obbligazione da parte del datore di lavoro rispetto al Fondo, né consti che il pagamento sia avvenuto, la richiesta giudiziale di pagamento del controvalore non versato, da parte del lavoratore, deve essere valutata alla stregua di una implicita revoca della delegazione di pagamento. In tal caso, secondo la sentenza, in assenza di posizioni creditorie dirette del Fondo nei confronti del datore di lavoro, constando la permanenza dell'obbligo dello stesso al pagamento, in favore del lavoratore, delle voci di retribuzione differita non pagate, maturate nell'ambito del rapporto di lavoro per effetto dell'esecuzione della prestazione lavorativa, può accogliersi la domanda di pagamento, proposta anche in proprio vantaggio dal lavoratore.

[61] Nel caso in cui il rapporto di lavoro non sia cessato, ad esempio perché intervenuto un trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., per le quote di TFR sarebbe possibile il solo accertamento dell'ammontare.

alla tutela del Fondo di garanzia INPS *ex* art. 2 della legge n. 297 del 1982. L'esito non è, tuttavia, scontato, sussistendo, come già sottolineato al paragrafo 2, una specifica tutela all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 80 del 1992[62] per le ipotesi di omissioni contributive ai fondi di previdenza complementare, che esclude una diretta corresponsione delle somme al lavoratore. Invero, la disposizione prevede che il Fondo possa soltanto integrare presso la gestione di previdenza complementare i contributi che risultano omessi[63].

Per quanto concerne l'ipotesi in cui il finanziamento della posizione contributiva del lavoratore sia stato previsto per mezzo di una cessione del credito, contratto soggetto al principio consensualistico (art. 1376 c. c.), l'intervento del fallimento non ha effetti sul negozio. Il credito deve, pertanto, ritenersi ceduto al fondo di previdenza complementare e l'ammissione allo stato passivo spetta esclusivamente a quest'ultimo. In caso di inerzia del fondo, il lavoratore potrebbe comunque intervenire in via surrogatoria *ex* art. 2900 c. c., per ottenere da parte della procedura concorsuale il pagamento in favore del Fondo. L'azione in via surrogatoria comporta, però, l'onere di provare «di aver previamente e tempestivamente sollecitato il fondo a presentare domanda di insinuazione, nonché di averlo informato, in caso negativo, dell'insinuazione in via surrogatoria». Sussiste, quindi, a carico del lavoratore un onere probatorio che si aggiunge a quello – finalizzato a dimostrare il negozio costituito tra fondo, datore di lavoro e lavoratore – di allegare alla curatela del fallimento l'atto di adesione al fondo e il regolamento dello stesso[64].

Parte della giurisprudenza ha escluso la compatibilità tra il litisconsorzio – che dovrebbe essere necessario qualora venisse esercitata l'azione surrogatoria per supplire all'inattività del fondo – e la disciplina processuale fallimentare. In questo modo verrebbe di fatto impedi-

[62] In senso contrario: C. A. Roma, sez. lav., 22 luglio 2021; T. Velletri 26 gennaio 2021, n. 125.

[63] Per maggiori approfondimenti in merito si rinvia, inoltre, al successivo paragrafo 7.

[64] Sulla gravosità degli oneri probatori in sede ammissione allo stato passivo per i contributi omessi cfr. E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto, il fondo di previdenza complementare e l'ammissione allo stato passivo fallimentare*, in *https://dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2021, nota a T. Siracusa 20 gennaio 2021.

to al lavoratore di insinuarsi allo stato passivo. Il problema è che a tale esclusione conseguirebbe l'impossibilità di accedere al Fondo di garanzia INPS *ex* art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, poiché la disposizione subordina la tutela al fatto che il credito sia rimasto insoddisfatto nella procedura concorsuale. Non resterebbe, allora, che la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti del datore di lavoro e nei confronti del fondo di previdenza per il mancato esercizio dei diritti di azione allo stesso spettanti[65].

Le problematiche evidenziate sono aggravate dal fatto che la giurisprudenza di merito ha in alcuni casi escluso – in contrasto, peraltro, con le indicazioni della Suprema Corte[66] – che il finanziamento della posizione previdenziale presso il fondo possa attuarsi per mezzo di una delegazione di pagamento[67], ritenendo che l'unico strumento per il "conferimento" delle quote sia la cessione del credito.

L'orientamento citato fonda le proprie conclusioni sull'interpretazione sistematica della disciplina in materia di previdenza complementare, dalla quale dovrebbe desumersi la natura previdenziale delle quote destinate al finanziamento dei fondi e la conseguente inammissibilità di un intervento *iure proprio* del lavoratore che possa consentire l'apprensione delle somme al proprio patrimonio. Viene, altresì, utilizzato a supporto il fatto che l'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, come in precedenza evidenziato, non preveda in favore del lavoratore una diretta monetizzazione dei contributi omessi al fondo di previdenza complementare.

Tuttavia, il modello di tutela predisposto dall'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992 difficilmente può dirsi determinante per la soluzione della problematica. L'interpretazione letterale della disposizione sembrerebbe, piuttosto, supportare la soluzione opposta: ed invero, da un lato, nella definizione dei requisiti per accedere alla tutela si fa riferimento ad un credito, che deve restare insoddisfatto in sede di procedura concorsuale, di cui dovrebbe essere titolare il lavoratore; dall'altro, sebbene sia escluso che il Fondo di garanzia possa direttamente corrispondere l'ammontare dei contributi omessi al lavoratore,

[65] T. Catania 24 maggio 2018.

[66] Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626.

[67] T. Siracusa 20 gennaio 2021.

è contestualmente previsto che l'INPS debba surrogarsi al lavoratore stesso nello stato passivo del fallimento. In dottrina si è affermato che l'articolo 5 del d.lgs. n. 80 del 1992 dovrebbe avere natura neutra sulla soluzione del problema[68].

Inoltre, si consideri che l'orientamento volto a ritenere che le quote di retribuzione e TFR destinate alla previdenza complementare acquisiscano una natura previdenziale che resterebbe tale anche in caso di mancato versamento delle stesse, nonostante trovi riscontro nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 6347 del 2015[69], non può dirsi pacifico.

Ad ogni modo, l'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali rischia di compromettere la tutela del lavoratore. In caso di rigetto della richiesta di ammissione al passivo *iure proprio*, in quanto fondata sul presupposto della sussistenza di una delegazione di pagamento, il lavoratore potrebbe vedersi rigettare anche la successiva richiesta *ex* art. 2900 c.c., formulata in subordine, in sede di opposizione allo stato passivo, in quanto ormai tardiva[70].

Le problematiche analizzate nel presente paragrafo non sembrano destinate a cessare con l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e d'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), il quale, nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, richiede una fase di accertamento del passivo. Con riferimento all'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito una delegazione di pagamento, si consideri, comunque, che l'art. 183 del nuovo codice, con formula assimilabile a quella dell'art. 78, comma 2, della legge fallimentare, dispone che «il contratto di

[68] Cfr. E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto,* cit., 6.

[69] Cass. S.U. 30 marzo 2015, n. 6347, in *Lav. giur.*, 2015, 10, pp. 915 e ss., con nota di G. ZAMPINI, *Versamenti datoriali a fondi di previdenza complementare: natura previdenziale o retributiva?*

Peraltro, in senso diametralmente opposto, Cass. 25 luglio 2018, n. 19708 afferma che le quote accantonate del trattamento di fine rapporto conferite in un fondo di previdenza complementare «sono intrinsecamente dotate di potenzialità satisfattiva futura e corrispondono ad un diritto certo e liquido del lavoratore, di cui la cessazione del rapporto di lavoro determina solo l'esigibilità, con la conseguenza che le stesse sono pignorabili e devono essere incluse nella dichiarazione resa dal terzo ai sensi dell'art. 547 c.p.c.».

[70] In questo senso T. Siracusa 20 gennaio 2021.

mandato si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del mandatario».

6. *Natura delle somme dovute alla previdenza complementare e privilegi patrimoniali*

Questione pregnante, nella tutela delle somme dovute ai Fondi di previdenza complementare, riguarda la possibilità di annoverarle tra quelle assistite da privilegio secondo la disciplina codicistica. A tal fine, è necessario stabilire la natura del credito vantato dal Fondo.

In proposito, se la giurisprudenza è concorde sull'inquadramento previdenziale dei contributi dovuti dal datore di lavoro[71], tuttora si registrano posizioni differenti per quanto concerne il trattamento di fine rapporto. È quindi dirimente stabilire se, a seguito del conferimento, il TFR mantenga la propria originaria natura di retribuzione differita oppure diventi contribuzione previdenziale. Questa indagine postula, pertanto, un'analisi sulla causa del conferimento, sia esso riconducibile a una cessione del credito o a una delegazione di pagamento, individuando l'interesse che l'operazione negoziale è volta a soddisfare e inferendone, così, la qualificazione ontologica del credito vantato dal Fondo.

Per quanto riguarda la cessione del credito (v. *infra*, §5), il dibattito civilistico sul punto è denso e articolato. Cercando di riassumerlo, con i limiti dettati da questa sede, si ritiene che la cessione del credito sia un negozio a causa variabile, identificabile di volta in volta negli interessi perseguiti dall'operazione economica complessiva[72]. Nel caso di specie, la cessione viene disposta a scopo solutorio rispetto all'obbligazione assunta dal lavoratore nei confronti del Fondo. Di conse-

[71] Cass., S.U., 12 marzo 2015, n. 4949; Cass. 16 marzo 2015, n. 5157.

[72] Per un sunto dei molteplici orientamenti, F. BOSETTI, *La cessione dei crediti*, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio,* in *Diritto delle obbligazioni*, (diretto da) U. BRECCIA, Utet, Torino, 2010, pp. 10 ss. Tra i molti, si veda C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffré, Milano, 1993, p. 586; D. PASTORE, *Riflessioni a proposito di struttura e causa della cessione del credito*, in *Riv. dir. comm.,* 1998, 1, pp. 59 ss.; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260-1267)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, pp. 32 ss.

guenza, deve ritenersi che la causa di tale attribuzione patrimoniale partecipi della funzione propria del contratto intercorrente tra lavoratore/creditore cedente e fondo pensione.

Circa, invece, la delegazione di pagamento (v. *infra*, §5), preme osservare come ci si trovi di fronte ad una *delegatio solvendi*, cioè a un ordine di pagare al delegatario, titolata per il rapporto di valuta, cioè il contratto tra lavoratore e fondo. Il rapporto di valuta, pertanto, integra la causa dell'adempimento attuato dal delegato[73].

Dunque, sia in presenza di una cessione del credito, sia a fronte di una delegazione di pagamento, la funzione dell'attribuzione patrimoniale effettuata dal debitore ceduto o dal delegato coincide con quella propria del rapporto intercorrente tra lavoratore e fondo pensione, che plasma l'operazione economica complessiva. Ne discende che il TFR conferito muta la propria connotazione e pertanto non riveste più natura corrispettiva, ma integra un contributo previdenziale dovuto al Fondo.

Acclarata la natura previdenziale degli emolumenti in esame, è palmare l'impossibilità di applicare il regime *ex* art. 2751-*bis*, n. 1, c.c., che concerne «le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma (…) e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro».

Occorre chiedersi, in subordine, se sia possibile ravvisare la sussistenza di altre cause di prelazione, riconducendo la fattispecie in esame all'art. 2753 c.c., inerente ai "Crediti per contributi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti", oppure all'art. 2754 c.c., relativo ai "Crediti per contributi alternativi ad altre forme di assicurazione".

L'opzione è recisamente negata dalla giurisprudenza, che qualifica tutte le somme dovute a enti privati, tra cui i Fondi pensione, come crediti chirografari. Ciò perché «la causa del credito in considerazione della quale la legge accorda il privilegio generale sui mobili del datore di lavoro per i contributi di previdenza sociale di cui agli artt. 2753 e

[73] Cass. 19 maggio 2004, n. 9470; di recente Cass. 13 maggio 2021, n. 12885. Per un'analisi, B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo (artt. 1268-1276)*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile Commentato,* Milano, 2011, pp. 15 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., pp. 637; 650.

2754 c.c., va individuata nell'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale, fine non tutelato, invece, dagli enti privati, pur portatori di interessi collettivi»[74]. Le somme in analisi, quindi, non sono assistite da privilegio in quanto la loro debenza è stabilita da fonti privatistiche, e non dalla legge a condizioni prefissate, come accade invece nel caso del rapporto giuridico di assicurazione sociale[75].

Tuttavia, è proprio la *ratio* dei privilegi, come individuata dalle cennate pronunce, che induce a sollevare alcuni dubbi sulle conclusioni giudiziali.

A più riprese la Consulta ha ribadito, in modo granitico, che esiste un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, poiché entrambe sono volte a garantire ai lavoratori mezzi adeguati alle esigenze di vita, nell'alveo dell'art. 38, comma 2, Cost.[76]: i due sistemi costituiscono, infatti, espressioni della previdenza sociale disciplinata e tutelata dalla Carta.

Aspetto, questo, che il disegno del d. lgs. n. 421 del 1992 pone alla base della previdenza complementare, disponendo che tali forme pensionistiche vengano disciplinate al fine di prevedere «più elevati livelli di copertura previdenziale», e che trova riscontro in una peculiare conformazione della disciplina di dettaglio, affine in molti aspetti al sistema obbligatorio.

Per menzionare solo alcune similitudini, la scelta di aderire alla previdenza complementare è irrevocabile, e comporta una sostanziale indisponibilità della posizione individuale maturata, la cui rigidità è

[74] Cass. 8 febbraio 2019, n. 3878; Cass. 10 agosto 2017, n. 19944; Cass. 5 ottobre 2015, n. 19792; nel merito, T. Catania 3 maggio 2018.

[75] *Ex multis* Cass. 14 dicembre 2015, n. 25173.

[76] C. cost. 3 ottobre 2019, n. 218, ma già 28 luglio 2000, n. 393 e 8 settembre 1995, n. 421. Si vedano anche O. BONARDI, *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) – Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare,* cit., pp. 552 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, pp. 38 ss.; ID., *La previdenza complementare nella giurisprudenza*, cit., pp. 313 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, n. 62/2007 e segnatamente il par. 8.

temperata dai particolari casi delle anticipazioni e dei riscatti. Il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza (art. 11, comma 2, d. lgs. n. 252 del 2005). Le posizioni individuali, in fase di accumulo, sono intangibili da eventuali creditori. In aggiunta, le prestazioni pensionistiche in capitale e rendita e le anticipazioni per spese mediche sono sottoposte agli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità in vigore per le pensioni nella previdenza obbligatoria (art. 11, comma 10, d. lgs. n. 252 del 2005).

Dunque, gli indici in questione appalesano come anche il secondo pilastro rivesta una vocazione servente rispetto alla garanzia previdenziale delineata dalla Costituzione.

D'altro canto, sempre sul piano argomentativo appare formalistica un'esclusione basata sul carattere privatistico delle fonti istitutive. Invero, la contrattazione collettiva trova la propria legittimazione nel rinvio di funzioni contenuto nell'art. 3, comma 1, d. lgs. n. 252 del 2005: di talché, in ultima analisi, la fonte dell'obbligo resta pur sempre la legge, seppur mediato dalla facoltatività circa l'adesione alla previdenza complementare.

Rilevata la natura compiutamente previdenziale dei conferimenti, in quanto volti a finanziare la previdenza sociale tutelata dall'art. 38 comma 2 della Carta, resta da verificare quale tra le due norme sui privilegi per contributi risulti applicabile.

L'operatività dell'art. 2753 c.c. deve essere esclusa. La disposizione si riferisce chiaramente alle «forme di assicurazione obbligatoria», tra le quali non è possibile ricomprendere la previdenza complementare, data la natura libera e volontaria dell'adesione. A parere di chi scrive, invece, dovrebbe trovare applicazione l'art. 2754 c.c., che contempla «i crediti per i contributi dovuti ad istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate dal precedente articolo».

La giurisprudenza, però, è di diverso avviso. Da ultimo, le SS.UU. hanno ribadito come l'espressione di apertura *"Hanno pure privilegio"*, che si legge nell'art. 2754 c.c. attesti, in modo inequivoco, lo stretto legame di continuità tra gli artt. 2753 e 2754 c.c., destinati a garantire in modo completo e coerente le contribuzioni dovute al sistema della

previdenza obbligatoria. «In altri termini, le disposizioni contenute negli artt. 2753 e 2754 c.c. sono diverse solo per l'oggetto del rischio: invalidità, vecchiaia e superstiti indicate nell'art. 2753; forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate dal precedente articolo, indicate nell'art. 2754, ma entrambe giustificano l'attribuzione del privilegio generale di cui all'art. 2751 c.c. solo nell'ambito delle forme di "assicurazione generale obbligatoria"»[77]. Secondo la S.C., «una diversa lettura dell'art. 2754 c.c., volta a ritenere che esso metta insieme sia previsioni legali di contributi di assicurazione obbligatoria per evenienze diverse da invalidità, vecchiaia e superstiti, sia forme di assicurazione volontaria, oltreché contraria al chiaro ed inequivoco dato testuale e sistematico, determinerebbe una protezione così aperta da risultare indiscriminata ed irrazionale, perché gioverebbe anche ad interessi non riconoscibili *ex ante* in una disciplina pubblicistica o, più semplicemente, di predeterminazione normativa, che proprio l'obbligatorietà dell'assicurazione, da cui muove con chiarezza l'art. 2753 c.c. tende, invece, ad attuare».

Le argomentazioni non convincono del tutto. Sul piano strettamente letterale, l'avverbio "pure", non corredato da alcuna espressa menzione dell'assicurazione generale obbligatoria, non consente di ricavare una delimitazione dell'ambito applicativo della norma. Anzi, al contrario, il fatto che le forme di tutela previdenziale siano qualificate come «diverse da quelle indicate nel precedente articolo» indurrebbe a non escludere una portata differente ed ulteriore rispetto all'AGO. Inoltre, l'esatto significato della norma dovrebbe essere tratto dalla connessione con il sistema normativo in cui la stessa è inserita e con i principi fondamentali – anche costituzionali – che presiedono la materia[78]. Posto che «la causa del credito, in considerazione della quale la legge accorda il privilegio, (è) l'interesse pubblico al reperimento e alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale», alla luce delle considerazioni dianzi esposte sulla portata della garanzia *ex* art. 38 Cost., e in un'interpretazione evolutiva della disposizione, devono essere ricompresi anche i crediti vantati dai Fondi di previdenza complementare. Né, d'altro canto, è condivisibile la paventata inde-

[77] Cass., S.U., 9 giugno 2021, n. 16084.

[78] Così Cass. 22 gennaio 1992, n. 699.

terminatezza degli interessi garantiti: le forme previdenziali tutelate resterebbero, comunque, tipiche e disciplinate da una fonte legale, ossia il d. lgs. n. 252 del 2005.

Pertanto, deve concludersi per l'applicabilità dell'art. 2754 c.c. alle somme dovute ai Fondi di previdenza complementare[79]: di conseguenza, tali crediti dovrebbero essere assistiti da privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro, mentre i relativi accessori lo sono limitatamente al cinquanta per cento del loro ammontare.

7. *Omissioni contributive e Fondo di garanzia: problemi e prospettive*

I rimedi contro le omissioni contributive si articolano in rimedi preventivi, offensivi e difensivi. I primi consistono nella predisposizione di una serie di obblighi informativi[80] posti in capo al fondo pensione circa la posizione individuale del lavoratore, mentre i secondi riguardano la responsabilità del datore di lavoro. I rimedi difensivi, invece, volti a tutelare il lavoratore dal «rischio derivante […] dall'omesso o insufficiente versamento di contributi»[81] da parte del dato-

[79] In questo senso, la minoritaria ma condivisibile voce dissenziente di C. A. Roma, sez. I, 4 febbraio 2013, n. 647, per cui «è proprio la definizione di complementarietà di tali forme, conseguentemente dirette a costituire, insieme a quella obbligatoria, un unico strumento previdenziale, idoneo ad attuare il principio costituzionale *ex* art. 38 Cost., che induce a ritenere che la previsione *ex* art. 2754 c.c. sia applicabile anche ad Istituti previdenziali, che traggano le fonti delle proprie erogazioni previdenziali nella pattuizione collettiva». Sulla stessa scia la circolare sugli "Stati Passivi", n. 1/2017 del Tribunale di Vicenza, che predilige l'inquadramento nell'art. 2754 c.c., «cui non pare essere di ostacolo la circostanza che si tratti di previdenza non obbligatoria, atteso che tale limitazione è specificamente contemplata dall'art. 2753 c.c., ma non dal successivo»(http://www.fallimentiesocieta.it/content/circolare-tribunale-di-vicenza-su-stati-passivi-circ-12017-materia-di-fondi-banche-garante). In dottrina, I. CARELLI, *Il privilegio dei crediti di previdenza complementare,* in *Nuovo dir. soc.*, 2013, 6, pp. 72 ss.

[80] Cfr. A. CANDIAN, *Forme pensionistiche complementari individuali e tutela dell'iscritto*, in *Riv. dir. sic. soc.,* 2018, 1, pp. 34 ss.

[81] R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 660.

re di lavoro, comprendono anche l'accesso al Fondo di garanzia istituito presso l'INPS[82] .

Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, infatti, il fondo è istituito «contro il rischio dell'omesso o insufficiente versamento […] dei contributi dovuti per forme di previdenza complementare», testimoniando l'esistenza di un interesse pubblico affinché i contributi vengano regolarmente versati. La disciplina del Fondo di garanzia della previdenza complementare «oltre che dalle scarne disposizioni di cui all'art. 5 d.lgs. n. 80 del 1992»[83], è contenuta nella circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008, che ha integrato la normativa generale con istruzioni operative volte a facilitare la richiesta di intervento del fondo da parte dei lavoratori subordinati per omesso o insufficiente versamento dei contributi previdenziali complementari.

I presupposti per l'accesso al fondo sono differenziati in ragione dell'assoggettamento o meno del datore di lavoro alle procedure concorsuali[84], mentre i requisiti, oltre all'iscrizione ad una forma pensionistica complementare tra quelle previste dal d.lgs. n. 205 del 2005, non differiscono da quelli necessari per la richiesta di intervento al Fondo di garanzia per il TFR.

Rispetto alla configurabilità delle diverse tipologie di danno analizzate nei paragrafi precedenti, la tutela offerta dal Fondo di garanzia si

[82] Cfr. A. SGROI, *Tutela della posizione di previdenza complementare nel caso di omesso versamento della contribuzione da parte del datore di lavoro e intervento del fondo di garanzia*, in *Giur. it.*, 2007, 11, pp. 2493 ss.; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., pp. 676 ss. Quest'ultimo A. opera una classificazione dei rimedi seguendo più direttrici, in base alla categoria di danno ovvero al soggetto responsabile, delineando in tal modo diverse azioni a disposizione del lavoratore. In quest'ottica, l'intervento del Fondo di garanzia dovrebbe rappresentare una misura di tutela rafforzata. Esso nasce infatti come «rimedio *ad hoc*, introdotto in attuazione della Direttiva 80/987/CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 20 dicembre 1980 […] dall'art. 5, d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 e appositamente pensato, sia pure in via teoricamente provvisoria, per le ipotesi di omesso o insufficiente versamento dei contributi dovuti alle forme di previdenza complementare di cui all'art. 9-*bis* del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103 […] per prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti» (*ivi*, p. 659).

[83] G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare,* in *Giur. it.*, 2011, 11, p. 2338.

[84] Vedi *supra*, § 5.

rivela eccessivamente ridotta. Il primo rilievo critico riguarda la considerazione che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 80 del 92, il fondo opera presso il datore di lavoro inadempiente sottoposto a una procedura concorsuale[85]. La selezione operata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 80 del 92, come evidenziato dalla circolare INPS 22 febbraio 2008, n. 23, è integrata dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 80 del 92, nella parte in cui prevede che, laddove il datore di lavoro non sia assoggettabile a procedura concorsuale, il fondo potrà intervenire previo esperimento, da parte del lavoratore, di una procedura esecutiva individuale infruttuosa, rivelatasi nel suo complesso insufficiente a soddisfare i crediti vantati dal lavoratore[86].

La selettività del fondo, però, risulta accentuata sul versante oggettivo: stando alla formulazione letterale dell'art. 5, d.lgs. n. 80 del 1992, il suo intervento è limitato all'ipotesi di omesso o insufficiente versamento dei contributi dovuti per le forme di previdenza complementare di cui all'art. 9 bis del d.l. n. 103 del 1991, che si riferisce a «casse, fondi, gestioni o forme assicurative previsti dai contratti collettivi o da accordi o da regolamenti aziendali» e a «enti, fondi, istituti che gestiscono forme di previdenza o assistenza integrativa». Il rinvio a tale norma crea non pochi problemi, determinati dal «generico riferimento alle contribuzioni ed alle somme versate o accantonate alla previdenza complementare»[87]. Con un'interpretazione letterale, si dovrebbe concludere che tale «riferimento alla fonte […], visto con gli occhiali del legislatore delegato del 1993 e soprattutto del 2005, parrebbe espungere dall'ambito di applicazione della normativa sul Fondo di garanzia tutte le fonti istitutive di nuovo conio […] e dunque, conseguentemente, le forme pensionistiche da esse create»[88]. Senonché «a ben diversa

[85] Cfr. V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., pp. 531 ss.; V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro*, cit., pp. 953 ss.

[86] Cfr. A. SGROI, *Fondo di tesoreria e Fondo di garanzia per gli iscritti ai fondi di previdenza complementare, e procedure esecutive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 2, pp. 473 ss.

[87] Circ. INPS 22 febbraio 2008, n. 23.

[88] R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 662. Sul punto, cfr. M. BESSONE, *I fondi pensione "preesistenti". Le forme organizzative, la gestione finanziaria e le disposizioni di principio dell'art. 18, D.lg. n. 124 del 1993*, in *Giur. mer.*, 2003, 12, p. 2643 ss.

conclusione induce l'analisi della *ratio* dell'art. 5, c. 1, d.lgs. n. 80/1992 (e dal rimando da essa operato), e ciò per un motivo estremamente semplice, […] che il legislatore del 1991, nel menzionare le forme di previdenza complementare utilizzando le ricordate, generiche espressioni "casse, fondi, gestioni o forme assicurative previsti dai contratti collettivi o da accordi o da regolamentazioni aziendali" ed "enti, fondi, istituti che gestiscono forme di previdenza o assistenza integrativa" intendeva riferirsi a tutte le forme pensionistiche complementari all'epoca conosciute»[89].

La vocazione «ecumenica» della formulazione della norma «può essere rispettata oggi solo riconoscendo la tutela offerta dal Fondo di garanzia a tutte le forme pensionistiche complementari, finanziate tramite contributo datoriale»[90].

Ulteriore profilo che lascia emergere la selettività del Fondo di garanzia è la limitazione delle prestazioni esigibili: l'art. 5 riguarda, infatti, esclusivamente le pensioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, con la conseguenza che le altre forme pensionistiche, come quella di anzianità, risulterebbero escluse dal raggio di operatività del Fondo. La ricostruzione è stata confermata in una emblematica sentenza della Corte di Cassazione[91], che ha chiarito come la funzione del fondo consista nella mera «integrazione dei contributi nella misura necessaria per la costituzione della predetta prestazione per l'ipotesi in cui il lavoratore o i superstiti non abbiano recuperato, mediante l'insinuazione nel fallimento, la contribuzione minima richiesta». Partendo dalla distinzione tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare[92], viene chiarito che «la disparità di trattamento non confi-

[89] R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela,* cit., p. 662.

[90] *Ibidem*, p. 663.

[91] Cass. 26 luglio 2010, n. 17526, in *Giur. it.*, 2011, 11, pp. 2336 ss., con nota di DI CORRADO. Cfr. C.G.U.E., 25 gennaio 2007, C-278/2005, che ha confermato la conformità di quest'impostazione alla Dir. 80/987/CE.

[92] Laddove «per la prima categoria i contributi omessi sono considerati come versati, anche se prescritti, ai fini del diritto alle prestazioni dell'assicurazione generale e della loro misura; per la seconda, invece, la giurisprudenza europea chiarisce che in caso d'insolvenza del datore il finanziamento dei diritti alle prestazioni non deve essere per forza integrale da parte degli Stati UE» (G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, cit., p. 2337). Sull'applicabilità, nella previdenza comple-

gura illegittimità costituzionale in quanto, se da un lato la pensione obbligatoria risponde all'esigenza sociale di garantire il minimo vitale, quella complementare serve, invece, a mantenere il tenore di vita raggiunto durante l'occupazione lavorativa»[93]. In realtà, tale orientamento è stato ribaltato da una recente sentenza di merito emessa dal Tribunale di Forlì[94], che invece ha sostenuto la ricostruzione, ritenuta certamente più condivisibile, secondo la quale l'intervento del fondo è volto all'integrazione di tutti i contributi omessi.

Proprio con riguardo a questi ultimi e sempre sul piano delle prestazioni esigibili, il secondo comma dell'art. 5 limita la pretesa del lavoratore pregiudicato dall'inadempimento del datore ai soli contributi omessi. Ciò in quanto la funzione del Fondo di garanzia non è quella di ripristinare la posizione individuale del lavoratore, ma quella di ristorare il lavoratore nella misura in cui è stata pregiudicata la maturazione del suo diritto.

È evidente come, stando alla normativa speciale lavoristica, la tutela alla quale ha accesso il lavoratore non gli consente di ottenere tutte le somme che avrebbe invece conseguito laddove il datore di lavoro avesse adempiuto ai propri obblighi. Risolutiva, sul punto, si rivela una recente nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, secondo la quale «la natura privatistica della previdenza integrativa emerge dal meccanismo di adesione del lavoratore, che è libero e volontario e dalle modalità di alimentazione del fondo, al quale contribuiscono i destinatari della prestazione e il datore di lavoro»[95]. Riprendendo una sentenza emessa dal Tribunale di Roma qualche anno prima[96], la nota inquadra nell'inadempimento contrattuale il comportamento del datore di lavoro che, «dopo aver sottoscritto la domanda del lavoratore di adesione ad un fondo di previdenza complementare ed aver effettuato le relative trattenute sulla retribuzione dovuta al lavoratore stesso, ometta di versare dette somme in favore del fondo». Per quanto, però, la tutela

mentare, del principio di corrispettività delle prestazioni in luogo di quello di automaticità, vedi anche A. TURSI, in *qs* volume.

[93] G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, cit., p. 2338.

[94] T. Forlì 5 febbraio 2020, n. 25.

[95] Nota INL 17 febbraio 2020, n. 1436.

[96] T. Roma 2 dicembre 2016, n. 10489.

del lavoratore contro le omissioni contributive sia rafforzata dagli strumenti civilistici della disciplina dell'inadempimento, vien da chiedersi se la farraginosità delle procedure non disincentivi il lavoratore stesso rispetto all'esperimento delle relative azioni, peraltro avvolte dall'alea del giudizio.

Il quadro così delineato sembra contrastare con i princìpi che hanno ispirato le scelte di politica del diritto degli ultimi trent'anni. Se, da un lato, il rafforzamento del ruolo della previdenza complementare appare in linea con il dettato costituzionale[97] e con l'orientamento eurounitario[98], è indubbio che la valenza pubblicistica del sistema integrato di sicurezza sociale risulta vulnerata da un quadro di tutele insufficienti e, spesso, più formali che sostanziali. Ciò comporta un netto discostamento tra obiettivi e risultati che non può essere relegato a mera "inefficienza del sistema" sul piano pratico: è necessario un intervento normativo, anche recuperando l'inattuata delega[99] di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, l. 23 agosto 2004, n. 243[100], grazie alla

[97] Cfr. F. CARINCI, G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Uno sguardo di sintesi a vent'anni dal d.lgs. 124/1993*, in *Lav. giur.*, 2013, 5, pp. 437 ss.; M. CINELLI, *Pubblico, privato e Costituzione nelle attuali dinamiche della previdenza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 3, pp. 401 ss.; M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 3, pp. 611 ss.

[98] Da ultimo, il Considerando n. 10 della Direttiva 2341/2016/UE "IORP II", in base al quale «gli Stati membri dovrebbero tutelare i lavoratori dalla povertà in età avanzata e promuovere sistemi pensionistici integrativi legati ai contratti di lavoro quale integrazione delle pensioni pubbliche». Cfr. S. GIUBBONI, *Coordinamento europeo della sicurezza sociale*, cit., pp. 193 ss.

[99] Cfr. M. BESSONE, *Previdenza pensionistica privata. La legge di delega dell'agosto 2004 e le grandi linee di una riforma di sistema*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 5, pp. 813 ss.; sul decreto attuativo, O. BONARDI, *La nuova disciplina della previdenza complementare (D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) – Tassonomie, concetti e principi*, cit., pp. 552 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare. Primi appunti sul decreto di attuazione della delega ex l. n. 243/2004*, in *Lav. giur.*, 2006, 3, pp. 249 ss.; M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel D.lg. 252/2005*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 2, pp. 431 ss.

[100] «Il Governo […] si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: […] adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali […] prevedendo a tal fine: […] l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavo-

quale il sistema di sicurezza sociale avrebbe potuto dotarsi di strumenti più efficienti che avrebbero garantito una maggiore stabilità e, soprattutto, una credibilità rafforzata anche nei confronti degli iscritti.

È pacifico, infatti, che fornire al sistema di previdenza complementare strumenti coattivi analoghi a quelli del sistema previdenziale pubblico[101] assumerebbe un ruolo fondamentale nel contrasto alle irregolarità contributive, sia sul piano deterrente sia su quello della tutela effettiva.

ro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti». Ciò avrebbe realizzato la previsione di cui all'art. 8, Dir. 94/2008/CE («Gli Stati membri si accertano che vengano adottate le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere della insolvenza di quest'ultimo, per quanto riguarda i diritti maturati o i diritti in corso di maturazione, in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, previste dai regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, diversi dai regimi legali nazionali di sicurezza sociale»), che ripropone l'identica disposizione di cui all'abrogata Dir. 987/80/CE. La necessità era già stata evidenziata in passato: v., per la peculiarità della posizione, E. LAMANDA, G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, cit., pp. 12 ss. e 31 ss.

[101] Sui rischi insiti nella tendenza a utilizzare il sistema di previdenza privata come panacea delle inefficienze del settore pubblico, v. M. CINELLI, *«Operazione verità» sui fondi pensione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 4, pp. 475 ss.; cfr. P. SANDULLI, *Le nuove problematiche della previdenza italiana: riflessione sulle pensioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2, pp. 439 ss.

La portabilità della posizione contributiva dei fondi di previdenza complementare

ILARIA BRESCIANI, CLAUDIA CARCHIO, MYRIAM DE LUCIA, DANIELA DEL DUCA, ROSSANA DETOMI, CHIARA PAOLINI*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La portabilità della posizione contributiva: funzioni, garanzie, effetti.* – 3. *Gli istituti connessi alla portabilità della posizione previdenziale individuale: il trasferimento e il riscatto.* – 4. *La disciplina prevista dal d.lgs. del 1993 e la questione dei "fondi preesistenti".* – 5. *La definizione di "posizione previdenziale individuale" trasferibile e riscattabile.* – 6. *Osservazioni conclusive nell'ottica della sostenibilità economica e sociale dei sistemi di welfare, anche negoziale.*

1. *Premessa*

La previdenza complementare nel nostro ordinamento è connotata da una libertà riservata all'individuo che potremmo definire oscillante.

Il modello di previdenza complementare delineato dal legislatore del 1993, infatti, garantisce al lavoratore la libertà di aderire o meno al sistema di previdenza complementare, contrapponendo però a detta libertà la negazione di un effettivo potere di scelta rispetto alla possibilità di far cessare o recedere dal rapporto contributivo complementare una volta optato per la sua creazione e impedendo una effettiva libera allocazione del risparmio previdenziale.

Al centro del modello delineato dal Legislatore vi è un potere di autodeterminazione del lavoratore fortemente condizionato nella possibilità di trasferire la propria posizione contributiva complementare, la c.d. portabilità.

La portabilità, di cui si rimanda la definizione tecnica ai successivi paragrafi, è stata definita quale «diritto sociale fondamentale di tipo transizionale»[1], vale a dire un diritto accessorio al diritto pensionistico

* Il presente scritto è l'esito del lavoro di gruppo svolto durante la V Edizione dei *Seminari di studi previdenziali* sul tema *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza* (Macerata, 15-18 settembre 2021). Sebbene il contributo sia frutto di

vero e proprio, volto ad assicurare non solo la compartecipazione alla liberazione dal bisogno, ma anche la libera circolazione dei lavoratori all'interno del mercato del lavoro, nazionale ed europeo.

La peculiare regolamentazione legale dell'istituto, del resto, è indice e conseguenza proprio della natura prettamente previdenziale delle risorse messe a risparmio dal lavoratore.

Sulla base di questi presupposti, pertanto, due paiono essere le direttrici da analizzare: la prima legata all'inquadramento ed alla collocazione sistematica della portabilità quale istituto afferente al sistema previdenziale complementare; la seconda relativa alla necessità della previsione del meccanismo di portabilità anche quale diretta attuazione dell'art. 47 Cost.

La determinazione della collocazione sistematica dell'istituto della portabilità passa, necessariamente, attraverso l'individuazione della collocazione sistematica della previdenza complementare rispetto al più ampio modello di sicurezza sociale, proprio perché inscindibilmente legata alla medesima.

Pare utile, per approfondire detto quesito, fare riferimento all'idea di sistema della sicurezza sociale finalizzato alla tutela della persona attraverso la liberazione dal bisogno, quale espressione del principio del pluralismo previdenziale, in origine teorizzato dal prof. Valente Simi[2].

L'opportunità di interpretare il sistema attraverso detto principio risulta di tutta evidenza anche in ragione della collocazione della previdenza complementare nell'attuale elenco delle materie con potestà legislativa concorrente previste all'art. 117, comma 2 Cost.[3].

una riflessione comune agli autori il § 1 è da attribuire a Daniela Del Duca, il § 2 a Ilaria Bresciani e Chiara Paolini, i §§ 3, 4 e 5 a Myriam De Lucia e Rossana Detomi, il § 6 a Claudia Carchio. Si ringrazia sentitamente il tutor del gruppo, Prof.ssa Laura Foglia.

[1] S.P. EMILIANI, *La portabilità della posizione previdenziale al tempo del Jobs Act*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 4, p. 777.

[2] V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1986.

[3] Vi è chi osserva come la scelta di attribuire la previdenza complementare alla competenza legislativa concorrente delle Regioni debba essere considerata incoerente rispetto alla volontà dell'ordinamento di collocare questa materia nell'area dell'art. 38,

Come è noto, secondo tale principio, il sistema di sicurezza sociale e quello previdenziale in particolare, sarebbe costruito sul pluralismo di rapporti tra singoli, formazioni sociali e Stato e sul loro operare secondo il principio di sussidiarietà sociale, nell'ottica del conseguimento di un unico fine che accomuna previdenza obbligatoria e previdenza complementare, in cui la seconda è funzionalizzata al raggiungimento dell'interesse pubblico, nel percorso tracciato dalla sentenza della C. Cost. n. 393 del 2000[4].

Il modello trova quali referenti costituzionali l'art. 2 e 3 della Costituzione: il primo rilevante allorquando riconosce le formazioni sociali quali sedi dello sviluppo della persona umana e impone il dovere di solidarietà economica e sociale in capo a tutti i lavoratori; il secondo quando attribuisce allo Stato – inteso quale collettività – di farsi carico, anche qui secondo il valore della solidarietà, del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Pertanto, secondo Simi, «La sicurezza sociale diviene un sistema organico che richiede una varietà di voci e pone delicati problemi di integrazione e coordinamento... L'indirizzo costituzionale non è per l'assorbimento delle componenti di una rigida unità statalistica, ma per il coordinato sforzo di tutte le forze del corpo sociale»[5].

Il presupposto di tale visione è l'idea che l'individuo possa autoproteggersi dal bisogno e partecipare attivamente e inclusivamente alla vita sociale, attraverso lo svolgimento di un'attività lavorativa.

Solo qualora, ciò non sia possibile vi è l'entrata in gioco dei diritti sociali previdenziali, garantiti costituzionalmente dall'art. 38 Cost., che operano quindi in modo supplettivo e residuale nel garantire il sollievo dal bisogno, attraverso la solidarietà sociale ed economica della collettività.

L'art. 38 Cost., pertanto, sembrerebbe pensato sulla base di una rete di solidarietà "a cerchi concentrici", in cui si fa appello alla solida-

comma 2 Cost., sul punto M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 660.

[4] R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pp. 965 ss.

[5] V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale*, cit., pp. 56 ss.

rietà sociale generale sulla base di una logica sussidiaria, a seconda della capacità del singolo di farsi carico del dovere di solidarietà sociale ed economica.

In questo senso, viene proposta una rilettura dell'art. 38 della Costituzione in cui il comma 5 farebbe riferimento ad una solidarietà volontaria, spontanea e "assicurativa"; ad essa si affiancherebbe una solidarietà obbligatoria, infracategoriale, di gruppo.

Questa sarebbe basata sul concorso finanziario di ciascun lavoratore e datore di lavoro imposto dallo Stato – stante la loro capacità economica-contributiva – per il raggiungimento delle finalità proprie della sicurezza sociale, quale diretta espressione di quanto sancito all'ultimo comma dell'art. 2 Cost., individuabile nel comma 2 dell'art. 38 Cost.

Infine, esisterebbe una solidarietà generale, direttamente richiamata all'art. 38, primo comma, Cost., che fungerebbe da chiusura del sistema previdenziale pluralistico e che comporterebbe, da parte dello Stato, l'assunzione dell'obbligo di attuare una protezione sociale a favore di tutti i consociati che, per motivi indipendenti dalla propria volontà, versano in condizioni economiche e sociali tali da non poter sopportare gli obblighi previdenziali imposti dal secondo comma dello stesso art. 38.

Il principio della pluralità delle tutele previdenziali e pensionistiche ricerca, quindi, l'armonizzazione del sistema attraverso la differenziazione delle singole discipline, nell'ottica di una finalità comune al primo e al secondo pilastro e alla ricerca di quello che è stato definito "universalismo proporzionale", vale a dire l'introduzione di politiche sociali (in particolare previdenziali e pensionistiche) che, a fronte di rischi differenti devono tener conto e parametrarsi il più possibile all'entità del rischio per assicurare tutele estese a tutti e più vantaggiose per coloro che sono esposti a rischi maggiori.

A latere di ciò, la teoria ricostruttiva del sistema teorizzata da Simi prevede che perché il meccanismo di pluralità previdenziale operi correttamente, vi sia la necessità di uniformare, almeno nella finalità ultima, tutti quegli istituti previdenziali comuni ai diversi sistemi che non hanno ragioni oggettivamente sufficienti per essere regolati in modo diverso da regime a regime, così da garantire i medesimi livelli di protezione.

In questo senso, la portabilità avrebbe il compito di assicurare la

continuità previdenziale a cui è direttamente riconnessa l'adeguatezza della prestazione, oltre che la liberazione dal bisogno.

Finalità che senza ombra di dubbio attiene ed è inquadrabile nel secondo comma dell'art. 38 Cost.

Passiamo ora ad analizzare brevemente la seconda direttrice, vale a dire la necessità, per l'ordinamento, della previsione del meccanismo di portabilità anche al fine di dare diretta attuazione dell'art. 47 Cost.

L'art. 47. Cost. stabilisce che "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito".

L'art. 47 Cost. viene generalmente indicato quale norma di carattere programmatico, volta a dare riconoscimento al risparmio accumulato o investito quale interesse di natura pubblicistica, oltre che privatistica.

La previdenza privata, come messo in luce da parte della dottrina, si presta ad accumulare risparmio: si tratta di uno strumento che, attraverso idonei criteri di investimento e gestione delle risorse finanziarie raccolte, è suscettibile (almeno in astratto) di concorrere al rilancio dell'attività produttiva e, dunque, indirettamente anche dell'occupazione[6].

La previdenza complementare, in particolare, ha altresì «l'attitudine a soddisfare esigenze di riappropriazione, da parte dei singoli, del potere di "scegliere" i bisogni da includere tra quelli meritevoli di protezione, ma anche stabilire la misura del livello di protezione»[7].

In tale ottica, il risparmio, anche quello previdenziale derivante dalla posizione contributiva del lavoratore, va non solo incentivato, ma soprattutto salvaguardato e tutelato dallo Stato.

In questo senso, pare condivisibile l'idea che oggetto della tutela dell'art. 47 Cost. è il risparmio, quale parte di reddito netto che non viene consumata e non la protezione del risparmiatore[8]: solo il primo, infatti,

[6] M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 660.

[7] *Ibidem*

[8] F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?,* in AA. VV*., Studi in onore di Vincenzo Atripaldi,* Jovene, Napoli, 2010, pp. 1469-94, a cui si rinvia più ampiamente su questo aspetto.

garantisce la tenuta stessa dell'ordinamento e delle istituzioni nonché, attraverso di essi, in un sistema democratico e pluralista, il realizzarsi di quei diritti economici e sociali attraverso i quali è assicurata la dignità della persona.

Dal dibattito interno all'Assemblea Costituente emerge una concezione giuridica del risparmio legata non tanto alla sua concezione economica, ma a quella "ideologica" che vede, da un lato, il risparmio collegato al "lavoro", e, dall'altro, invece, alla "proprietà" ed al "controllo sociale" dell'attività economica. In questo senso, alcune voci arrivano a sostenere e considerare il risparmio come "cosa integrante del lavoro" e collocare la "difesa del risparmio" tra le norme poste a protezione del lavoratore.

In questo senso, perché ci sia l'attitudine al risparmio previdenziale, occorre che gli strumenti approntati dalla legislazione per la sua difesa siano stabiliti, noti e non modificabili, se non in meglio.

Occorre, come si dirà meglio in seguito, che il diritto alla portabilità, anche quale strumento di tutela del diritto al risparmio, sia un diritto imprescindibile ed incomprimibile.

Per concludere, quindi, istituto quale quello della portabilità della posizione contributiva complementare, nel garantire la libertà di circolazione all'interno del mercato assicurativo, concorre altresì a dare diretta attuazione al dettato e ai principi dell'art. 47 Cost. e al valore della dignità del cittadino, previsto e protetto dall'art. 3 comma 1 Cost.

Nel prosieguo del presente lavoro, dopo aver individuato la funzione che la portabilità della posizione contributiva ha assunto nel nostro ordinamento, ci si concentrerà sugli istituti più rilevanti connessi alla portabilità della posizione previdenziale individuale, vale a dire il trasferimento e il riscatto della posizione individuale e sulla questione dei c.d. "fondi preesistenti", oggetto di rilevanti interventi giurisprudenziali, così da arrivare a valutare se e come questo istituto possa effettivamente incidere sulla sostenibilità economica e sociale del sistema di Welfare State.

2. *La portabilità della posizione contributiva: funzioni, garanzie, effetti*

L'istituto della portabilità attiene alla posizione contributiva del lavoratore ed è espressione del diritto alla libertà di scelta del lavoro, sancito dall'art. 4, comma 2, Cost., e del diritto alla libertà di ricercare

una tutela di carattere previdenziale aggiuntiva (rispetto alle prestazioni obbligatorie) nell'ambito della previdenza volontaria, nel segno dell'art. 38, comma 5, Cost.[9].

Lo strumento rientra tra quelli predisposti dal nostro ordinamento affinché i principi della libertà di scelta del lavoro e della libertà, oltre che della volontarietà, della previdenza complementare, trovino un'effettiva realizzazione, attraverso il riconoscimento, in capo al lavoratore, della facoltà di poter spostare la propria posizione contributiva da un fondo pensionistico ad un altro.

Le ragioni che possono determinare il ricorso a tale istituto sono varie, ma, nonostante si tratti di una manifestazione della libertà di scelta del lavoratore, nell'attuale contesto socio-economico, accade più di frequente che tale strumento sia utilizzato per la necessità di usufruire delle vicende modificative della posizione contributiva[10]; e, a seconda dei casi, il lavoratore potrà avvalersi dello strumento del trasferimento o del riscatto[11].

Con riguardo alle funzioni e alle garanzie che hanno portato all'introduzione dell'istituto, nonché agli effetti prodotti, sussistono

[9] P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1988.

[10] Cass., S. U., 14 gennaio 2015, n. 477, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, 447 ss., secondo cui «una riforma organica del sistema della previdenza complementare fu realizzata con il d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, che all'art. 14 disciplinò la materia della portabilità e riscattabilità dettando regole specifiche per la portabilità occasionata e per la portabilità volontaria. La scelta si spiega probabilmente con il fatto che il legislatore considera la portabilità come uno degli strumenti fondamentali per garantire il perseguimento di "più elevati livelli di copertura previdenziale", che costituisce il principio guida della legge delega in materia di previdenza complementare (l. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 3, lett. v)), ribadito nel decreto legislativo di attuazione (d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124)….Si spiega, inoltre, con la consapevolezza, maturata negli anni novanta, della crescente mobilità occupazionale che caratterizza il mercato del lavoro e di conseguenza con la necessità di predisporre strumenti per consentire ai lavoratori, esposti al frammentarsi della vita lavorativa, di non subire, o quanto meno attenuare i contraccolpi sul versante previdenziale». Per un commento alla sentenza v., R. PESSI, V. FERRANTE, S.P. EMILIANI, P. SANDULLI, *Le Sezioni unite e la «portabilità» delle posizioni individuali di previdenza complementare nei «fondi preesistenti», Opinioni a confronto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, pp. 353 ss. Vedi anche, Cass. 13 settembre 2016, n. 17960, in *Dejure*.

[11] Vedi *infra*, § 3.

due dimensioni della portabilità, una di carattere economico-sociale e una individuale; tuttavia, anche quest'ultima con ripercussioni che trascendono la sfera eminentemente privata del soggetto titolare della posizione contributiva, e che consentono di inquadrare la previdenza complementare anche nell'ambito dell'art. 38, comma 2, Cost.[12].

Di fatti, secondo la c.d. «nuova concezione del sistema di sicurezza sociale, avente una struttura a cerchi concentrici in cui il pubblico e il privato non sono completamente separati ma si intersecano», la previdenza volontaria concorre, assieme a quella obbligatoria, alla liberazione dal bisogno. «Così che la previdenza pubblica e quella privata risultano essere legate da un nesso funzionale di carattere solidaristico»[13]. Se da un lato è stata ben delineata la distinzione nominalistica tra previdenza sociale e previdenza complementare o integrativa nelle previsioni di cui all'art. 117 Cost., altrettanto non può dirsi con riferimento alle loro funzioni[14].

Pertanto, la previdenza complementare non risponde solo a un interesse privato, individuale o collettivo, ma anche a un interesse pubblico e, quindi, generale[15].

[12] L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico. Contributo ad un dibattito*, in *Dir. merc. lav*., 2017, 3, pp. 557 ss.

[13] V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale*, cit. Più di recente, M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.,* 2021, 4, pp. 791 ss., parla di "complementarietà di funzioni".

[14] *Ibidem.*

[15] Cass. n. 477 del 2015, cit., in cui si legge che «Il sistema pensionistico, come è noto, si divide in due grandi settori: la previdenza obbligatoria e quella complementare. La previdenza integrativa o complementare si è progressivamente affiancata a quella obbligatoria. Un passaggio fondamentale è costituito dalla riforma pensionistica del 1992-1993, articolata in una legge delega e una pluralità di decreti legislativi. La legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, con riferimento alla previdenza complementare, all'art. 3, comma 1, lett. v, delegò il governo alla previsione di "più elevati livelli di copertura previdenziale", disciplinando costituzione, la gestione e la vigilanza di forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico. Il d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, si occupò della previdenza complementare. Ribadita la finalità di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale, ricostruire i lineamenti del sistema previdenziale complementare e precisare alcune nozioni… L'art. 10, del decreto legislativo del '92 introdusse tale diritto (solo) per i lavoratori che a causa del venir meno del rapporto di lavoro avessero perso la possibilità di essere iscritti al fondo, senza aver ancora maturato il diritto alla pensione (c.d. portabi-

Per quanto attiene, invece, la funzione di carattere economico-sociale essa è stata realizzata in via indiretta e risulta essere inscindibilmente legata all'indicata dimensione individualistica.

L'introduzione nel nostro ordinamento di uno strumento che consente al lavoratore di portare sempre con sé la sua posizione contributiva ha favorito il ricorso alla previdenza complementare, la quale, a sua volta, ha avuto la funzione (o, più correttamente, ha prodotto l'effetto) di contribuire al benessere del mercato. In questo senso, l'aver favorito lo sviluppo della previdenza complementare, anche attraverso la portabilità, ha portato alla realizzazione della finalità economica[16].

lità occasionata). Interventi normativi successivi (l. n. 335 del 1995, d.lgs. n. 47 del 2000) ampliarono tale possibilità riconoscendo la "facoltà" del lavoratore di chiedere il riscatto o il trasferimento da un fondo ad un altro a prescindere dal verificarsi di quella specifica occasione, ma semplicemente in presenza di un numero minimo di anni di adesione al fondo di provenienza, progressivamente ridotto dalle varie norme susseguitesi nel tempo (portabilità volontaria)».

[16] S.P. EMILIANI, *La portabilità della posizione previdenziale*, cit., pp. 773 ss., secondo cui, «quanto più cresce la mobilità professionale, tanto più la portabilità della posizione previdenziale complementare diviene strumento indispensabile per garantire ai lavoratori la possibilità "di acquisire sufficienti diritti a pensione a fine carriera". Pertanto, in tale prospettiva, sono due le ragioni che impongono di rimuovere gli ostacoli, anche di natura tecnica o strutturale, alla portabilità della posizione previdenziale complementare. La prima ragione ha a che fare con la già ricordata esigenza di evitare che per effetto di quegli ostacoli il livello di protezione garantito dalla previdenza complementare finisca per essere ridotto per i lavoratori le cui carriere professionali sono destinate a caratterizzarsi per un'accentuata mobilità. Esigenza che, come già posto in luce dalle istituzioni europee, diviene più pressante nel momento in cui per effetto della crisi dei sistemi di previdenza obbligatoria la tutela previdenziale deve essere affidata in misura crescente al c.d. "secondo pilastro". La seconda ragione consiste in ciò che, come pure è stato più volte segnalato dalle istituzioni europee, gli ostacoli alla portabilità della posizione previdenziale complementare possono influire anche sulla "scelta di una persona di cambiare occupazione" (perché quella scelta può essere influenzata negativamente e, quindi, scoraggiata, anche dalla preoccupazione del lavoratore per gli effetti negativi che ne possono derivare sulla posizione previdenziale complementare già maturata (ovvero dal "timore di perdere diritti previdenziali"). In tal senso, ogni ostacolo alla portabilità della posizione previdenziale complementare deve essere anche considerato come un possibile concreto ostacolo alle dinamiche spontanee del mercato del lavoro. Pertanto, se è vero che nella prospettiva della flexicurity "uno dei principali antidoti alla flessibilità consiste nella progettazione di siste-

Di fatti, il sistema di capitalizzazione attraverso cui si finanziano i fondi pensione va a beneficio del mercato, ove si pensi al fatto che le ingenti risorse che sono in grado di inglobare e mobilitare rappresentano una risorsa per il sistema produttivo, sia per gli investimenti che tali fondi possono fare direttamente nei vari settori del mercato, sia se visti nell'ottica dello strumento di risparmio individuale, e dunque alle risorse che saranno reimmesse nel mercato grazie ai consumi privati, che, per questa via, andranno a beneficio del tessuto economico-produttivo.

Tuttavia, l'influenza positiva del ricorso alla previdenza complementare sull'economia, favorito anche dalla disciplina della portabilità, sembra essere un effetto (positivo) della riforma, piuttosto che una sua funzione, in quanto non è chiaro se tale finalità costituisse una delle ratio ispiratrici dell'intervento legislativo.

Il significato della precisazione si coglie guardando alla primaria funzione della portabilità, ovvero quella che attiene alla sfera individuale del lavoratore; in tale ambito, è più immediato ricondurla a un obiettivo del legislatore, in quanto la *ratio* della disciplina della portabilità era di apprestare uno strumento specifico che potesse contribuire allo sviluppo e alla diffusione della previdenza complementare, nell'ottica di poter garantire un più alto livello di soddisfazione dei bisogni, e quindi il diritto ai mezzi "adeguati" di cui all'art. 38, comma 2, Cost.

A ben vedere, anche in relazione a questa funzione, la portabilità non ha solo una dimensione individuale, tesa a soddisfare l'esigenza di ciascun lavoratore, ma ha anche una dimensione sociale, in quanto, nella misura in cui intende garantire la libertà dal bisogno, consente di supportare il sistema previdenziale pubblico, in perenne difficoltà nel garantire il livello di prestazione adeguata richiesto dalla Costituzione.

Tuttavia, non può sottacersi che la concreta delineazione della funzione sociale della previdenza complementare, e con essa della por-

mi di sicurezza sociale professionale capaci di apprestare e garantire, mediante una serie di nuovi strumenti procedurali e sostanziali, alcuni diritti transizionali in capo ai lavoratori flessibili", così da dotare questi ultimi "di uno statuto protettivo transizionale», sembra possibile affermare che anche la portabilità della posizione previdenziale complementare debba far parte di tale «statuto protettivo transizionale"».

tabilità, dipenda strettamente dal valore che si vuol attribuire all'astrazione concettuale mezzi adeguati e al suo referente esigenze di vita di cui al comma secondo dell'art. 38 Cost.

La disgregazione dei trattamenti previdenziali, ma ancor di più pensionistici, unita alla riduzione e frammentazione dei trattamenti retributivi ha consentito di intendere quei mezzi adeguati alla stregua dell'effettività della tutela previdenziale[17]. Effettività che, però, mal si concilia con la natura meramente eventuale della contribuzione complementare o integrativa, peraltro condizionata dalla capacità reddituale e conseguentemente contributiva del singolo. Dunque, se di effettività si parla, probabilmente l'integrazione contributiva torna ad assumere una funzione eminentemente individualistica di "rinforzo" della tutela previdenziale da ricondurre nel comma quinto dell'art. 38 Cost., a meno che non si intenda distinguere l'adeguatezza nella componente essenziale e non essenziale[18]. In quest'ottica la previdenza complementare si collocherebbe nella componente non essenziale dell'adeguatezza di cui al secondo comma.

In ogni caso, il ricorso alla previdenza complementare, ove i lavoratori hanno libertà di scelta in ordine alle forme in cui incanalare le proprie risorse, ha dimostrato che la competizione che si ingenera tra queste ultime garantisce la loro efficienza e, di conseguenza, un adeguato livello di protezione sociale[19].

In questo senso, l'istituto della portabilità svolge un ruolo centrale, in quanto la garanzia della mancata perdita della propria posizione contributiva determina il venire meno del timore di investire le proprie risorse in fondi pensionistici e rende il lavoratore più propenso a rivolgersi a forme di previdenza privata.

A ben vedere, senza le garanzie offerte dalla portabilità, la previdenza complementare sarebbe rimasta solo volontaria, ma non anche (veramente) libera.

[17] Cfr. M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali, tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. soc. soc.*, 2016, pp. 21 ss.; G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.,* 2021, 4, pp. 765 ss.

[18] M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita*, cit., pp. 791 ss.

[19] S.P. EMILIANI, *Lavoro «frammentato» e portabilità della posizione individuale di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, pp. 371 ss., spec. 375.

Su questo punto, occorre ricordare che i "pilastri" su cui si fonda la portabilità sono la libertà di scelta e la libertà di circolazione[20]; e non è un caso che l'istituto rinvenga la propria origine nell'ordinamento europeo, con riferimento alla realizzazione del libero mercato[21].

Tuttavia, inizialmente, nella sua trasposizione nel diritto interno, l'istituto aveva assunto una funzione diversa, in quanto l'art. 10 del d.l.gs. n. 124 del 1993 tutelava il lavoratore che avesse perso i requisiti per la partecipazione al fondo ma senza aver maturato il diritto alla prestazione. Solo con l'introduzione dell'art. 14 del d.lgs. n. 252 del 2005 il legislatore ha fatto propria l'impostazione comunitaria, introducendo la portabilità volontaria quale espressione della libertà di scelta e della libertà di circolazione del lavoratore.

Anche se, la crisi economica, aggravata dalla vicenda pandemica, ha dimostrato come la "frammentarietà" lavorativa abbia poco a che vedere con la libertà di scelta del lavoratore, essendo piuttosto una conseguenza dell'aumento della disoccupazione.

In un mercato caratterizzato dalla precarietà, in cui i lavoratori faticano a conservare lo stesso posto di lavoro per l'intera durata della vita lavorativa, o comunque per lungo tempo, la portabilità della posizione contributiva diviene un principio fondamentale del sistema previdenziale; tanto che la giurisprudenza, quando ha dovuto interpretare le norme che regolano l'istituto, lo ha fatto in maniera estensiva, sia includendo la portabilità anche della porzione di contributo a carico del datore di lavoro, sia consentendo la portabilità anche delle posizioni previdenziali costituite in fondi pensionistici preesistenti rispetto all'entrata in vigore la riforma del 2005.

3. *Gli istituti connessi alla portabilità della posizione previdenziale individuale: il trasferimento e il riscatto*

Gli istituti che risultano connessi alla portabilità della posizione previdenziale individuale sono il trasferimento e il riscatto, dove per

[20] G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.

[21] S.P. EMILIANI, *La portabilità dei fondi di previdenza complementare come «vantaggio sociale»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, pp. 633 ss.

trasferimento si intende la facoltà di trasferire l'intera posizione individuale da e verso i fondi negoziali o aperti (c.d. trasferimento verticale) o tra forme previdenziali dello stesso genere (c.d. trasferimento orizzontale); mentre, per riscatto si intende il recupero dell'intera contribuzione, compresa quella a carico del datore, incrementata secondo il tasso tecnico di rendimento del fondo stesso.

Tali istituti erano originariamente disciplinati dall'art. 10 del d.lgs. n. 124 del 1993, il quale, al comma 1, consentiva il riscatto e il trasferimento occasionato della posizione previdenziale solo ove fossero venuti meno i requisiti di partecipazione alla specifica forma pensionistica previsti dallo statuto della stessa. La *ratio* era quella di assicurare la continuità nella fase di accumulo delle risorse in caso di uscita dal fondo per perdita dei requisiti di partecipazione.

Successivamente, la disciplina prevista all'art. 10, d.lgs. n. 124 del 1993 è stata abrogata dal d.lgs. n. 252 del 2005, che ha ampliato la normativa, segnando la progressiva affermazione del principio di libera trasferibilità della posizione previdenziale[22], tramite l'introduzione dell'istituto del riscatto in forma parziale e totale, fissandone le condizioni di utilizzo, e il c.d. trasferimento volontario.

Oggi, dunque, secondo quanto previsto all'art. 14 del d.lgs. n. 252 del 2005, l'aderente ad una forma pensionistica, ove perda i requisiti di partecipazione alla stessa, ha la possibilità di esercitare il riscatto in forma parziale ossia 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; oppure il riscatto in forma 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. Infine, in aggiunta alla possibilità di trasferimento della posizione individuale ad altra forma pensionistica complementare alla quale il lavoratore acceda

[22] T. ERBOLI, *Portabilità della posizione contributiva individuale nei fondi preesistenti a ripartizione: lex dixit minus quam voluit*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 4, pp. 940 ss.

in relazione alla nuova attività (trasferimento c.d. occasionato) il d.lgs. n. 252 del 2005 al comma 6 dell'art. 14 prevede la facoltà dell'aderente, una volta decorsi due anni dalla data di partecipazione ad una forma pensionistica complementare, di trasferire l'intera posizione individuale maturata ad altra forma pensionistica (c.d. trasferimento volontario), specificando che gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche devono prevedere esplicitamente la predetta facoltà e non possono contenere clausole che risultino, anche di fatto, limitative del suddetto diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale.

4. *La disciplina prevista dal d.lgs. del 1993 e la questione dei "fondi preesistenti"*

La disciplina della previdenza complementare dettata dal d.lgs. n. 124 del 1993 imponeva per la costituzione delle nuove forme pensionistiche complementari l'adozione di un sistema a contribuzione definita e di gestione a capitalizzazione, consentendo, in via eccezionale, il mantenimento di un sistema a prestazione definita e di gestione a ripartizione a quei fondi che sin dalla loro istituzione avessero realizzato una vera e propria solidarietà mutualistica tra gli iscritti[23].

L'intento del legislatore della riforma appariva chiaro: assicurare ai nascenti fondi di previdenza complementare la stabilità economica, connessa all'utilizzo di una gestione a capitalizzazione, necessaria ad assicurare agli iscritti "più alti livelli di copertura previdenziale" e, allo stesso tempo, tutelare la complessa e multiforme congerie di fondi preesistenti di natura contrattuale collettiva ispirarti alla mutualità ed alla solidarietà categoriale propria dei sistemi a ripartizione [24].

Rispetto però a tale riforma erano sorti due dubbi interpretativi che meritano in questa sede un'attenta disamina, seppur entrambi risultano ad oggi risolti a seguito dell'intervento della Cassazione a Se-

[23] M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata,* in ID., *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2010, p. 112.

[24] A. PESSI, *La riconosciuta diversità strutturale e funzionale dei fondi "preesistenti" a ripartizione e la "portabilità" della posizione contributiva individuale nella previdenza complementare*, in *Giur. it*., 2010, 8-9, p. 1853.

zioni unite n. 477 del 2015, il cui ragionamento è stato poi ripreso e ribadito dalla stessa Cassazione, anni dopo, nella sentenza n. 19259 del 2019.

Una prima criticità interpretativa emerse con riguardo all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 10 d.lgs. n. 124 del 1993 ai fondi preesistenti, laddove con l'espressione "fondi preesistenti"[25], ormai entrata nel linguaggio corrente, si indicavano le forme pensionistiche complementari che risultavano già istituite dall'autonomia privata e collettiva anteriormente alla data di entrata in vigore della legge delega del 23 ottobre 1992 n. 421, cioè alla data del 15 novembre 1992[26]. Occorre innanzitutto fare una premessa e considerare il contesto in cui intervenne il Legislatore del 1993.

La premessa è che i sistemi pensionistici, tanto obbligatori quanto complementari, si sono da sempre articolati in forme diverse sotto vari profili: innanzitutto, essi si differenziavano in ragione dei meccanismi di gestione delle risorse, distinguendosi in sistemi a ripartizione e sistemi a capitalizzazione; poi, in relazione alla determinazione delle prestazioni pensionistiche, ripartendosi tra sistemi a prestazione definita e sistemi a contribuzione definita. Fino al 1993 si era registrata una massiccia presenza di fondi improntati al sistema della ripartizione e basati sul regime della prestazione definita, mentre con il d.lgs. n. 124 del 1993 venne dettata una disciplina che, invece, era tendenzialmente più orientata al sistema della capitalizzazione e al regime della contribuzione definita.

L'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 477 del 2015[27] si rese necessario a seguito di una serie di pronunce della Corte di Cassazione in contrasto tra di loro. La Suprema Corte, infatti, occupandosi sia di richieste di riscatto e sia di richieste di trasferimento da un fondo ad un altro, in alcune occasioni aveva negato tali facoltà quando il fondo di provenienza era un fondo a ripartizione e a

[25] T. ERBOLI, *Portabilità della posizione contributiva individuale*, cit., pp. 940 ss.; per un quadro sintetico dei fondi preesistenti cfr. A. BRAMBILLA, *Capire i fondi pensione. Nuova previdenza complementare, TFR e pensioni pubbliche degli italiani*, in *Il Sole-24Ore*, Milano, 2007, pp. 6 ss.

[26] R. PESSI, V. FERRANTE, S. P. EMILIANI, P. SANDULLI, *Le Sezioni unite e la «portabilità»*, cit., pp. 353 ss.

[27] Ibidem.

prestazioni definita, ritenendo che l'art. 10, d.lgs. n. 124 del 1993 fosse compatibile soltanto con la strutturazione dei fondi a capitalizzazione individuale, mentre, in altre pronunce[28] aveva mostrato un orientamento del tutto di segno opposto[29]. La sentenza delle Sezioni Unite, dunque, mise fine a tale contrasto giurisprudenziale sulla questione e affermò l'applicabilità della disciplina della portabilità contenuta del d.lgs. n. 124 del 1993 anche ai fondi pensionistici preesistenti ossia ai fondi a ripartizione e a prestazione definita[30].

Tra gli argomenti addotti a sostegno di tale conclusione, occorre menzionare quello che si basa sulla disciplina transitoria prevista dal d.lgs. del 1993, nell'art. 18, commi 8 *bis*, *ter*, quater, con le quali il legislatore si è preoccupato di prevedere specifici correttivi idonei a contenere gli effetti negativi che i nuovi principi avrebbero potuto determinare sull'equilibrio gestionale dei fondi preesistenti a ripartizione. Tale disciplina transitoria, non solo non include l'art. 10, ma non prevede correttivi o una disciplina speciale differenziata sul riscatto e la portabilità dei fondi a ripartizione preesistenti, ciò significa che il legislatore aveva considerato la portabilità come un principio generale al quale avrebbero dovuto adeguarsi tutti i fondi, quali che fossero le loro caratteristiche strutturali e quale che fosse l'epoca della loro costituzione.

A ciò deve aggiungersi anche la mancata previsione nel primo comma dello stesso articolo 18 della disciplina della portabilità prevista all'art. 10, lì dove si esclude l'applicazione di alcune previsioni del decreto alle forme pensionistiche complementari già istituite alla data di entrata in vigore della legge delega. Pertanto, ragionando "a contrario" deve ritenersi che, non essendo stata tale norma specificamente

[28] Cass. 21 marzo 2013, n. 7161.

[29] R. DULIO, *I contributi maturati nel fondo complementare possono essere trasferiti in quello legato alla nuova attività lavorativa,* in *Dir. giust.*, 2017, 196, pp. 15 ss., nota a Cass. 01 dicembre 2017, n. 28874.

[30] Il principio enunciato è stato il seguente: «L'art. 10 del D. Lgs 124/1993 si applica anche ai fondi pensionistici preesistenti all'entrata in vigore della legge delega (15 nov. 1992), quali che siano le caratteristiche strutturali e quindi non solo ai fondi a capitalizzazione individuale ma anche a quelli a ripartizione o a capitalizzazione collettiva».

esclusa dall'applicazione alle forme pensionistiche complementari già istituite, essa si applichi ai fondi preesistenti.

Un altro argomento si basa, invece, sul riconoscimento dell'operatività del diritto di riscatto e di trasferimento della posizione previdenziale anche in assenza di un conto individuale ben definito, come è appunto nei casi di fondi complementari a capitalizzazione, assumendo che la posizione previdenziale del singolo lavoratore è comunque enucleabile e quantificabile adottando le metodologie di calcolo elaborate dalla statistica e dalla matematica attuale[31]. La posizione previdenziale, anche se non determinata, è determinabile.

La *ratio* sottesa a questa conclusione è ravvisabile nella considerazione che l'assenza di limiti alla portabilità è funzionale al principio di libera concorrenza, cui sono connessi sia il riconoscimento della facoltà di adesione a forme di previdenza complementare, sia il riconoscimento della libertà degli interessati di scegliere il fondo cui aderire secondo canoni di convenienza; in più, l'assenza di limiti alla portabilità è funzionale anche alla realizzazione di quel principio di libera circolazione che è tra i fondamenti del diritto europeo[32].

Non sono mancate a riguardo opinioni contrastanti, perlopiù minoritarie, che hanno colto invece profili di incostituzionalità; in particolare si è sostenuto che la disciplina di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 124 del 1993, comma 3 *bis*, ove fosse applicata ai fondi previdenziali a ripartizione, si profilerebbe come incostituzionale per violazione degli artt. 3, 38, 39, e 41 Cost. Con riferimento all'art. 3 Cost. quella disciplina sarebbe in contrasto con il principio di uguaglianza, poiché presupporrebbe l'applicazione della medesima disciplina a due fattispecie radicalmente diverse. Mentre sarebbero violati gli artt. 38 (commi 1 e 5), 39 (comma 1) e 41 Cost. perché, ove fosse imposto il trasferimento dell'intera posizione individuale anche per i fondi previdenziali a ripartizione, risulterebbe illegittimamente violata sia l'autonomia sindacale che li ha istituiti e che li regola, nella misura in cui fosse a questa

[31] R. PESSI, V. FERRANTE, S. P. EMILIANI, P. SANDULLI, *Le Sezioni unite e la «portabilità»*, cit., pp. 353 ss.

[32] Si veda la Dir. 2014/50/EU relativa ai "Requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari."

impedito di realizzare la solidarietà tra gli iscritti, sia l'iniziativa economica privata, nella parte in cui non fosse consentito alle fonti istitutive dei fondi a ripartizione di statuire, nei limiti di legge, i criteri, altrimenti inesistenti, per determinare quale debba intendersi la posizione individuale dei suoi iscritti[33].

5. *La definizione di "posizione previdenziale individuale" trasferibile e riscattabile*

Una seconda criticità, emersa a seguito della successione dei suddetti decreti in materia, concerneva la definizione della "posizione individuale" oggetto di portabilità, e, dunque, oggetto di trasferimento e riscatto. L'interrogativo era se tale posizione fosse definita dallo statuto del fondo *ex* comma 1, art. 10, d.lgs. n. 124 del 1993 (dove si prescriveva che quest'ultimo dovesse stabilire "misure, modalità e termini di esercizio") o se coincidesse con "l'intera posizione individuale" come stabilito al comma 3 *bis* (secondo il quale "le fonti istitutive prevedono per ogni singolo iscritto, anche in mancanza delle condizioni di cui ai commi precedenti, la facoltà di trasferimento dell'intera posizione individuale dell'iscritto stesso presso altro fondo pensione").

La Corte di Cassazione, a tal proposito, con sentenza n. 19259 del 2019 ha chiarito che per "posizione individuale" oggetto di portabilità si intende "l'intera posizione individuale", comprensiva sia dei contributi versati dal lavoratore quanto del contributo datoriale, e che essa rappresenta il valore che, tenuto conto delle caratteristiche e della specifica disciplina di ciascuna forma pensionistica, il singolo iscritto ha maturato nel programma previdenziale, valore che è determinabile in relazione alla durata del periodo di iscrizione dell'interessato e dell'apporto contributivo[34].

La Cassazione, inoltre, nell'ambito della medesima pronuncia, specifica anche che il concetto di posizione individuale previdenziale va tenuto distinto dal concetto di "conto individuale", che è invece atti-

[33] R. MASTROROSA, *Fondi previdenziali a ripartizione - L'applicabilità dell'art. 10 del D. Lgs. n. 124 del 1993 ai fondi a ripartizione*, in *Giur. it*., 2015, 3, p. 690.

[34] R. DULIO, *I contributi maturati nel fondo complementare*, cit., p. 15

nente alla modalità di gestione del patrimonio del fondo ed è una tecnica, tra le varie possibili, per la raccolta, contabilizzazione e gestione delle risorse del fondo.

È interessante ricordare che, da un punto di vista civilistico, la posizione contributiva è definita come fattispecie a formazione progressiva[35]. Tant'è che, come esperienza insegna, numerose sono le variabili (tra le tante, il raggiungimento di una determinata anzianità contributiva, il compimento di una data età anagrafica, l'importo delle ultime retribuzioni) che incidono sulla maturazione del diritto dell'iscritto[36]. Variabili, queste, che non consentono di determinare la posizione pensionistica dell'iscritto finché non sono maturati i presupposti del diritto a pensione[37].

Il diritto alla prestazione previdenziale può dunque ritenersi, in ragione di quanto detto fin ora, come una figura di diritto nella quale solo alcuni componenti sono sussistenti fin dall'inizio mentre la sua perfetta realizzazione si ha solo allorquando si verificano gli altri e ulteriori elementi costitutivi della fattispecie a seguito del suo evolversi strutturale.

6. *Osservazioni conclusive nell'ottica della sostenibilità economica e sociale dei sistemi di welfare, anche negoziale*

Sino a qui è stata evidenziata la rilevanza della mutualità volontaria espressa dai fondi pensione che, pur affiancandosi alle provvidenze necessitate del primo pilastro, concorre con esso al comune obiettivo di cui all'art. 38, comma 2, Cost. della liberazione dei lavoratori dal bi-

[35] V. M. PERSIANI, *Aspettative dei diritti nella previdenza pubblica e privata,* in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 311 ss. (ora anche in ID., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 1027 ss.), secondo cui «tanto nei regimi previdenziali pubblici quanto nelle forme di previdenza privata complementare, il diritto a pensione è effetto esclusivo e necessario del completamento di una fattispecie strutturalmente complessa, perché costituita da numerosi elementi, e a formazione successiva, perché alcuni di essi sono destinati a realizzarsi via via nel tempo»; così anche F. P. ROSSI, *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale*, Giuffrè, Milano, 1968.

[36] M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012, p. 238.

[37] R. MASTROROSA, *Fondi previdenziali a ripartizione*, cit., p. 690.

sogno[38]. La previdenza negoziale risulta, infatti, funzionale a perseguire l'equilibrio del sistema pensionistico nel suo complesso, in quanto contribuisce a bilanciare le opposte esigenze di contenimento della spesa pensionistica, da un lato, e di garanzia dell'adeguatezza delle prestazioni, dall'altro.

In tal senso, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, l'effettivo sviluppo e l'evoluzione della normativa, in uno con quella degli orientamenti interpretativi ad essi correlati, hanno contribuito a delineare una ricostruzione integrata e unitaria delle funzioni della previdenza pubblica e della previdenza complementare, arrivando a riconoscere anche a quest'ultima, pur nella sua autonomia strutturale, una rilevanza pubblica, in quanto destinata a perseguire non solo interessi esclusivamente privati, ma a realizzare pure – assieme alla previdenza di base – la garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita[39].

Grazie ad una lettura congiunta dei principi espressi dai commi secondo, quarto e quinto dell'art. 38 Cost., la previdenza complementare assume quindi una dimensione sociale, assicurando livelli aggiuntivi di copertura previdenziale e con essi la realizzazione di un sistema che, considerato nel suo insieme, è in grado di offrire prestazioni pensionistiche adeguate, sicure e sostenibili[40].

Il *welfare* negoziale, in tal modo, amplia il perimetro della copertura previdenziale, non solo compensando l'arretramento di effettività

[38] Cfr. C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, pp. 965 ss., con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*; C. cost. 3 ottobre 2019, n. 218, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, 1, pp. 253 ss., con nota di M. SQUEGLIA, *Il trattamento tributario della previdenza complementare dei dipendenti pubblici di fronte alla corte costituzionale: primi (timidi) segnali verso l'uniformità di disciplina?*

[39] M. PERSIANI, *La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, in *INPDAP*, 1994, pp. 983 ss.; ID., *Aspettative e diritti*, cit., spec. p. 318; R. PESSI, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 1999, spec. pp. 9 ss.; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto, disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 253; P. OLIVELLI, *La Costituzione*, cit., pp. 161 ss.

[40] Tale espressione è rinvenibile in numerosi testi di livello europeo, tra cui Dir. 2014/50/UE, Dir. 2003/41/CE, Dir. 1998/49/CE, Libro bianco della Commissione europea, un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili del 16 febbraio 2012, Risoluzione del Parlamento europeo su un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili del 21 maggio 2013.

della tutela pensionistica pubblica, ma potendo altresì soddisfare nuovi bisogni di tutela.

Questa stessa funzione viene assolta anche dall'istituto della portabilità della posizione contributiva individuale che, nell'ambito della previdenza complementare, mira proprio a fornire standard più elevati di protezione, intervenendo in funzione integrativa delle prestazioni pubblicistiche, sottoposte da tempo ad un processo di "erosione", tale da incidere sulla stessa effettività dei diritti sociali.

Fenomeni quali il rallentamento della crescita economica, la presenza di dinamiche demografiche che vedono un crescente invecchiamento della popolazione unito al decremento della natalità[41], nonché l'aumento della disoccupazione, soprattutto giovanile[42], sottopongo a stress la sostenibilità finanziaria del sistema di sicurezza sociale e, con essa, la garanzia della copertura previdenziale e quella dell'effettività delle prestazioni[43].

Altrettanta rilevanza rivestono, poi, l'elevata diffusione di contratti di lavoro atipici e la conseguente frammentarietà delle carriere lavora-

[41] Cfr. ISTAT, *Rapporto annuale 2021 – La situazione del Paese*, 2021, *Previsioni della popolazione residente e delle famiglie* e *Statistica Report, natalità e fecondità della popolazione residente*, 2021, tutti in *www.istat.it*; EUROSTAT, *Ageing Europe – Looking at the lives of older people in the EU*, European Union, 2019, *https://ec.europa.eu/eurostat*; in dottrina, tra i molti, A. ROSINA, *Il destino demografico dell'Occidente tra qualità e quantità*, 2021, *https://www.neodemos.info/2021/10/08/il-destino-demografico-delloccidente-tra-quantita-e-qualita*; M. LIVI BACCI, *Il pianeta stretto*, Il Mulino, Bologna, 2015, spec. pp. 123 ss.; ID., *Dove va la demografia?*, in M. MADIA (a cura di), *Un Welfare anziano. Invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società?*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 19 ss.; F. PEARCE, *Il pianeta del futuro. Dal baby boom al crollo demografico*, Feltrinelli, Milano, 2010.

[42] Cfr. CIDA –ADAPT, *Lavoro giovanile, Non possiamo perdere altro tempo*, Labour Issue, 2022, n. 5; ISTAT, *Rilevazione sulle forze di lavoro*, 11 maggio 2022, in *www.istat.it*; EUROSTAT, *Occupazione - statistiche annuali,* aggiornamento del 7 settembre 2020, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?Title=Archive:Occupazione_-_statistiche_annuali&oldid=496988.

[43] Cfr. V. FILÌ, *I lavoratori anziani tra esclusione e inclusione*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 2, pp. 369 ss.; ID. (a cura di), *Il privilegio di invecchiare. Ragionando degli effetti della longevità sul lavoro, sul Welfare e sulla società*, 2022, Modena, ADAPT University Press, in corso di pubblicazione.; ID, *Le ricadute dell'invecchiamento della popolazione sul Welfare, sul mercato del lavoro e sulla solidarietà intergenerazionale*, in *Salute e Società*, 2022, 3, in corso di pubblicazione.

tive, che incidono tanto sulla "qualità" della contribuzione versata di volta in volta alle diverse casse previdenziali, quanto sulla discontinuità nel tempo dei versamenti contributivi.

Sul primo fronte, infatti, nonostante la possibilità di fruire dei meccanismi della totalizzazione[44], della ricongiunzione[45] e del cumulo[46] – che permettono di riunire i periodi di contribuzione accreditati in diverse casse, gestioni o fondi previdenziali e conseguire il diritto ad un'unica prestazione pensionistica[47] – non va dimenticata la maggiore difficoltà, conseguente allo svolgimento di occupazioni precarie, che i lavoratori riscontrano nella maturazione dei requisiti minimi in ciascuna gestione.

Sul secondo versante, le dinamiche "flessibili" del percorso lavorativo individuale condizionano l'accesso al sistema pensionistico, soprattutto ove questo, come nel nostro paese, è basato su un meccanismo di finanziamento contributivo, sia con riferimento al primo, sia al secondo pilastro della previdenza. Le frequenti interruzioni di carriera, date dall'alternanza tra periodi di lavoro, di disoccupazione e di inoccupazione, creano dei "buchi" nella carriera contributiva ripercuotendosi sulla fruibilità delle prestazioni pensionistiche, così come sulla loro misura, che è tarata sull'ammontare dei contributi effettivamente versati nel corso della vita lavorativa[48].

Si tratta ovviamente di cause e fattori ampiamente conosciuti e indagati[49], e che, tuttavia, a causa delle ripercussioni negative prodotte

[44] D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42; Circ. INPS 9 maggio 2006, n. 69.

[45] L. 7 febbraio 1979, n. 29; l. 5 marzo 1990, n. 45; l. 30 luglio 2010, n. 122; Circ. INPS 5 novembre 2010, n. 142, Circ. INPS 19 luglio 2017, n. 116.

[46] Art. 19, d.l. 25 luglio 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133; Circ. INPS 9 dicembre 2008, n. 108.

[47] G. CANAVESI (a cura di), *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica dei liberi professionisti: ricongiunzione, totalizzazione, cumulo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

[48] Sul punto cfr. L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico*, cit., pp. 557 ss.; M. JESSOULA, *L'equilibrio imperfetto: le pensioni italiane tra sostenibilità, adeguatezza, equità*, in *Italianieuropei.it*, 2014, 3, p. 67.

[49] Cfr. *ex multis* V. FILÌ, *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, pp. 25 ss.; M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, pp. 154 ss.; ID., *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*,

dalla crisi pandemica sull'andamento della demografia, sulle chance occupazionali e sulla precarietà lavorativa, sono destinati a caratterizzare – forse ancor più che in passato – il prossimo futuro[50].

L'emergenza sanitaria dovuta al diffondersi del virus Covid-19 e la crisi di natura economica e sociale che ne è conseguita hanno, infatti, da un lato, acuito alcune criticità del sistema di sicurezza sociale[51] e, dall'altro, hanno reso più concreta la necessità di un ripensamento complessivo delle politiche sociali volte alla liberazione dal bisogno[52].

2016, 3, pp. 552 ss.; ID., *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1186 ss.; R. PESSI, *La dialettica tra solidarietà e corrispettività nella disciplina delle pensioni ai superstiti*, in *Giust. cost.*, 2017, 1, pp. 163 ss.; ID., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, pp. 595 ss.; M. CINELLI, *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 2, pp. 347 ss.; ID., *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 1, pp. 21 ss.; S. GIUBBONI, *Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca*, in *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 329/2017; P. SANDULLI, *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 174/2016*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, pp. 685 ss.; G. PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, pp. 419 ss.; D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 7, pp. 680 ss.; M. D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 2, pp. 319 ss.

[50] Cfr. B. CARUSO, DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto. Per un Diritto del lavoro sostenibile,* https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf, 2020; OECD, *Employment Outlook 2021: Navigating the COVID-19 Crisis and Recovery Labour market developments: The unfolding COVID-19 crisis*, in *https://doi.org/10.1787/7e1e1ad3-en*.

[51] Così V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale",* in *Lav. giur*., 2020, 4, pp. 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 2020, 5; ID., *La disoccupazione da pandemia: come passare dall'assistenzialismo di Stato ad una nuova politica per l'occupazione*, in ID. (a cura di), *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica Contributo sulla nuova questione sociale*, vol. II, Modena, ADAPT Labour Studies e-Book series n. 90, 2020.

[52] V. The European Pillar of Social Rights (EPSR) Action Plan*,* pubblicato dalla Commissione europea il 4 marzo 2021, in https://ec.europa.eu/info/files/european-pillar-social-rights-action-plan_en; Dichiarazione di Porto dell'8 maggio 2021, in

In tal senso, l'implementazione dell'inclusione sociale costituisce proprio uno degli assi strategici (assieme a digitalizzazione e innovazione e alla transizione ecologica) del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[53], cui sono destinate le massicce iniezioni di denaro pubblico di derivazione europea, stanziate per il tramite dei finanziamenti messi a disposizione dal fondo Next Generation EU[54].

Tale dispositivo per la ripresa e la resilienza, tuttavia, è uno strumento temporaneo, che concorre ad arginare le conseguenze immediate della pandemia, ma al contempo si sostanzia in prestiti e sovvenzioni atti a sostenere, solo *medio tempore*, le riforme e gli investimenti effettuati dagli Stati membri[55].

Questi ultimi ricevono, pertanto, un ausilio condizionato alla realizzazione di riforme strutturali e durature, volte a rendere le proprie economie e società più sostenibili, resilienti e preparate alle sfide e alle

https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/; per una ricostruzione del dibattito sulle garanzie offerte dai sistemi di sicurezza sociale a seguito della pandemia a livello europeo cfr. tra i molti, THE INTERNATIONAL POLICY CENTRE FOR INCLUSIVE GROWTH, *What's next for social protection in light of COVID-19: country responses*, 2021, Vol. 19, Issue No. 1; EUROPEAN SOCIAL POLICY NETWORK (ESPN), *Social protection and inclusion policy responses to the COVID-19 Crisis. An analysis of policies in 35 countries*, European Commission, Bruxelles2021.

[53] PNRR, https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

[54] Next Generation EUEU) è uno strumento – avente natura emergenziale, durata temporanea e valenza *una tantum*, utilizzabile esclusivamente ai fini della risposta alla crisi e delle misure per la ripresa – che ha integrato le risorse del Quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea 2021-2027; le relative risorse saranno reperite dalla Commissione europea mediante prestiti sui mercati dei capitali sulla base dell'autorizzazione in tal senso contenuta nell'art. 5 della decisione sulle risorse proprie dell'Unione (decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020), per dettagli sulla quale si rinvia al paragrafo dedicato; cfr. anche Regolamento UE n. 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020.

[55] Come esplicitato nello stesso PNRR, esso rappresenta un Piano di Riforma, perché le linee di investimento sono accompagnate dall'adozione di una strategia di riforme, come elemento "abilitante" e catalizzatore, in linea con le Raccomandazioni al Paese (Country Specific Recommendations - CSR) della Commissione europea e i Piani Nazionali di Riforma (PNR) adottati dal Governo, sicché l'attuazione delle riforme in corso sarà parte integrante del Piano.

opportunità future, in quanto segnate da processi di transizione di natura economica, sociale o ambientale[56].

Si può, allora, evidenziare come l'emergenza epidemiologica abbia amplificato e reso concreta l'urgenza di ridefinire in modo sistemico anche i sistemi di *welfare*, (ri)fondandoli sul principio di solidarietà nell'ottica di contemperare al meglio i contrapposti interessi al fine di garantire una effettiva condizione di uguaglianza.

La nozione di sostenibilità che si dovrà porre quale perno dei progetti per le acennate riforme deve, però, essere letta nella duplice accezione del perseguimento di più elevati livelli di equità sociale, come pure di sostenibilità finanziaria delle misure atte a perseguirli.

Sotto quest'ultimo profilo, notevoli progressi sono stati compiuti (e riconosciuti[57]) nel nostro paese con riguardo al primo pilastro, grazie alle numerose riforme che, nel tempo, hanno modificato il sistema di calcolo delle pensioni da retributivo a contributivo[58] e hanno progressivamente innalzato l'età pensionabile[59]. Nell'ambito del secondo pilastro, invece, permane ancora un insufficiente grado di tutela, giacché il meccanismo di adesione volontaria alla previdenza complementare – pur se rafforzato, dal 2007, tramite la revisione dell'automatismo del silenzio-assenso[60] – finisce per essere riservato, in prevalenza, ai lavoratori standard, con contratto a tempo indeterminato, occupati nei

[56] Cfr. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto*, cit., pp. 6 e 13; L. FOGLIA, *Struttura e funzioni del diritto del lavoro nel quadro di uno sviluppo sostenibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 2, pp. 341 ss.; V. CAGNIN, *Un commento al Manifesto. Per un diritto del lavoro sostenibile: riflessioni sulla sostenibilità del diritto del lavoro ai tempi del Covid*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, 3.

[57] Cfr. OCSE, *Pensions at a glance 2021*, *https://doi.org/10.1787/ca401ebd-en*; RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e sociosanitario*, Roma, 2021 2017, *https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/attivita_istituzionali/monitoraggio/spesa _pensionistica/*.

[58] Vedi le riforme "Dini", art. 1, commi 6-11, l. 8 agosto 1995, n. 335 e "Fornero", art. 24, l. 22 dicembre 2011, n. 214.

[59] Vedi le riforme "Amato", d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503; "Prodi I", l. 27 dicembre 1997, n. 449; "Maroni", l. 23 agosto 2004, n. 243 e d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252; "Prodi II", l. 24 dicembre 2007, n. 247 e l. 3 agosto 2009, n. 102; "Fornero", l. n. 214 del 2011, cit.

[60] D.lgs. n. 252 del 2005, cit.; Circ. Agenzia delle Entrate n. 70/E, 18 dicembre 2007.

settori in cui l'elevata sindacalizzazione e la presenza di imprese medio-grandi ha favorito la costituzione di fondi di natura collettiva congruamente alimentati[61].

Emerge allora come quest'ultimo settore, in cui l'utilizzo flessibile del risparmio previdenziale è sempre più chiamato a supplire ai modesti livelli delle prestazioni conseguibili nel sistema pubblico, debba essere ulteriormente incentivato e supportato, con misure che, al pari della portabilità della posizione contributiva, agevolino anche la flessibilità delle scelte individuali dei lavoratori per l'accesso alla pensione di vecchiaia.

Un tale "sforzo" si rende infatti necessario per salvaguardare, da un lato, l'effettività della garanzia costituzionale dell'adeguatezza del trattamento alle esigenze di vita apprestata dall'art. 38 Cost. e, dall'altro, il necessario mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema pensionistico.

È proprio in tale direzione, quindi, che i futuri interventi di riforma potranno, e dovranno, dedicare una particolare attenzione anche allo sviluppo del c.d. secondo pilastro e in particolare della previdenza complementare che, nel suo agire sinergico e a supporto del primo pilastro, concorre alla realizzazione degli obiettivi nazionali ed europei, primo fra tutti quello della sostenibilità intesa in senso ampio, come comprensiva anche dello sviluppo di politiche del lavoro e sociali ad ampio spettro, che coinvolgano cioè non singoli settori specifici, ma il sistema nel suo insieme.

[61] V. ancora L. FOGLIA, *Solidarietà e adeguatezza nel sistema pensionistico*, cit., pp. 557 ss.

Welfare negoziale e lavoro autonomo

STEFANO MARIA CORSO, IRENE CRISCI, MICHELE DALLA SEGA, CHIARA GARBUIO, GIOVANNI PIGLIALARMI, MATTEO TURRIN*

SOMMARIO: *1. Posizione del problema. – 2. Welfare negoziale e lavoro autonomo. Le soluzioni della contrattazione collettiva. – 2.1. L'estensione delle tutele: dal lavoro subordinato al lavoro autonomo. – 2.2. La contrattazione collettiva dei lavoratori parasubordinati. – 3. Welfare e tutele per gli agenti di commercio. – 4. Welfare e lavoro autonomo: il caso dei liberi professionisti. – 4.1. Le prestazioni assistenziali per i periti industriali. – 4.2. Le prestazioni assistenziali per la professione forense. – 5. Considerazioni conclusive.*

1. *Posizione del problema*

Come è stato di recente osservato, «il tema del welfare aziendale sta ricevendo sempre più attenzione e sostegno da parte della legislazione, delle politiche pubbliche e di parte della dottrina»[1].

Sebbene questo tema sia tradizionalmente associato ad esperienze (anche negoziali) relative al lavoro subordinato[2], pare opportuno inter-

* Il contributo è l'esito del lavoro di gruppo avviato durante la quinta edizione dei *Seminari di studi previdenziali* sul tema *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza* (Macerata, 15-18 settembre 2021) e successivamente approfondito – *tutors* i Prof.si Guido Canavesi e Filippo Olivelli. Tuttavia, a Stefano Maria Corso si attribuisce il § 4.1.; ad Irene Crisci il § 4.2.; a Michele Dalla Sega il § 2.1.; a Chiara Garbuio il § 3; a Giovanni Piglialarmi i §§ 1 e 2.2.; a Matteo Turrin il § 4.

[1] V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 1, p. 32. Per alcuni primi contributi ricostruttivi si vedano, *ex multis*, A. TURSI, *Il "welfare aziendale": profili istituzionali,* in *Riv. pol. soc.,* 2012, 4, pp. 213 ss.; T. TREU, *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2013. Da ultimo, cfr. F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico del welfare aziendale*, in *Riv. dir. sic. soc.,* 2020, 1, pp. 103 e ss.

[2] Sul punto, cfr. i principali rapporti sul tema F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia. Quarto Rapporto sul secondo welfare in Italia 2019*, Giappichelli, Torino, 2019; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Welfare for People. Terzo rapporto su il welfare occupazionale e aziendale*, ADAPT University Press, Bergamo, 2020.

rogarsi, alla luce delle recenti riforme, se questo possa intercettare anche il vasto e complesso campo di ciò che subordinato non è. È sempre più avvertita, infatti, nell'attuale contesto, l'esigenza di garantire una adeguata protezione sociale anche ai lavoratori autonomi, in particolar modo verso quelli che sono esposti a condizioni di particolare debolezza nel mercato.

Una traccia di questa tendenza non si riscontra solo nella legislazione nazionale ma anche in quella euro-unitaria. Infatti, tra i venti principi enunciati nel *Social Pillar* proclamato nel 2017 dal Parlamento Europeo in occasione del vertice di Göteborg, figura l'esigenza di garantire anche ai lavoratori autonomi un grado di tutela minima avverso i molteplici rischi ai quali sono esposti[3].

Nell'ambito della legislazione nazionale, invece, sono già presenti (e operative) diverse misure tese a garantire delle tutele minime anche a fasce della popolazione lavorativa escluse dall'area del lavoro subordinato. Tuttavia, il percorso non si arresta nell'ambito dei provvedimenti adottati dal legislatore; è, infatti, nell'ambito della «realtà giuridica fattuale»[4] che emergono importanti soluzioni innovative. La contrattazione collettiva da un lato, e i regolamenti delle casse professionali dall'altro, mostrano un ampio raggio di misure adeguate ai singoli contesti di lavoro, tese a tutelare specifici bisogni, talvolta strutturali, talaltra legati a fasi o cicli del sistema economico.

In questa prospettiva, il contributo si concentrerà dapprima nell'analizzare le principali soluzioni adottate dalla contrattazione collettiva (v., *infra*, §§ 2, 2.1 e 2.2); seguirà un approfondimento sul caso peculiare degli agenti di commercio (v., *infra*, § 3); infine, particolare attenzione sarà riservata alle principali misure adottate dalle casse pre-

[3] Cfr. *I 20 principi del pilastro europeo dei diritti sociali*, in *www.ec.europa.eu*. Tracce di un'attenzione alla protezione sociale del lavoro autonomo, in realtà, sono costanti nei documenti istituzionali dell'Unione; cfr. Commissione Europea, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, COM(2017) 250 final; vedi anche il Libro Verde del 26 novembre 2006, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI Secolo*, nel quale si segnala la necessità di fornire tutele collettive per tutta l'area del lavoro economicamente dipendente.

[4] M. TIRABOSCHI, *Appunti per una ricerca sulla contrattazione collettiva in Italia: il contributo del giurista del lavoro*, in *Dir. rel. ind.,* 2021, 1, pp. 599 e ss.

videnziali privatizzate. L'analisi delle disposizioni sarà finalizzata a verificare come ed in che misura sia possibile ricondurre le principali prestazioni nell'ambito del concetto di *welfare*. Non si tratta solo di una mera questione definitoria; la necessità, infatti, di indagare sulla varietà di misure risponde all'esigenza di comprendere se queste siano da ricondurre alla dimensione della corrispettività a carattere retributivo[5] oppure, diversamente, alla dimensione previdenziale e/o assistenziale che trova la propria collocazione costituzionale nell'art. 38 Cost.[6]. Giungere all'una o all'altra soluzione ha importanti ricadute sull'altro fronte del tema oggetto dell'indagine. Affermare, infatti, che il *welfare* aziendale possa avere una dimensione esclusivamente retributiva e quindi da ricondurre all'art. 36 Cost. significa esporsi alla scivolosa questione relativa all'applicabilità di questa disposizione anche al lavoro autonomo. Sebbene il tema sia ancora dibattuto in dottrina, sono note le posizioni della giurisprudenza al riguardo, che nettamente nega l'applicazione di quel principio oltre il lavoro subordinato[7].

2. *Welfare negoziale e lavoro autonomo. Le soluzioni della contrattazione collettiva*

Nella contrattazione collettiva si registrano, in primo luogo, soluzioni tese ad estendere prestazioni di natura sociale (che, a seconda

[5] Sul punto, cfr. I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, R. ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale. Una prospettiva giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2019. Vedi anche M. FORLIVESI, *Welfare contrattuale e retribuzione: interazioni e limiti di una disciplina frammentata,* in *Lav. dir.,* 2020, pp. 215 e ss.; V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali*, cit., p. 32 il quale nota come nei contratti aziendali emerga «una panoplia di istituti, diversi tra loro che alcuni contratti inquadrano sotto la voce "welfare" mentre altri no; e già questo pone un problema di definizione di cosa intendere per "welfare aziendale"».

[6] Sembra invece rintracciare un profilo anche di carattere previdenziale nel *welfare* aziendale, A. TURSI, *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, relazione alle giornate di studio AIDLASS, 15 maggio 2017, p. 32, dattiloscritto, in *www.aidlass.it*.

[7] Cfr. sul punto, Cass. 25 ottobre 2003, n. 16059; Cass. 18 dicembre 2003, n. 19435.

della prospettiva, possono essere ricondotte nel concetto di welfare[8], sebbene con tutte le implicazioni che l'adozione del termine comporta) anche a categorie di lavoratori che non appartengono all'area del lavoro subordinato (v. *infra*, § 2.1). Attraverso tali soluzioni, si osserva come le misure che tradizionalmente sono destinate dalla contrattazione collettiva e dagli organismi bilaterali da essa istituiti ai lavoratori subordinati, trovano applicazione, per le previsioni degli stessi contratti collettivi e le deliberazioni di enti e fondi bilaterali, anche ai lavoratori che attengono all'area del lavoro autonomo, sebbene in questa convergano diverse categorie della più ampia fattispecie (co.co.co., liberi professionisti, lavoratori a partita IVA, collaboratori occasionali).

In aggiunta a queste prime soluzioni, occorre distinguere quelle pratiche di contrattazione collettiva che si interessano in modo diretto – ed in stretta connessione con la normativa nazionale (art. 2, comma 2 d.lgs. n. 81 del 2015) – del lavoro autonomo ed in particolare del lavoro parasubordinato. Nell'ambito di questi sistemi contrattuali, le parti sociali hanno negoziato delle misure assistenziali, tenendo conto anche delle peculiarità del settore in cui i collaboratori operano (v. *infra*, § 2.2).

2.1. L'estensione delle tutele: dal lavoro subordinato al lavoro autonomo

In relazione alla prima tendenza, particolare rilevanza è rivestita dal caso del settore degli studi professionali, in cui, nell'ultimo rinnovo del CCNL[9], le parti condividono l'obiettivo di estendere ai liberi professionisti, datori di lavoro e non, forme di assistenza sanitaria integrativa, le quali saranno gestite dall'ente bilaterale di settore Ebipro[10].

Inoltre, il regolamento della cassa di assistenza sanitaria di settore

[8] Per un tentativo di distinzione terminologica tra i concetti, spesso utilizzati come sinonimi, di "welfare", "previdenza sociale", "assistenza sociale" e "sicurezza sociale", Cfr. E. ALES, G. CANAVESI E ALTRI, *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1 ss.

[9] CCNL per i dipendenti degli studi professionali sottoscritto il 17 aprile 2015 tra Confprofessioni e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil.

[10] Cfr. art. 14 dello stesso CCNL, intitolato "welfare integrativo per i liberi professionisti".

(Cadiprof), istituita dalle parti attraverso la contrattazione collettiva, consente l'iscrizione alla stessa anche ai collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, nel caso di contratti di durata non inferiore a 6 mesi e ai praticanti che stiano svolgendo il periodo di pratica professionale previsto dal rispettivo ordinamento d'appartenenza, fino a quando non si iscrivano ad una forma contributiva obbligatoria[11].

Nel caso dei lavoratori autonomi degli studi professionali, si osserva quindi come, attraverso le disposizioni del contratto collettivo nazionale e le deliberazioni della cassa di assistenza sanitaria prevista a livello nazionale, le parti abbiano introdotto un sistema di "welfare bilaterale"[12] che va ad agire anche su lavoratori che non rivestono le caratteristiche standard del lavoro subordinato. Tale aspetto non deve stupire, vista l'ampia presenza di lavoratori che si trovano in tali condizioni nel settore degli studi professionali, alla luce della natura delle attività che vengono prestate al suo interno. Le prestazioni che vengono estese sono di natura sanitaria, e il livello al quale queste sono negoziate, al fine di garantirne una diffusione omogenea all'interno del settore, è il livello nazionale.

Le medesime logiche, sia nei termini di natura delle fonti, sia per quanto riguarda il livello al quale le soluzioni sono individuate, sono presenti nel settore dell'artigianato, anch'esso caratterizzato da una vasta presenza di figure professionali non corrispondenti al lavoratore subordinato standard. Sul piano contenutistico, l'estensione delle tutele trova il suo terreno di diffusione, anche in questo caso, nell'ambito delle prestazioni della sanità integrativa, dato che, secondo quanto previsto dal regolamento del fondo contrattuale sanitario di settore (Sanarti), la facoltà di iscrizione è concessa anche agli imprenditori ar-

[11] Cfr. le norme riguardanti i collaboratori e praticanti allegate al regolamento amministrativo di Cadiprof, reperibile sul sito istituzionale della cassa www.cadiprof.it

[12] Come definito in E. MASSAGLI, S. SPATTINI, *Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale?* in www.bollettinoadapt.it, 23 gennaio 2017, al quale si rinvia per il tentativo di ricostruzione terminologica delle diverse forme sussidiarie di welfare, per "welfare bilaterale" si intende il «welfare sviluppato dalla contrattazione collettiva a qualsiasi livello, nell'ambito di un sistema strutturato di enti e fondi bilaterali che erogano i servizi e le prestazioni negoziati».

tigiani, ai soci delle imprese artigiane e ai collaboratori degli imprenditori artigiani (familiari coadiuvanti e collaboratori occasionali)[13].

Diversamente, i recenti sviluppi della contrattazione nell'ambito del settore del terziario e del commercio mostrano che il livello contrattuale dove si gioca l'estensione di alcune tutele assistenziali è quello territoriale. Questa tendenza è connessa all'importante ruolo che storicamente riveste il sistema bilaterale del settore, a forte vocazione territoriale[14].

Di particolare rilievo è il caso del fondo Sanimpresa, la cassa di assistenza sanitaria integrativa per i dipendenti del settore occupati nel Lazio nell'ambito delle imprese aderenti al sistema contrattuale Confcommercio. Secondo quanto previsto dagli accordi territoriali stipulati dalle associazioni e federazioni di settore in materia, la possibilità di iscrizione al fondo e di usufruire delle prestazioni previste dai piani sanitari è riconosciuta anche ai lavoratori autonomi (intendendosi per tali gli agenti di commercio, le guide e gli accompagnatori turistici) dei settori regolamentati dalla contrattazione integrativa territoriale, i titolari di piccole e medie imprese che operano nello stesso campo, nonché i lavoratori autonomi che abbiano avuto accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia, che non abbiano compiuto 85 anni di età, già iscritti almeno da cinque anni alla cassa.

A fronte di queste prime disposizioni operanti in diversi settori, si nota come un primo ambito molto importante di sviluppo delle soluzioni di estensione delle prestazioni è quello sanitario, attraverso sistemi articolati per i quali, a livello nazionale o territoriale, la contrattazione collettiva "dialoga" con enti e fondi bilaterali istituiti dalle stesse parti sociali al fine di garantire una più ampia applicazione delle misure, rispetto ai tradizionali perimetri[15].

[13] Cfr. artt. 10, 14 del regolamento del Fondo San.arti, adottato con delibera del C.d.A. del fondo del 5 dicembre 2013 e aggiornato e modificato con delibera del C.d.A. del 18 marzo 2021, reperibile sul sito istituzionale del fondo www.sanarti.it

[14] Il percorso di sviluppo della bilateralità nel settore del commercio è presentato da M. C. CIMAGLIA, A. AURILIO, *I sistemi bilaterali di* settore, in L. BELLARDI, G. DE SANTIS (a cura di), *La bilateralità fra tradizione e rinnovamento,* Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 174 ss.

[15] Conferma la centralità delle politiche di assistenza sanitaria, quale punto di partenza per l'estensione di nuove tutele sul piano sociale ai lavoratori autonomi P. TO-

Oltre alle fonti di tali prestazioni, per un'analisi sistematica, occorre considerare anche le modalità di finanziamento e entrare maggiormente nel merito delle singole misure previste sul piano sanitario per i lavoratori autonomi.

Per quanto concerne il primo punto, si nota come il finanziamento dei fondi è totalmente a carico degli stessi lavoratori autonomi (titolari di studi professionali, piccoli imprenditori, artigiani etc.), seppur con meccanismi differenti a seconda dei settori[16]. In termini di prestazioni erogate, invece, queste si articolano su più servizi previsti dai singoli piani sanitari (ad esempio, *check up*, visite mediche entro determinati massimali, servizio di consulenza medica e telefonica etc.) e tendono in parte a differenziarsi rispetto a quelle previste per i lavoratori dipendenti[17].

Un secondo ambito in cui cominciano a svilupparsi le prime pratiche di estensione di prestazioni di welfare, risulta l'altra area tradizionale delle politiche di welfare bilaterale, ossia la previdenza complementare. Il fenomeno, tuttavia, come dimostrano anche gli ultimi dati forniti dalla COVIP, appare meno consolidato rispetto al campo delle

MASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva,* in *Var. temi dir. lav.,* 2018, 3, p. 754, il quale sottolinea che «è proprio a partire dall'assistenza sanitaria integrativa che, nell'ambito della bilateralità, le organizzazioni del lavoro autonomo potrebbero trovare terreno fertile per coltivare importanti spazi di rappresentanza».

[16] Per quanto concerne il sistema contrattuale Conprofessioni, presso l'ente bilaterale Ebipro viene costituita una gestione autonoma e separata. Quanto al finanziamento, una quota della somma mensile, che il datore di lavoro è tenuto a versare per ciascun lavoratore per i servizi di assistenza sanitaria, viene destinata a finanziare le prestazioni per i liberi professionisti datori di lavoro, al netto degli oneri di riscossione e gestione. L'amministrazione di tali somme avviene sotto la vigilanza e la direzione di Confprofessioni, la quale selezionerà le coperture assistenziali e le eventuali compagnie assicurative di riferimento, con decisioni che verranno effettuate da Ebipro. Anche nell'ambito del sistema contrattuale Confcommercio Lazio, il contributo annuo dovuto a Sanimpresa è a carico dello stesso soggetto interessato e varia a seconda delle categorie, essendo più alto per i titolari di piccole e medie imprese e per i pensionati. L'elenco e le modalità di applicazione delle prestazioni sono contenuti nel nomenclatore che forma parte integrante del regolamento. Anche nell'ambito del settore artigiano, la quota è a carico del soggetto interessato.

[17] Ad esempio, nel caso degli studi professionali, per i professionisti, oltre ad essere previste delle coperture standard, vi sono anche dei piani per favorire ulteriori coperture ma su base volontaria.

prestazioni sanitarie integrative. Secondo quanto indicato dall'autorità di vigilanza in materia di previdenza complementare, nel 2020 degli oltre 3, 2 milioni di iscritti ai fondi negoziali istituti dalla contrattazione collettiva, le posizioni riferite ai lavoratori autonomi erano solamente 6.800 circa, nonostante in alcuni settori anche i fondi di previdenza complementare stiano aprendo alla possibilità di estendere l'iscrizione oltre l'area del lavoro subordinato[18].

Da ultimo, si annovera il caso di Fon.Te., il fondo più importante del settore terziario, che secondo gli ultimi dati relativi al 2020 contava 235.154 iscritti[19]. Con lo specifico accordo del 10 marzo 2021, le parti sociali del settore terziario hanno esteso la facoltà di iscrizione anche ai professionisti e ai lavoratori autonomi, compresi i titolari delle imprese individuali e i familiari partecipanti alle imprese familiari. Sul piano del finanziamento delle prestazioni, la contribuzione è a carico degli stessi soggetti[20].

2.2. La contrattazione collettiva dei lavoratori parasubordinati

Gli accordi collettivi che sono stati negoziati sulla base della delega legislativa contenuta nell'art. 2, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 81 del 2015[21] introducono molteplici e variegate prestazioni di natura assistenziale e integrativa rispetto al solo trattamento economico. Queste sono rivolte ai collaboratori e non sono, nella maggioranza dei casi, delle pattuizioni del contratto collettivo di categoria che le parti sociali estendono anche ai lavoratori parasubordinati. Al contrario, queste sono misure adottate proprio nell'ambito di "accordi" e non di "con-

[18] COVIP, *Relazione per l'anno 2020*, p. 148, https://www.covip.it/la-covip-e-la-sua-attivita/pubblicazioni-statistiche/relazioni-annuali.

[19] CENTRO STUDI E RICERCHE ITINERARI PREVIDENZIALI (a cura di), *Ottavo Report Annuale. Investitori istituzionali italiani: iscritti, risorse e gestori per l'anno 2020*, p. 37, https://www.itinerariprevidenziali.it/site/home/ricerche/report-sugli-investitori-istituzionali-italiani.html .

[20] La contribuzione è fissata nella misura minima del 3% del reddito d'impresa o di lavoro autonomo dichiarato ai fini IRPEF.

[21] Per una rassegna, sia consentito il rinvio a G. PIGLIALARMI, *La contrattazione collettiva, il lavoro parasubordinato e i rapporti di collaborazione ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1, pp. 388 e ss.

tratti" collettivi; questa distinzione non è irrilevante in quanto il primo termine viene utilizzato dal legislatore (e dalla dottrina) per tenere distinte le fonti collettive che regolano il rapporto di lavoro dei lavoratori parasubordinati da quelle dei lavoratori subordinati[22], sebbene in non poche esperienze le parti sociali iniziano a disciplinare in un unico corpo anche il trattamento economico-normativo per i lavoratori autonomi[23]. Inoltre, accanto agli accordi collettivi che disciplinano il lavoro parasubordinato troviamo anche gli accordi collettivi economici, che si rivolgono a particolari aree del lavoro autonomo (si pensi, ad esempio, agli agenti di commercio; cfr. *infra*, § 3)[24].

Dall'analisi dei testi contrattuali, possiamo ricavare cinque macrotipologie di prestazioni: a) quelle relative alla sanità integrativa[25]; b)

[22] In tal senso, cfr. T. Roma 6 maggio 2019, n. 4243, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 3, pp. 937 e ss., con nota di M. DEL FRATE, *Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito*.

[23] Si veda, ad esempio, il CCNL per i lavoratori esercenti servizio di ausilio familiare (Professioni in Famiglia).

[24] Sul punto, v. sempre P. TOMASSETTI, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva,* cit., pp. 738 e ss.

[25] L'accordo collettivo stipulato da ASSTEL nel 2017 per i collaboratori dei *call center outbound* prevede la possibilità di aderire al Piano sanitario per ottenere le seguenti prestazioni: ricovero in Istituto di cura per grande intervento chirurgico (come da elenco allegato al piano); ospedalizzazione domiciliare a seguito di Grande Intervento Chirurgico; pacchetto maternità; protesi ortopediche e acustiche; prestazioni odontoiatriche particolari; cure dentarie da infortunio; sindrome metabolica; stati di non autosufficienza consolidata/permanente – protezione completa per assicurati con età minima 18 anni; stati di non autosufficienza temporanea per assicurati con età minima 18 anni; servizi di consulenza; long term care. Il finanziamento del fondo è a carico dell'azienda committente. L'accordo collettivo del 1° agosto 2013, invece, ha previsto la costituzione di un ente bilaterale al fine di erogare prestazioni integrative ulteriori a quelle previste dal sistema vigente ed in particolare: sostengo al reddito per i collaboratori affetti da gravi patologie; sostegno al reddito per le collaboratrici in occasione di maternità; interventi di formazione. Per sostenere queste misure, l'accordo prevede un contributo da parte delle imprese, calcolato sulle ore lavorate e compensate al collaboratore, e allo stesso modo un contributo da parte dei collaboratori.

L'accordo Unirec del 3 dicembre 2012 prevede che le aziende aderenti al Protocollo si impegnano ad estendere a tutti i collaboratori coordinati e continuativi nella modalità a progetto le forme di assistenza sanitaria complementare previste per i dipendenti (CADIPROF) dal CCNL Studi Professionali o, in assenza di adesione a CADIPROF, a garantire le medesime prestazioni assistenziali, e a assicurare un con-

quelle che si occupano del sostegno al reddito in caso di mancata attività[26]; c) pattuizioni che attribuiscono benefit di varia natura (buoni pasto o fornitura dei pasti giornalieri, assicurazioni per coperture specifiche)[27]; d) pattuizioni in materia di sostegno alla formazione e all'occupabilità[28]; e) clausole che introducono forme di sostegno al reddito per i collaboratori affetti da patologie gravi[29]. Il livello contrattuale privilegiato dalle parti sociali è quello nazionale, non essendo emerso nella ricerca alcun accordo di secondo livello contenente delle misure di *welfare* per i lavoratori autonomi.

Sotto il profilo classificatorio, le prestazioni talvolta possono essere ricondotte nell'alveo dell'art. 38 Cost., rispondendo nettamente ad una funzione previdenziale; talaltra, nell'art. 36 Cost. perché volte ad integrare la corrispettività nel rapporto. Ma non è escluso che queste, in alcuni casi, soddisfino bisogni che non trovano copertura nelle due disposizioni costituzionali richiamate. È necessario rammentare, infatti, che l'art. 35 Cost. tutela anche altri bisogni, quali la formazione e l'elevazione professionale. E non del solo lavoro subordinato ma nella sua ampia accezione e dunque oltre gli steccati della fattispecie. È sotto il cappello dell'art. 35, allora, che possono essere ricondotte, ad esempio, le misure di sostegno alla formazione e all'occupabilità previste dall'accordo per le Tagesmuter.

Per quanto concerne il finanziamento, questo è ripartito tra il committente e il collaboratore; tendenzialmente, il versamento è parametrato alle ore di lavoro effettivamente prestate. In un solo caso,

gruo e corretto accesso alla formazione e all'aggiornamento professionale per tutti gli addetti.

[26] Nell'accordo Assrim del 24 luglio 2017 le parti si impegnano, alla luce dell'esiguità delle prestazioni previdenziali in ragione della discontinuità dei rapporti, a discutere dell'eventuale individuazione di misure specifiche o di strumenti di integrazione del welfare pubblico.

[27] L'accordo collettivo per i collaboratori delle ONG prevede la promozione di percorsi formativi e diverse assicurazioni integrative (per morte susseguente ad infortunio durante il servizio all'estero, per malattie tropicali durante la permanenza all'estero, spese sanitarie sostenute all'estero, assistenza in caso di contenzioso legale).

[28] L'accordo collettivo Tagesmuter (Domus) prevede per i collaboratori il diritto a ricevere alcune ore di formazione e un sostegno all'avvio dell'attività con finanziamento del 6% a carico del committente.

[29] Vedi ancora l'accordo collettivo ASSTEL.

ovvero quello relativo all'accordo per i collaboratori *call center outbound*[30], il versamento della quota di finanziamento del fondo di assistenza sanitaria è a esclusivo carico dell'azienda committente.

Ad essere unico è anche il caso dell'accordo UNIREC, disciplinante i rapporti dei collaboratori addetti al recupero credito, il quale prevede che le aziende aderenti si impegnano ad estendere a tutti i collaboratori coordinati e continuativi le forme di assistenza sanitaria complementare previste per i dipendenti ai quali si applica il CCNL Studi Professionali e, nell'eventualità che non vi sia stata adesione al fondo contrattuale di settore (Cadiprof), a garantire le medesime prestazioni assistenziali.

3. *Welfare e tutele per gli agenti di commercio*

Un ulteriore caso d'indagine, attraverso il quale è possibile intercettare la connessione tra prestazioni di welfare e lavoro autonomo, riguarda il caso degli agenti di commercio, che invero presenta profili di interesse per la sua particolare configurazione.

All'Ente Nazionale di Assistenza per gli Agenti e Rappresentanti di Commercio (Enasarco), riconosciuto ente di diritto pubblico con il Regio Decreto 6 giugno 1939, n. 1305, venne attribuita attraverso il primo statuto la gestione della previdenza, dell'assistenza sociale e della formazione professionale degli agenti e dei rappresentanti di commercio[31].

Quando poi, verso la metà degli anni '60, l'INPS istituì nuove Casse previdenziali estendendo l'obbligo di iscrizione alle figure operanti nel commercio e in settori affini, l'Enasarco subì una profonda modifica, assumendo quelle fattezze che a tutt'oggi, cristallizzate nel dettato

[30] Vedi sempre l'accordo collettivo ASSTEL.

[31] L'Ente venne fondato l'anno precedente attraverso la sottoscrizione dell'Accordo economico collettivo per la disciplina del rapporto di agenzia e rappresentanza commerciale, G. DI CORRADO, *Enasarco e assistenza sanitaria integrativa*, in *Dir. prat. lav.*, 2020, 21, p. 1313. Due decenni più tardi, vennero istituiti tre fondi differenziati e specifici che, a fronte degli accantonamenti versati dagli agenti, garantivano somme destinate a coprire l'indennità di fine rapporto in ipotesi di risoluzione, così come l'assistenza e la previdenza per gli agenti medesimi.

della l. 2 febbraio 1973 n. 12, ne determinano la peculiarità[32]. L'Ente, da allora, dal costituire l'unica cassa previdenziale per gli agenti e i rappresentanti di commercio, finì per acquisire la diversa connotazione di cassa di previdenza integrativa, seppur obbligatoria[33]. E anche assunta la natura giuridica di Fondazione a seguito della privatizzazione degli enti previdenziali in virtù del d.lgs. n. 509 del 1994[34], si aggiunse, senza escluderlo, all'obbligo di contribuzione in favore dell'ente previdenziale pubblico[35].

Di talché, ad oggi, a livello operativo, per la categoria dei rappresentanti e degli agenti di commercio vige un obbligo duplice e contestuale: i singoli professionisti provvedono al versamento dei contributi presso la gestione commercianti dell'INPS; le aziende preponenti, entro 30 giorni dall'inizio del rapporto di agenzia, provvedono ad iscrivere l'agente o rappresentante presso Enasarco, versando alla medesima la quota contributiva proporzionata alle provvigioni maturate dai professionisti[36].

[32] M. GAMBACCIANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, p. 216.

[33] La modifica della natura dell'Ente venne specificata dal D.M. 20 febbraio 1974, attuativo della l. n. 12 del 1973.

[34] Sulla privatizzazione delle Casse professionali, come si vedrà più approfonditamente infra, § 4 e ss., v. L. TORSELLO, *La previdenza dei liberi professionisti e l'insostenibile arcipelago di regolamentazioni. Il caso della Cassa dei farmacisti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 3, pp. 553 ss.

[35] Sottolineano M. FAIOLI, M. RAITANO, *Il patto tra generazioni nel sistema di previdenza degli agenti di commercio*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, 3, p. 335, che si tratterebbe di una istituzione previdenziale di "seconda generazione" visto lo specifico riferimento fissato dal d.lgs. n. 103 del 1996 e per un possibile rinvio all'assetto di cui all'art. 2, comma 25, della l. n. 335 del 1995.

[36] L'obbligo di iscrizione alla Fondazione riguarda gli agenti che operino in forma individuale e in forma di società, o comunque in associazione, qualunque sia la forma giuridica assunta (società di capitali o società di persone), che siano illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali. Debbono essere iscritti alla Fondazione gli agenti e i rappresentanti di commercio che operano sul territorio nazionale per conto di aziende preponenti italiane o di aziende preponenti straniere che abbiano sede o una qualsiasi dipendenza in Italia. Poiché le disposizioni codicistiche non definiscono i soggetti che svolgono le attività riconducibili alle norme di cui all'art. 1742 ss., ma i contratti dai quali queste relazioni scaturiscono, non solo riveste una decisiva importanza la corretta qualificazione giuridica della relazione contrattuale che intercorre tra

Per quanto peculiare e foriero di riflessioni sulla sua opportunità[37], questo doppio canale previdenziale ha trovato storicamente una risposta giustificativa nella debolezza socio-economica che caratterizza rappresentanti e agenti di commercio rispetto ad altre categorie di lavoratori autonomi, che dunque richiedeva "una forma di protezione sociale diversa ed aggiuntiva rispetto a quella ritenuta sufficiente per quest'ultimi"[38].

Dal 1° gennaio del 1995, la fondazione Enasarco, in qualità di persona giuridica di diritto privato subentrata nei rapporti attivi e passivi che prima facevano capo all'ente previdenziale, si sostiene finanziariamente esclusivamente attraverso i versamenti contributivi delle aziende preponenti, il patrimonio mobiliare e immobiliare e altri ricavi derivanti, ad esempio, dal recupero di crediti o spese precedentemente sostenute o proventi da sopravvenienze attive[39]. Ai sensi del d.lgs. n. 509 del 1994, l'Enasarco gode di autonomia gestionale e contabile e, sotto la vigilanza del Ministero del lavoro, provvede senza fini di lucro alla tutela previdenziale (obbligatoria) integrativa, all'assistenza, alla formazione e alle altre attività individuate dalla contrattazione collettiva

le parti, ma lo statuto della Fondazione del 2015 ha espressamente disposto che si intendono agenti quanti svolgano attività di intermediazione comunque riconducibili al rapporto di agenzia ex art. 1742 c.c., indipendentemente dal settore merceologico ed economico o dalle modalità concrete con la quale l'attività venga effettivamente svolta. Sull'obbligo duplice di versamento, si veda anche Cass. 27 settembre 2018, n. 23349.

[37] Sulle criticità connesse alla specialità e frammentazione dei sistemi previdenziali, oltre a M. GAMBACCIANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, cit., p. 216 ss.; M. CINELLI, *Positività e incongruenze della «quarta gestione» dell'INPS*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, pp. 309 ss.

[38] Così M. GAMBACCIANI, *Riflessioni sul pluralismo previdenziale*, cit., p. 216, che ricorda come non solo, e non a caso, proprio in riferimento agli agenti di commercio sia stata coniato il termine "parasubordinati", ma il legislatore li abbia equiparati ai lavoratori subordinati sia con riguardo alla disciplina delle controversie di lavoro sia in relazione all'estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva (l. n. 533 del 1974).

[39] La Fondazione, ai sensi dello Statuto, si impegna a gestire con la massima trasparenza e attraverso buone pratiche di condotta gli investimenti e il patrimonio, secondo un sistema di auto-regolazione virtuosa; G. MANU, *Vademecum Enasarco*, ed. 2021, p. 19, https://www.enasarco.it/wp-content/uploads/2020/04/enasarco_vademecum.pdf.

connesse allo svolgimento del rapporto di agenzia, che siano conformi con gli scopi istituzionali conferiti alla Fondazione stessa.

Tale perimetro funzionale è stato viepiù confermato anche dallo Statuto del 2015[40], il quale disegna l'ambito di azione e i compiti istituzionali della Fondazione. La tradizionale gestione dell'indennità di scioglimento del rapporto di agenzia (Firr) e le prestazioni squisitamente previdenziali[41] sono accompagnate da obiettivi ulteriori, quali la formazione professionale e qualificazione degli iscritti e l'assistenza sociale e la solidarietà in loro favore.

Pertanto, gli iscritti, siano essi in attività o già in quiescenza, hanno diritto ad accedere ad un ventaglio variegato di prestazioni assistenziali (*rectius* prestazioni integrative di previdenza)[42], per lo più a titolo gratuito a fronte di un versamento contributivo minimo, che mirano ad offrire una tutela – integrativa – in fasi delicate della vita privata ovvero supportare e incentivarne altre, coinvolgendo anche familiari e conviventi dell'agente iscritto. In particolare, il sistema di welfare costruito nel tempo dalla Fondazione spazia dalla tutela della genitorialità[43] al sostegno economico per attività rivolte ai figli degli agenti, sia scolastiche sia ricreative[44]; dai servizi di cura e prestazioni squisitamente assistenziali[45] alle attività di formazione in favore dei propri iscritti[46]. Non

[40] Statuto approvato dal Consiglio di Amministrazione dell'Ente con delibera del 14 maggio 2015, successivamente approvato dai Ministeri Vigilanti con d.i. 8 luglio 2015 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 175 del 30 luglio 2015).

[41] Tutela previdenziale obbligatoria integrativa dell'assicurazione generale obbligatoria *ex* l. n. 613 del 1966, come riportato dall'art. 2 dello Statuto.

[42] All'elenco delle misure contenute nel Programma delle prestazioni assistenziali, si aggiunge anche la Polizza sanitaria e la possibilità di ottenere i mutui fondiari convenzionati.

[43] Si pensi, ad esempio, al contributo per nascita o adozione; ai contributi per maternità alle agenti che a seguito di gravidanza debbano affrontare un calo del proprio reddito; ai contributi per asili nido; contributi alle famiglie con figli portatori di handicap

[44] Rientrano, ad esempio, in questa categoria, contributi per soggiorni estivi per bambini dai 4 ai 13 anni; contributi per l'acquisto di libri scolastici; premi studio per il conseguimento del diploma o della laurea; premi per tesi di laurea che abbiano ad oggetto l'approfondimento di temi inerenti alla professione di agente o la previdenza complementare.

[45] Contributi per i propri iscritti ospitati presso case di riposo e contributi per as-

mancano, inoltre, forme ulteriori di tutela legate ai bisogni specifici della professione[47] così come erogazioni straordinarie per fornire aiuti economici in ipotesi di particolare stato di bisogno[48].

È un sistema di prestazioni composito, dunque, quello costruito dall'Enasarco che, espressamente proposto agli iscritti fruitori come *welfare*[49], mira a tutelare ad ampio raggio la vita privata e la vita professionale di una categoria di lavoratori soggetta alle cicliche intemperie e stagnazioni dell'economia e del mercato.

4. *Welfare aziendale e lavoro autonomo: il caso dei liberi professionisti*

Il tema delle prestazioni di *welfare* rivolte ai liberi professionisti iscritti agli enti previdenziali privatizzati di cui ai d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103 impone, in via preliminare, di affrontare due importanti questioni terminologiche[50].

In primo luogo, se nell'ambito del lavoro autonomo *lato sensu*, pur

sistenza personale permanente in caso di inabilità;

[46] Contributi per spese di alta formazione e specializzazione inerenti alla professione dell'agente; corsi di aggiornamento, iscrizione all'Università e a scuole di secondo grado.

[47] Si pensi al contributo per l'acquisto del veicolo.

[48] Oltre a polizze assicurative convenzionate e mutui fondiari agevolati, durante il periodo pandemico l'Enasarco ha messo a disposizione dei propri iscritti sia erogazioni straordinarie per contagio o decesso da Covid-19, sia per far fronte ad eventi pregiudizievoli di gravità tale da determinare un rilevante stato di bisogno economico (ad esempio infortuni e malattie occorsi all'iscritto ovvero ai suoi familiari).

[49] È la stessa piattaforma online della Fondazione, così come i vari documenti da essa pubblicati a fare espresso riferimento all'etichetta di welfare

[50] Sulle Casse di previdenza dei liberi professionisti, tra i contributi più recenti, si vedano: G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti dalla privatizzazione alla riforma Fornero*, Giappichelli, Torino, 2017; G. FRANZA, *L'autonomia delle Casse di previdenza dei liberi professionisti alla prova della spending review*, in *Var. temi dir. lav.,* 2017, 3, pp. 785 ss.; L. TORSELLO, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., pp. 553 ss.; P. POZZAGLIA, *La previdenza dei liberi professionisti tra solidarietà ed eguaglianza sostanziale*, in *Var. temi dir. lav.,* 2018, 3, 897 ss.; G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio, andamenti demografici: un diritto in cambiamento?*, Eum, Macerata, 2019, pp. 97 ss.

con qualche ostacolo, pare comunque possibile parlare di *welfare* aziendale o di *welfare* negoziale, nell'ambito delle libere professioni sembra più corretto parlare di *welfare* integrativo. La matrice delle prestazioni di *welfare* offerte ai liberi professionisti, infatti, non può definirsi né negoziale, non essendo frutto di un accordo o di un contratto collettivo, mancando del resto una vera controparte, né aziendale. È pur vero che un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità attribuisce natura negoziale ai regolamenti adottati dagli enti previdenziali privatizzati, sicché anche in questo caso si potrebbe parlare di *welfare* negoziale[51]. Tuttavia, nell'affermare che tali regolamenti sono degli atti negoziali, la Suprema Corte sembrerebbe più che altro voler escludere che possano avere contenuto normativo o regolamentare ai sensi dell'art. 1 delle cd. preleggi, trattandosi infatti di atti adottati da enti di diritto privato[52]. In altre parole, il termine negoziale

[51] Cfr. Cass. 4 marzo 2016, n. 4296, in *Leggi d'Italia*, la quale, pur riconoscendo che «per effetto del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, alcuni enti previdenziali pubblici gestori di assicurazioni previdenziali sono stati trasformati in soggetti di diritto privato (associazioni o fondazioni), cui è stato attribuito il potere regolamentare di disciplinare il regime dei contributi e delle prestazioni di rispettiva competenza», ricorda come «la giurisprudenza di questa Corte – con orientamento costante […] – esclude che abbiano contenuto normativo e/o regolamentare in senso proprio, ex art. 1 preleggi, fra l'altro, i regolamenti e gli statuti delle persone giuridiche di diritto privato», trattandosi «di atti cui va attribuita natura negoziale privatistica in quanto emanati da un Ente privato, senza che tale natura possa considerarsi contraddetta né dall'eventuale approvazione con decreto ministeriale, né dall'obbligo di iscrizione imposto all'Ente dal d.lgs. n. 509 del 1994, art. 1, comma 3, né dalla prevista necessità che gli atti statutari e regolamentari, a mente dello stesso d.lgs. n. 509, successivo art. 3, comma 2, siano approvati del Ministero vigilante». Nello stesso senso, tra le altre, anche Cass. 7 giugno 2005, n. 11792, in *Mass. giur. it.*, 2005, e Cass. 26 settembre 2012, n. 16381, in *Leggi d'Italia*, nonché – da ultimo – Cass. 2 dicembre 2020, n. 27541, in *Lav. giur.*, 2021, 3, pp. 310 ss. In dottrina, sulla natura giuridica delle Casse di previdenza, nonché sui limiti dell'autonomia regolamentare delle medesime, v. M. GAMBACCIANI, *I limiti dell'autonomia normativa degli enti previdenziali privati*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio*, cit., pp. 145 ss., e G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione della previdenza dei liberi professionisti tra "paure" del legislatore e autofinanziamento*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi,* cit., pp. 35 ss.

[52] Cfr. Cass. 4 marzo 2016, n. 4296 cit., la quale parla appunto «di atti cui va attribuita natura negoziale privatistica».

non andrebbe qui inteso nell'accezione contrattual-collettiva di cui all'art. 39 Cost., bensì in quella di atto di natura privatistica. Quanto invece alla matrice aziendale delle prestazioni di *welfare* rivolte ai liberi professionisti, esperienze di livello "aziendale", a dire il vero, non mancano. Ci si riferisce, in particolare, ad alcune iniziative avviate da studi professionali di medio-grandi dimensioni, le quali, però, difettano in ogni caso di una vera e propria natura negoziale. Inoltre, giova rammentare come si tratti di esperienze che non interessano allo stesso modo le diverse professioni, coinvolgendo prevalentemente le professioni legali e gli studi di dimensioni medio-grandi, i quali – oltretutto – non conoscono la medesima diffusione sul territorio nazionale[53]. Pare dunque prevalente l'apporto delle singole Casse di previdenza, ragion per cui, con riferimento ai liberi professionisti, ferme restando le esperienze di cui si è detto, più che di *welfare* aziendale, dovrebbe parlarsi di *welfare* categoriale.

In secondo luogo, sempre da un punto di vista squisitamente terminologico, va osservato come nell'ambito delle libere professioni, più che di *welfare*, si parli di prestazioni di assistenza. Gli statuti e i regolamenti delle Casse di previdenza, infatti, non fanno ricorso – se non occasionalmente – al termine *welfare*, utilizzando l'espressione "prestazioni di assistenza", circostanza che in qualche modo si spiega anche sulla base delle leggi istitutive degli stessi enti previdenziali di diritto privato, le quali parlano appunto di trattamenti e prestazioni di assistenza. Ciò, peraltro, non deve indurre a ritenere che le Casse di previdenza eroghino unicamente trattamenti di natura assistenziale. Tali enti, infatti, erogano altresì prestazioni di *welfare*, prestazioni che, pur trovando la propria ragion d'essere nelle stesse disposizioni che attribuiscono alle Casse di previdenza una funzione di natura assistenziale, conviene tenere distinte dai trattamenti di assistenza. Difatti, mentre quest'ultimi si sostanziano nell'erogazione di prestazioni volte a liberare l'iscritto da uno stato di bisogno, le prime sembrano piutto-

[53] Sulla diffusione dei piani di *welfare* aziendale nell'ambito degli studi professionali v. il rapporto *Welfare Index PMI – Rapporto 2021*, *passim*, il quale tra le migliori esperienze di *welfare* aziendale riporta anche quelle di alcuni studi professionali: *Portolano Cavallo*, studio legale con sede a Roma; *Ergon*, studio di consulenti del lavoro di Trieste; *Vannucchi & Associati*, studio di consulenti del lavoro di Prato.

sto avere natura complementare ed integrativa. Trattasi di una distinzione che tornerà utile nel prosieguo della trattazione, consentendo in qualche modo di abbozzare una risposta alla domanda circa la natura obbligatoria o facoltativa della funzione assistenziale spettante alle Casse di previdenza (v. *infra*).

In relazione all'inquadramento giuridico delle prestazioni di *welfare* e assistenza erogate dalle Casse di previdenza, queste ultime trovano il loro fondamento nelle leggi istitutive delle stesse Casse, nonché nei relativi statuti e regolamenti, fonti all'interno delle quali si rinviene altresì la disciplina relativa al finanziamento di tali prestazioni[54]. Volendo fare qualche

[54] Così, per esempio, l'art. 9 legge 20 ottobre 1982, n. 773, di riforma della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei geometri, prevede che «al finanziamento [delle provvidenze straordinarie] si provvede, ogni anno, col 2 per cento delle entrate derivanti dal contributo integrativo» che gli iscritti sono in ogni caso tenuti a versare e che «le somme non erogate nell'esercizio sono destinate ad incrementare il fondo di previdenza». Analogo il contenuto dell'art. 11, commi 3 e 4, legge 5 agosto 1991, n. 249, di riforma dell'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i consulenti del lavoro. Più complessa la disciplina relativa al finanziamento delle prestazioni di assistenza erogate dalla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali, per le quali vale infatti il combinato disposto dell'art. 17, comma 1, lett. b e c, legge 9 febbraio 1963, n. 160 e degli artt. 13-14 legge 23 dicembre 1970, n. 1140. Per la Cassa di previdenza ed assistenza forense la disposizione di riferimento è l'art. 16 della legge 11 febbraio 1992, n. 141, norma in base alla quale «l'importo per provvedere alla assistenza ordinaria […] è fissato nella misura annua dell'1 per cento delle entrate correnti iscritte nel bilancio di previsione della Cassa. Gli importi per l'assistenza straordinaria […] e per le altre provvidenze […] non possono superare globalmente la misura annua dell'1 per cento delle entrate correnti iscritte nel bilancio di previsione della Cassa». Nel caso dell'Ente previdenziale dei periti industriali e dei periti industriali laureati, invece, le prestazioni di assistenza sono finanziate attraverso il fondo di cui all'art. 19 dello Statuto, ovvero «un fondo di riserva straordinaria per l'accantonamento degli avanzi economici». Peraltro, in base al Regolamento benefici assistenziali 29.05.2014, all'importo complessivamente stanziato per l'erogazione di tali benefici è comunque posto un tetto rapportato al contributo integrativo di cui al combinato disposto degli artt. 15, comma 1, lett. b, dello Statuto e 5 del Regolamento per l'attuazione delle attività di previdenza 30.03.2017 stimato per l'anno corrente. Volendo generalizzare, può dirsi che dall'insieme delle disposizioni relative alle singole Casse di previdenza emerge chiaramente come all'erogazione delle prestazioni di assistenza sia destinata solo una minima parte delle entrate complessive di tali enti, essendo infatti prevalente la quota di entrate destinata a finanziare i trattamenti previdenziali, funzione di indubbia natura obbligatoria.

esempio, si può citare l'art. 34 della legge 9 febbraio 1963, n. 160, istitutiva della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali, il quale prevede che «il trattamento di assistenza si attua con provvidenze o con la concessione di sussidi a favore degli iscritti che si trovino in stato di bisogno». Simile l'art. 1, comma 2, legge 20 ottobre 1982, n. 773, di riforma della Cassa italiana di previdenza e assistenza dei geometri liberi professionisti, disposizione secondo la quale la Cassa corrisponde agli iscritti «indennità una tantum» e «provvidenze straordinarie». Più articolata la "base giuridica" dei trattamenti di assistenza erogati dalla Cassa di previdenza ed assistenza forense, per la quale le disposizioni di riferimento sono rappresentate dagli artt. 17-19 della legge 11 febbraio 1992, n. 141, relativi rispettivamente all'assistenza per gli iscritti in stato di bisogno, alle assistenze indennitarie e ad altre forme di provvidenza. In parte diverso, invece, è il contenuto dell'art. 26 legge 23 novembre 1971, n. 1100, istitutiva dell'Ente di previdenza ed assistenza a favore dei consulenti del lavoro, norma in base alla quale «il consiglio di amministrazione *può* erogare provvidenze a favore degli iscritti, dei pensionati e dei loro familiari, che versino in condizioni di accertato bisogno determinate da circostanze e situazioni di particolare gravità» (corsivo dell'A.). La diversità di quest'ultimo regolamento rispetto ai primi citati si evince proprio in relazione al fatto che la disposizione indichi una mera possibilità e non un obbligo. Analogo, da questo punto di vista, il contenuto dell'art. 3, comma 5, dello Statuto dell'Ente previdenziale dei periti industriali e dei periti industriali laureati, ente istituito come fondazione di diritto privato ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 103 del 1996. Ai sensi della disposizione statutaria, infatti, «l'Ente *può* altresì, ai sensi dell'art. 1, comma 34, della l. n. 243 del 2004, attuare trattamenti di assistenza sanitaria integrativa, oltre che ulteriori trattamenti volontari di previdenza, nonché assistenziali di solidarietà, mediante apposite gestioni autonome, nei limiti di legge, utilizzando fondi speciali costituiti o direttamente secondo le disponibilità di bilancio […] ovvero ricorrendo ad apposita contribuzione» (corsivo dell'A.). Si pone, dunque, la questione della natura facoltativa o obbligatoria delle prestazioni di assistenza erogate dagli enti previdenziali di diritto privato[55], questione non priva di

[55] Sull'argomento, per tutti, F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza delle Casse di previdenza: assistenza libera o obbligatoria?*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza*

ricadute pratiche, posto che, laddove fossero da ritenersi facoltative, il finanziamento delle medesime dovrebbe avvenire secondo modalità tali da non pregiudicare la loro funzione previdenziale, avendo infatti quest'ultima natura indubbiamente obbligatoria[56].

Peraltro, al di là delle disposizioni di legge inerenti alle singole Casse, l'ordinamento conosce ulteriori fonti riferibili alla generalità degli enti previdenziali di diritto privato, fonti che oltretutto consentono di fondare in via generale la facoltà – o l'obbligo – delle Casse di previdenza di erogare prestazioni assistenziali e di *welfare* nei confronti degli iscritti. Così, in primo luogo, viene in rilievo l'art. 1, comma 34, legge 23 agosto 2004, n. 243, norma in base alla quale «la normativa statutaria e regolamentare degli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, *può* prevedere, nell'ambito delle prestazioni a favore degli iscritti, anche forme di tutela sanitaria integrativa» (corsivo dell'A.). La stessa disposizione, al comma 35, ha poi aggiunto un comma 1-*bis* all'art. 3 d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, prevedendo che «gli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, *possono*, con l'obbligo della gestione separata, istituire […] forme pensionistiche complementari» (corsivo dell'A.)[57]. Degno di nota, in secondo luogo, è l'art. 10-*bis*, comma 1, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 99, disposizione secondo la quale «gli enti di previdenza di diritto privato […], al fine di destinare risorse aggiuntive all'ingresso dei giovani professionisti nel mercato del lavoro delle professioni e di sostenere i redditi dei professionisti nelle fasi di crisi economica, realizzano ulteriori e aggiuntivi risparmi di gestione attraverso forme associative destinando le ulteriori economie e i risparmi agli interventi di welfare in favore dei propri iscritti». Di contenuto analogo anche la disposizione di cui al successivo comma 3,

dei liberi professionisti, cit., pp. 225 ss.

[56] D'altro canto, si è già visto come al finanziamento delle prestazioni assistenziali le Casse di previdenza destinino una quota assai contenuta delle entrate annuali o del contributo integrativo obbligatorio dovuto dagli iscritti, indirizzando la pressoché totalità delle proprie risorse al finanziamento dei trattamenti previdenziali.

[57] Pressoché identico il disposto dell'art. 3, comma 1, lett. *g*, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, disposizione che è andata a sostituire l'art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 124 del 1993, provvedimento abrogato dall'art. 21 del d.lgs. n. 252 del 2005.

norma in base alla quale «gli enti di previdenza di diritto privato […], singolarmente oppure attraverso l'Associazione degli enti previdenziali privati - Adepp, al fine di anticipare l'ingresso dei giovani professionisti nel mercato del lavoro svolgono, attraverso ulteriori risparmi, funzioni di promozione e sostegno dell'attività professionale anche nelle forme societarie previste dall'ordinamento vigente». Entrambe le disposizioni non sembrano configurare lo svolgimento delle funzioni rese possibili dai predetti risparmi, nonché la realizzazione dei medesimi, quale una mera facoltà, quanto piuttosto come un ulteriore compito istituzionale delle Casse di previdenza[58]. Conferma di tale interpretazione la si può rinvenire, peraltro, proprio nell'art. 10-*bis*, comma 2, d.l. n. 76 del 2013, il quale – similmente a quanto previsto dall'art. 1, commi 34 e 35, legge n. 243 del 2004 – dispone che «per le finalità di cui al comma 1, i risparmi aggiuntivi rispetto a quelli di cui all'articolo 8, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, derivanti dagli interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa sostenuta per consumi intermedi nel rispetto dell'equilibrio finanziario di ciascun ente *possono* essere destinati ad interventi di promozione e sostegno al reddito dei professionisti e agli interventi di assistenza in favore degli iscritti» (corsivo dell'A.). Ciononostante, la disposizione in discorso non consente in ogni caso di fornire una risposta univoca alla domanda relativa alla natura facoltativa od obbligatoria della funzione assistenziale propria delle Casse di previdenza[59]. Dirimente, a questo pro-

[58] In termini analoghi anche G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione,* cit., 26 ss., secondo il quale, mediante tale disposizione, il legislatore sembrerebbe voler ampliare le finalità inderogabili degli enti previdenziali di diritto privato. A conferma del fatto che la funzione assistenziale rientrerebbe tra i compiti istituzionali delle Casse di previdenza, oltre alla denominazione di alcune di esse, si possono citare l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 509 del 1994, in base al quale «gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali in atto riconosciute a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti», nonché C. cost. 18 luglio 1997, n. 248, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 2, 177, secondo la quale la "privatizzazione" «ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli enti» in parola.

[59] Sul tema, cfr. ancora una volta F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza,* cit., pp. 225 ss.

posito, potrebbe essere la distinzione tra trattamenti assistenziali e prestazioni di *welfare* proposta in precedenza. La questione, in altre parole, non andrebbe posta nei termini di funzione obbligatoria o facoltativa, bensì di quali prestazioni, essendo rivolte a soddisfare bisogni primari, siano assistenziali e, quindi, obbligatorie *ex* art. 38, comma 1, Cost. e di quali, invece, avendo una funzione complementare od integrativa, siano da considerarsi meramente facoltative (e da ricondursi, dunque, al quinto comma dell'art. 38 Cost. o ad altre disposizioni costituzionali). Trattasi, dunque, di una distinzione che andrebbe fatta caso per caso, valutando la funzione della singola prestazione e l'interesse che è volta a soddisfare.

Ultima disposizione di interesse da segnalare in ordine temporale è l'art. 6, comma 1, legge 22 maggio 2017, n. 81, norma che delegava il Governo, entro dodici mesi, ad emanare uno o più decreti legislativi aventi come criterio direttivo quello di abilitare gli enti di previdenza di diritto privato ad attivare, anche in forma associata, oltre a prestazioni complementari di tipo previdenziale e socio-sanitario, anche altre prestazioni sociali, finanziate da apposita contribuzione, con particolare riferimento agli iscritti che abbiano subìto una significativa riduzione del reddito professionale per ragioni non dipendenti dalla propria volontà o che siano stati colpiti da gravi patologie[60]. La delega, tuttavia, com'è noto, è rimasta inattuata, essendo infatti scaduto il termine per la sua attuazione senza che il legislatore abbia adottato i relativi

[60] Su tale disposizione, nonché – più in generale – sulle disposizioni contenute all'interno della legge n. 81 del 2017 relative ai liberi professionisti, si vedano: D. MESITI, *Le modifiche in materia previdenziale contenute nella legge di riforma del lavoro autonomo*, in *Lav. giur.*, 2017, 7, pp. 621 ss.; R. SALOMONE, *Deleghe al Governo in materia di atti pubblici rimessi alle professioni organizzate in Ordini e Collegi, sicurezza e protezione sociale (e relative procedure di adozione)*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 49 ss.; P.P. FERRARO, *Le deleghe sulle professioni organizzate in Ordini e Collegi e le proposte in discussione in materia di tariffe professionali*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, pp. 321 ss.; V. FILÌ, *Nuove sfide, tutele e opportunità per i professionisti nelle deleghe della l. n. 81/2017*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, Bergamo, 2018, pp. 332 ss.; M.C. DEGOLI, *Tutela previdenziale e agevolazioni fiscali*, in M. LANOTTE (a cura di), *Lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 220 ss.

decreti: un'occasione mancata per valorizzare la funzione assistenziale delle Casse di previdenza, nonché per razionalizzare il relativo quadro normativo[61].

A parte, invece, vanno considerati i vari interventi di sostegno al reddito che si sono succeduti nel contesto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, esperienza della quale non è possibile dar conto in questa sede ma che merita quantomeno di essere menzionata, essendo infatti destinata a lasciare un segno sul modello *welfaristico* delle libere professioni[62].

Quanto alle prestazioni di *welfare* ed assistenza erogate dalle singole Casse di previdenza, non si rinvengono particolari differenze fra l'una e le altre sia con riguardo alle modalità di intervento sia con riferimento alle macro-aree di interesse[63]. Quanto alle prime, le prestazioni offerte, solitamente, assumono le seguenti forme: *a)* sussidi e contributi monetari; *b)* prestazioni e servizi; *c)* convenzioni e scontistica[64].

[61] In ogni caso, non sembra che l'esercizio della delega avrebbe consentito di risolvere l'annosa questione della natura facoltativa od obbligatoria delle prestazioni di assistenza erogate dalle Casse di previdenza, posto che il criterio direttivo di cui all'art. 6, comma 1, legge n. 81 del 2017 prevedeva la mera «*abilitazione* degli enti previdenziali di diritto privato […] ad attivare […] anche altre prestazioni sociali» (corsivo dell'A.).

[62] Sull'argomento, nonché per alcune considerazioni sulle prospettive di riforma del sistema di *welfare* dei liberi professionisti, A. ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutela prima, durante e dopo la pandemia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 2, pp. 209 ss.; G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 3, pp. 587 ss. Sulle prestazioni straordinarie erogate dalle Casse di previdenza a sostegno dei liberi professionisti nel contesto della pandemia v. AdEPP, *I Rapporto AdEPP sul Welfare. Con un focus sul Welfare della crisi e del sostegno alla ripresa*, Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 33 ss., ove tra le diverse misure implementate si menzionano: bonus cumulabili con gli indennizzi pubblici, finanziamenti a tasso zero, contributi per i canoni di locazione dello studio professionale e per l'acquisto di beni strumentali, agevolazioni per il credito anche mediante la stipula di nuove convenzioni con banche e assicurazioni, indennità a seguito di ricovero e per quarantena (obbligatoria e/o fiduciaria), rimborsi post-ricovero, contributi per la diagnostica (tamponi, test sierologici, etc.), consulenze medico-specialistiche, polizze sanitarie gratuite per indennizzi in caso di infezione da virus SARS-CoV-2.

[63] Sulle differenti forme di assistenza erogate dalle varie Casse di previdenza, F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza*, cit., pp. 232 ss.

[64] Sul punto, per un raffronto, nonché per approfondimenti, cfr. AdEPP, *I Rap-*

Quanto alle seconde, invece, può dirsi che i servizi offerti dalle Casse di previdenza afferiscono ai seguenti macro-ambiti: *a*) salute (assistenza a disabili gravi; assistenza domiciliare; interventi chirurgici, ambulatoriali o ospedalieri; assistenza sanitaria; assistenza sanitaria per il nucleo familiare; case di riposo o istituti di ricovero; *long term care*; servizi per la salute); *b*) supporto alla professione (assistenza fiscale; beni e servizi per la professione; consulenze e collaborazioni; formazione; prestito d'onore o di avvio allo studio; prodotti assicurativi; promozione a sostegno dell'attività professionale; *software* e servizi informatici); *c*) sostegno al reddito (sussidi in caso di eventi straordinari o calamità; sussidi in caso infortunio, malattia o inabilità temporanea; rimborso delle spese funerarie; sussidi in caso di stato di bisogno; sussidio in caso di decesso); *d*) conciliazione vita-lavoro (asili nido e *baby sitting*; sostegno alla genitorialità); *e*) tempo libero e acquisti (prodotti bancari e assicurativi; mezzi di trasporto privati; alberghi, hotel e terme; fitness e spa; viaggi e vacanze)[65]. Insomma, prestazioni di diversa natura che sembrano assolvere a molteplici funzioni e rispondere ad altrettanti interessi costituzionalmente tutelati (in merito v. *amplius infra*, § 5). Ecco, quindi, che torna nuovamente utile – e meglio si comprende – la distinzione terminologica sopra proposta tra trattamenti assistenziali e prestazioni di *welfare*, ovvero tra prestazioni di tipo obbligatorio e facoltativo: mentre alle prime appartengono – ad esempio – le forme di sostegno al reddito, vanno ascritte alle seconde le misure di supporto alla professione, nonché quelle relative al tempo libero e agli acquisti, misure che, sebbene siano dirette a soddisfare interessi meritevoli di tutela, rispondono indubbiamente ad una logica differente rispetto a quella dell'art. 38, comma 1, Cost.

Tanto chiarito, nonostante le numerose similitudini, va detto come il confronto puntuale tra le diverse misure attivate dalle singole Casse sia reso difficoltoso da modalità, strumenti e criteri di assegnazione tra loro diversificati e che – ovviamente – rispondono alle specificità proprie dei differenti gruppi professionali. Inoltre, va tenuto bene a mente come determinate misure possono essere classificate in maniera diver-

porto AdEPP sul Welfare, cit., 26 ss.

[65] Cfr. AdEPP, *I Rapporto AdEPP sul Welfare,* cit., 26 ss., nonché F. OLIVELLI, *Le funzioni di* assistenza, cit., pp. 232 ss.

sa dalle singole Casse oppure essere trasversali ad uno o più ambiti di intervento, circostanza che complica ulteriormente la comparazione tra le prestazioni offerte dai vari enti. Infine, occorre sottolineare che, spesso, una determinata attività può comportare, a seconda dei casi, un intervento finanziario a totale o prevalente carico della Cassa oppure prevedere solo agevolazioni e contributi, rimanendo il costo a carico dell'iscritto. Cionondimeno, pare comunque utile osservare da vicino le prestazioni di assistenza erogate da alcune Casse privatizzate, sì da avere un'idea più chiara delle forme di *welfare* attualmente diffuse nell'ambito delle libere professioni. Particolarmente esemplificativi sono i casi relativi all'Ente di previdenza dei periti industriali e dei periti industriali laureati e alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense.

4.1. Le prestazioni assistenziali per i periti industriali

Con la finalità di estendere la tutela pensionistica e assistenziale a quei «soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione, senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è subordinato all'iscrizione ad appositi albi o elenchi»[66] non ricompresi nella precedente privatizzazione degli Enti gestori[67], l'Ente previdenziale dei periti industriali e periti industriali laureati (EPPI) è stato istituito *ex novo* in data 8 maggio 1996 come fondazione monocategoriale di diritto privato, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) del d.lgs. 10 febbraio 1996 n. 103.

Nel valorizzare il ruolo dei "privati" in ambito sociale[68] riconoscendo agli stessi crescenti responsabilità tanto gestionali quanto di

[66] G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione*, cit., p. 4, cui si rinvia per i riferimenti all'art. 2, comma 25, legge 8 agosto 1995 n. 335.

[67] Cfr., *ex multis*, C. GULLÌ, *Riordino e soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza*, in M. PERSIANI, M. CINELLI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale dalle leggi "Amato" alla finanziaria del 1995*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 413 ss.; R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995; L. CARBONE, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Utet, Torino, 1998; e G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti e la privatizzazione degli enti gestori*, cit., p. 99.

[68] M. GAMBACCIANI, *I limiti dell'autonomia normativa,* cit., p. 152.

(auto) finanziamento e conservazione dell'equilibrio finanziario[69], l'ente è disciplinato dalle norme del predetto decreto, da quelle del d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509, nonché da quelle del codice civile in tema di fondazioni, in quanto compatibili[70]. Attività principale si rinviene – ai sensi dell'art. 3 dello Statuto – nella tutela previdenziale a favore degli iscritti, dei loro familiari e superstiti, cui viene aggiunta la possibilità di "realizzazione di forme pensionistiche complementari" (comma 3), quella di "attuare forme di incentivazione alla professione favorendo l'accesso al credito degli iscritti, nei limiti delle disponibilità di bilancio" (comma 4), di "attuare trattamenti di assistenza sanitaria integrativa, oltre che ulteriori trattamenti volontari di previdenza, nonché assistenziali di solidarietà, mediante apposite gestioni autonome" (comma 5) unitamente a "forme di assistenza" obbligatorie e facoltative (comma 6).

Per quanto qui rileva, inoltre, l'EPPI, compatibilmente con le disponibilità di bilancio e comunque in subordine e senza pregiudizio delle attività previdenziali obbligatorie[71], può implementare "attività di promozione e sviluppo dell'esercizio della libera professione", nonché altre misure di politica attiva volte a promuovere le finalità istituzionali dell'ente stesso (comma 7).

Tale *mission* "polifunzionale" è ribadita nel Titolo III (rubricato "Attuazione delle attività di assistenza") del Regolamento per l'attuazione delle attività di previdenza, approvato il 30 marzo 2017, il cui art. 25 conferma che l'ente «può provvedere alla attuazione di forme di assistenza facoltative ai sensi dell'articolo 3 commi 2 e 3, dello Statuto dell'Ente, attraverso deliberazione del Consiglio di Indirizzo

[69] In punto, G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione*, cit., 5-6, nonché C. cost. 11 gennaio 2017, n. 7, in *Giur. it.*, 2017, pp. 702 ss., con nota di G. BERETTA, *La Corte costituzionale boccia il "prelievo forzoso" statale a carico degli enti previdenziali privatizzati*.

[70] Così l'art. 1 dello Statuto dell'ente, originariamente approvato dai Ministeri vigilanti con Decreto interministeriale del 11 agosto 1997 e successivamente modificato con delibera del Consiglio di Indirizzo Generale 29 marzo 2019 n. 29, cui è seguita nuova approvazione con decreto del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze, in data 27 dicembre 2019.

[71] G. FRANZA, *L'autonoma delle Casse di previdenza*, cit., pp. 794-795.

Generale, da sottoporre all'approvazione dei Ministeri vigilanti, che preveda la costituzione di specifici fondi appositamente finanziati»[72].

In tale quadro di riferimento, si conferma come il tema dell'assistenza e del sostegno alla categoria sia sempre meno qualificabile quale mero complemento (eventuale ed accessorio) della funzione previdenziale e l'EPPI, non diversamente da altre Casse[73], ha progressivamente regolato – *sub specie* di bandi aperti agli iscritti – l'erogazione di un ampio ventaglio di misure, che potremmo definire come "*welfare* integrato", chiamate a supportare la vita privata e lavorativa dei propri professionisti.

Accanto all'assistenza sanitaria integrativa (quale pilastro di sviluppo di *welfare* integrativo), tali misure muovono in parte dalla soddisfazione dell'interesse costituzionale alla liberazione dai bisogno della "persona"[74], ma, come si esemplificherà meglio tra poco, si articolano altresì verso la fornitura di servizi ulteriori (definiti e giustificati in qualche occasione alla stregua di servizi "capacitanti"), in quanto finalizzati a tutelare e sviluppare le competenze del professionista[75].

Da una lettura trasversale dei servizi e delle prestazioni assistenziali erogate da EPPI in questi anni, si possono isolare infatti almeno cinque elementi di riferimento che ne definiscono il perimetro di azione entro cui si sono sviluppate le attività di assistenza. Tali categorie sono il sostegno alla professione; la tutela della salute; la tutela della famiglia; la copertura dei danni da eventi straordinari, calamità e da neces-

[72] Tali forme di assistenza vengono disciplinate mediante regolamento attuativo da sottoporre all'approvazione dei Ministeri Vigilanti ai sensi dell'art. 3 comma 2 d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509. In punto, si vedano le delibere n. 53, 56, 57, 58, 59 del 10 marzo 2021.

[73] Cfr. *Il Primo rapporto sugli enti istituiti con d.lgs. n. 103/1996 – Vent'anni di previdenza privata,* a cura del *Centro Studi e Ricerche Itinerari Previdenziali*, https://www.adepp.info/wp-content/uploads/2016/12/Primo-Rapporto-Casse-103-completo-v.4-senza-1.5-1.pdf.

[74] G. CANAVESI, *Percorsi del welfare tra interesse pubblico e libertà. Un tentativo di lettura con l'occhio alla previdenza e all'assistenza sociale*, in A. CANAVESI (a cura di), *Dialoghi sul welfare*, Fondazione per la sussidiarietà, 2014, pp. 10-11.

[75] Cfr. *I nuovi orizzonti dell'EPPI: nuove strategie ed innovazione dell'offerta previdenziale e assistenziale* (indagine a cura del Censis), p. 67, https://www.eppi.it/files/ebook_pagaffiancate_stampa1.pdf.

sità impreviste e, infine, il supporto al processo di informatizzazione per accedere alle prestazioni precedentemente elencate.

Sotto il primo profilo, oltre ad agevolazioni contributive e di accesso al credito, le azioni di supporto al lavoro propriamente dette (tra cui: aggiornamento formativo continuo, tirocini pratici, borse di studio, iniziative volte all'acquisizione di nuove competenze o ad incrementare l'interdisciplinarità della professione e la ricerca di nuovi clienti, etc.), si sostanziano in significativi contributi in conto interesse per prestiti o mutui per l'acquisto/costruzione/ristrutturazione dello studio professionale (nonché della prima casa)[76].

In secondo luogo, in risposta alla crescente centralità assunta dal tema della tutela della salute ormai da declinarsi in chiave bio-psico-sociale[77], l'ente ha affiancato alle possibilità offerte dall'assistenza sanitaria integrativa (di regola, strutturata attraverso polizze-convenzioni tali da coprire bisogni di assistenza di lungo termine e i casi più gravi di infortunio e malattia, eventualmente con la possibilità di un'estensione ai familiari) quella di rimborsare – nei limiti di massimali annui piuttosto elevati – le spese mediche e di assistenza temporanea[78], offrendo parimenti contributi a copertura di visite e terapie specialistiche, esami e accertamenti diagnostici (anche con funzione di mera

[76] Per una panoramica di interventi eccezionali volti a contrastare gli effetti della pandemia Covid-19 (tra cui, in particolare, il c.d. Reddito di ultima istanza), cfr. F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, pp. 238; M. CINELLI, *Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine, pensando al dopo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2, pp. 316; M. CINELLI, C.A. NICOLINI, *La previdenza nell'anno della pandemia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 1, pp. 25 ss., spec. par. 21. Diversamente, in merito alla scarsa propensione delle Casse a sostenere prestazioni di integrazione del reddito in caso di disagio economico dell'iscritto, F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza*, cit., p. 231.

[77] Si pensi alla definizione di salute rinvenibile nell'art. 2, comma 1, lett. o) d.lgs. n. 81 del 2008 (dove si prevede che la salute è lo "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità") o, muovendo da una prospettiva risarcitoria, a quanto previsto dall'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38.

[78] P. ROSSI, *La tutela previdenziale e assistenziale delle casse dei professionisti. Aspetti medico-legali*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 404 ss.

prevenzione e monitoraggio periodico) e di spese per protesi ortopediche, dentarie, acustiche o ottiche[79].

A margine di queste previsioni[80], la Cassa interviene nella risposta a possibili calamità naturali o altri "imprevisti", al fine di favorire in tempi ragionevoli il riavvio e il prosieguo dell'attività professionale, per poi soffermarsi più puntualmente sul delicato tema del sostegno alla genitorialità e della conciliazione vita-lavoro.

Pur storicamente caratterizzata da iscritti in netta prevalenza di sesso maschile ma a riprova invece di una certa uniformità nei servizi di assistenza offerti da tutte le Casse, il tema del sostegno alla "famiglia" si è sviluppato negli ultimi anni in modo significativo: da un lato, adeguandosi alle necessità delle donne professioniste e a quanto previsto dal d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, si è rafforzata la tutela della maternità e, più in generale, dei figli minori (attraverso, ad esempio, il sostegno alle spese per l'istruzione, ricomprendendovi anche gli asili nido), dall'altro, si sono aggiunti sussidi per le spese funerarie, emolumenti a favore di figli minori in caso di decesso dell'iscritto e rimborsi (o sussidi in caso di disabilità dei componenti del nucleo familiare) per l'assistenza ai familiari, direttamente erogati dalla Cassa.

In sintesi, si conferma un quadro di assistenza diversificato, con modalità, strumenti e criteri di assegnazione dei servizi rispondenti a logiche molteplici e bisogni poco sistematizzati[81], a maggior ragione quando distinti per finanziamento (a totale o prevalente carico della Cassa oppure, prevedendo solo agevolazioni e contributi parziali, a carico dell'iscritto)[82]. Confermata, ad ogni modo, rimane la tendenza al

[79] In punto, *L'offerta di welfare delle Casse di previdenza-Eppi, Relazione Mefop*, in *www.cnpi.eu*.

[80] In merito alle quali, circa un "obiettivo di elevazione e rafforzamento delle condizioni di status", si rinvia a M. CINELLI, *Libertà dal bisogno, solidarietà e autonomia nella previdenza dei professionisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, 1, p. 117.

[81] Dubbi ulteriori concernono il tema della reale adeguatezza dei criteri di accesso all'assistenza e della sua valutazione (e trasferibilità) in contesti professionali diversificati, peraltro secondo una sindacabilità, di esclusiva competenza delle singole Cassa.

[82] Si considerino le c.d. convenzioni di regola previste per il tempo libero e gli acquisti (ad es. scontistica per soggiorni in hotel, acquisto o noleggio di mezzi di trasporto, abbonamento a centri sportivi e benessere, etc.), ad oggi invero poco o per nulla sviluppate dall'EPPI.

rafforzamento di questi nuovi esempi di "solidarietà endocategoriale"[83], chiamati a bilanciare protezione sociale e interiorizzazione dei servizi finalizzati alla crescita del capitale umano.

4.2. Le prestazioni assistenziali per la professione forense

Per gli avvocati iscritti all'albo e, in via facoltativa, anche per i praticanti iscritti nei relativi registri, le funzioni previdenziali e assistenziali sono oggi assolte dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense[84].

La Cassa è stata interessata dal processo di privatizzazione attuato dal d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, che ne ha comportato la trasformazione in un soggetto di diritto privato e l'assunzione della forma giuridica della fondazione, pur continuando a svolgere le precedenti funzioni con autonomia gestionale, organizzativa e contabile: autonomia che il legislatore può limitare soltanto se ciò risulti funzionale rispetto all'attività pubblicistica svolta[85].

[83] In via del tutto esemplificativa, si vedano in passato C. cost. 4 maggio 1984, n. 132 e n. 133, e C. cost. 31 luglio 2000, n. 404.

[84] L'istituto è stato dapprima qualificato quale «Ente di Previdenza in favore degli Avvocati e Procuratori», con il compito di provvedere ad erogazioni temporanee o continuative a favore dei professionisti iscritti e delle loro famiglie (l. 13 aprile 1933, n. 406). La l. 8 gennaio 1952, n. 6, ha successivamente istituito la «Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore degli avvocati e procuratori», riconoscendone anche dal punto di vista formale la specifica funzione di fornire sia tutele previdenziali che assistenziali; la citata norma è stata successivamente modificata dalla l. 20 settembre 1980, n. 576 e dalla l. 11 febbraio 1992, n. 141. Sulla generale disciplina della previdenza degli esercenti la professione forense M. AGLIATA, *I trattamenti pensionistici degli avvocati*, in G. CANAVESI (a cura di), *La previdenza dei liberi professionisti,* cit., pp. 259 ss.; L. CARBONE*, La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio*, cit., pp. 107 ss.

[85] La scelta di adottare la forma giuridica della fondazione implica la sottoposizione alle regole di cui agli artt. 14 e ss. del Codice civile, sebbene sia stato evidenziato come nei fatti la Cassa si discosti da tale modello codicistico, le cui disposizioni hanno assunto, pertanto, un ruolo sussidiario rispetto alla normativa speciale. Cfr. sul tema I. BRESCIANI, *I poteri normativi della Cassa forense dopo la privatizzazione. L'inquadramento dogmatico e gli orientamenti della giurisprudenza*, *https://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=139&section=1* , Modena, 2021, p. 11

Negli anni successivi sono stati diversi gli interventi legislativi che hanno fatto dubitare della effettiva natura dell'ente, limitandone di fatto i caratteri privatistici a favore di un ampio controllo pubblico[86]; in particolare, è stato oggetto di incessanti dibattiti il tema dei poteri normativi dell'Istituto e, di riflesso, la portata dei provvedimenti dallo stesso emanati, nonché il loro collocamento nella gerarchia delle fonti interne[87].

L'attenzione, come prevedibile, si è focalizzata sui regolamenti adottati per disciplinare le misure previdenziali e assistenziali in favore degli iscritti, i quali sono stati ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale al processo di privatizzazione sopra richiamato, precisando

ss.; G. CANAVESI, *L'incerto destino della privatizzazione,* cit., pp. 3 ss.; G. SCARTOZZI, voce *Privatizzazioni. VI) Privatizzazione degli enti previdenziali*, in *Enc. giur.,* 1996, vol. XXIV, p. 3.

[86] Tra questi si ricordano, in via esemplificativa, la sottoposizione alla vigilanza della COVIP (Commissione di vigilanza sui fondi pensione) ad opera del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (conv. con modif. in l. 15 luglio 2011, n. 111) e i numerosi provvedimenti finalizzati ad assicurarne la stabilità della gestione e l'equilibrio di bilancio (art. 3, c. 12, l. 8 agosto 1995, n. 335, successivamente modificato dall'art. 1, c. 763, l. 27 dicembre 2006, n. 296, a sua volta riformato dall'art. 24, c. 24, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. in l. 22 dicembre 2011, n. 214). Sul tema si rimanda a P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, cit., pp. 327 ss.; S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm*., 1995, pp. 121 ss.; G. MOSCA, *Profili privatistici e pubblicistici degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, in *Prev. forense*, 2017, 1, pp. 36 ss.; G. PROSPERETTI, *L'autonomia delle Casse dei liberi professionisti*, in *Lav. prev. oggi*, 2010, pp. 949 ss.; A. RENZI, *Funzione pubblicistica delle casse previdenziali private*, in *Riv. dir. sic. soc*., 2013, 2, pp. 391. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 e Cass. 25 novembre 2004, n. 22240, entrambe in *Dejure*.

[87] I. BRESCIANI, *La Cassa forense dopo la privatizzazione*, in *Var. temi dir. lav.,* numero straordinario, 2020, pp. 1383 ss.; M. GAMBACCIANI, *I limiti dell'autonomia normativa*, cit., pp. 145 ss.; M. LUCIANI, *I problemi dell'autonomia*, in *Prev. forense*, 2000, 4, pp. 26 ss.; G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., pp. 97 ss. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali: I. BAGLI, M. PIZZUTELLI, *L'autonomia normativa di Cassa Forense: limiti, presupposti e controlli*, in *Prev. forense*, 2021, 2, pp. 105 ss.; L. CAVALLARO, *La potestà normativa della Cassa Forense nella giurisprudenza di legittimità*, in *Prev. forense*, 2021, 2, pp. 100 ss.

come tale assetto derivi da una «sostanziale delegificazione della materia»[88].

Per quel che di interesse in questa sede, si consideri che il catalogo delle prestazioni erogate dalla Cassa è stato riunito, a far data dal 1° gennaio 2021, all'interno del Regolamento Unico della Previdenza Forense[89], con l'obiettivo di rendere più immediata la conoscenza e l'applicazione delle misure previdenziali e di armonizzare le norme contenute nei previgenti regolamenti (oggi abrogati).

Ai sensi dell'art. 43 del Regolamento *cit.* la Cassa corrisponde, su domanda degli aventi diritto, diverse prestazioni previdenziali; tra queste, oltre alla pensione di vecchiaia, anche quella di vecchiaia anticipata e quelle di anzianità, di invalidità, di inabilità, di reversibilità, la pensione indiretta e la pensione di vecchiaia contributiva.

All'interno del Regolamento Unico, tuttavia, non vi è nessun riferimento a misure di natura assistenziale o di *welfare*; per queste, infatti, è stata predisposta una disciplina *ad hoc* nell'ambito del Regolamento per l'erogazione dell'assistenza, che ha introdotto dal 2015 strumenti finalizzati a soddisfare situazioni di bisogno individuale e a sostegno della famiglia, della salute e dell'esercizio della professione[90].

L'obiettivo che il Regolamento si propone è quello di fornire agli avvocati un sistema adeguato alle nuove esigenze sorte nell'attuale contesto economico e sociale, proseguendo il percorso improntato a modelli solidaristici che aveva già preso avvio con le riforme degli anni precedenti[91]. Tale approccio consente, da un lato, di compensare le ca-

[88] C. cost. 28 ottobre 2016, n. 254.

[89] Regolamento deliberato dal Comitato dei Delegati il 21 febbraio 2020 e approvato con nota del Ministero del Lavoro del 21 luglio 2020 (G.U. serie generale n. 200 dell'11 agosto 2020).

[90] Regolamento deliberato dal Comitato dei Delegati il 24 luglio 2015 e approvato con decreto interministeriale del 25 settembre 2015 (G.U. serie generale n. 240 del 15 ottobre 2015).

[91] L. CARBONE, *La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari*, in G. CANAVESI (a cura di), *Previdenza sociale, vincoli di bilancio*, cit., p. 114; P. POZZAGLIA, *La previdenza dei liberi professionisti,* cit., pp. 897 ss., che evidenzia come il principio solidaristico debba di fatto essere bilanciato con quello di proporzionalità tra pensione e contribuzione personale «nel senso del tendenziale equilibrio tra sostenibilità della gestione e adempimento del precetto costituzionale dell'art. 38».

renze del sistema di *welfare* pubblico (senza sostituirlo) e, dall'altro, di rafforzare la funzione socioassistenziale dell'ente, consolidando il rapporto fiduciario con l'iscritto[92].

Da quanto precede, inoltre, si desume come, nonostante l'avvenuta privatizzazione ad opera del d.lgs. n. 509 del 1994, permanga sullo sfondo la matrice *lato sensu* pubblicistica dell'attività (e delle finalità) della Cassa, derivante dalla natura degli interessi perseguiti e dal loro rilievo costituzionale. Ciò, tuttavia, difficilmente potrebbe incidere sulla natura degli atti predisposti dall'ente per disciplinare le misure di *welfare*, posto che, trattandosi di un soggetto di natura privata, non potrà che emanare atti della medesima specie, seppure rivolti alla tutela di interessi pubblici[93].

Passando ora all'analisi delle misure previste a favore degli iscritti, il Regolamento ne prevede la suddivisione in cinque macrocategorie: *a*) prestazioni in caso di bisogno[94]; *b*) prestazioni a soste-

[92] M. BACCI, Welfare *e casse di previdenza*, in *Prev. forense*, 2021, 1, pp. 4 ss.

[93] Tale assetto, peraltro, non sottrae gli atti di regolamentazione degli enti privatizzati dal rispetto dei principi costituzionali (oltre che, come ovvio, di quelli posti dalla legge all'autonomia degli enti). Cfr. C. cost. 28 ottobre 2016, n. 254, in *www.giurcost.org*; G. PROIA, *La previdenza dei liberi professionisti*, cit., pp. 97 ss.

E del resto la stessa Corte Costituzionale ha chiarito come «L'abbandono di un sistema interamente disciplinato dalla legge - dopo la trasformazione della Cassa in fondazione di diritto privato, al pari di altre casse categoriali di liberi professionisti, in forza del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509 - e l'apertura all'autonomia regolamentare del nuovo ente non hanno indebolito il criterio solidaristico di base, che rimane quale fondamento essenziale di questo sistema integrato, di fonte ad un tempo legale (quella della normativa primaria di categoria) e regolamentare (quella della Cassa, di natura privatistica). Con il citato d.lgs. n. 509 del 1994, il legislatore delegato, in attuazione di un complessivo disegno di riordino della previdenza dei liberi professionisti (art. 1, comma 23, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, recante «Interventi correttivi di finanza pubblica»), ha arretrato la linea d'intervento della legge (si è parlato in proposito di delegificazione della disciplina: da ultimo, Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza 13 febbraio 2018, n. 3461), lasciando spazio alla regolamentazione privata delle fondazioni categoriali, alle quali è assegnata la missione di modellare tale forma di previdenza secondo il criterio solidaristico»; cfr. C. Cost. 30 marzo 2018, n. 67, in *Dejure*.

[94] Erogazioni per esigenze individuali per fronteggiare difficoltà economiche a causa di eventi straordinari, involontari e imprevedibili, trattamenti a favore dei titolari di pensione diretta a carico della Cassa che abbiano compiuto ottant'anni oppure

gno della famiglia[95]; *c*) prestazioni a sostegno della salute[96]; *d*) prestazioni a sostegno della professione[97]; *e*) prestazioni per spese fu-

trattamenti a favore dei titolari di pensione diretta a carico della Cassa che abbiano compiuto almeno settant'anni e che siano riconosciuti invalidi civili al 100%; le predette misure non sono cumulabili tra loro né con altri strumenti assistenziali previsti dal Regolamento e riconducibili al medesimo evento. Cfr. artt. 2, 3, 4 e 5 del Regolamento per l'assistenza

[95] Trattasi di prestazioni rivolte ad una platea di beneficiari più ampia e aventi ad oggetto erogazioni in favore dei superstiti e dei titolari di pensione diretta cancellati dagli albi, indiretta o di reversibilità; erogazioni in caso di familiari (coniuge, figli o genitori) non autosufficienti con invalidità *ex* art. 3, comma 3, della l. n. 104 del 1992; borse di studio per gli orfani degli iscritti; borse di studio per i figli degli iscritti; altre provvidenze a sostegno della genitorialità. Cfr. artt. 6, 7, 8 e 9 del Regolamento per l'assistenza.

[96] Queste sono rivolte a tutti gli iscritti alla Cassa, anche pensionati, e consistono nella copertura economica dei gravi eventi morbosi e dei grandi interventi chirurgici che colpiscono o a cui è sottoposto l'iscritto o un familiare con esso convivente (ma in questo caso l'estensione della copertura ai familiari conviventi sarà esclusivamente a carico dell'iscritto); in convenzioni e sconti con case di cura, istituti termali e cliniche odontoiatriche; in interventi di medicina preventiva; in polizze di assistenza per lungodegenza, premorienza e infortuni; in convenzioni per l'attivazione di prestiti ipotecari vitalizi; in contributi per spese di ospitalità in istituti per anziani, per malati cronici o lungodegenti e in un contributo per spese di assistenza infermieristica domiciliare temporanea. Cfr. artt. 10, 11, 12 e 13 del Regolamento per l'assistenza.

[97] A loro volta distinte in: *a*) iniziative a favore della generalità degli iscritti (assistenza indennitaria in caso di infortunio o malattia che abbia impedito l'attività professionale per almeno due mesi, convenzioni stipulate al fine di ridurre i costi e agevolare l'esercizio della professione, assistenza in caso di catastrofi o calamità naturali che abbiano causato danni agli immobili e/o ai beni strumentali incidendo sull'attività professionale, agevolazioni per l'accesso al credito, per la concessione di mutui e per l'accesso al credito mediante la cessione del quinto della pensione, contributi o convenzioni per la fruizione di asili nido e scuole materne e ogni altra iniziativa atta a favorire la conciliazione tra attività lavorativa e impegni familiari); *b*) iniziative a favore dei giovani fino al compimento dei quarantacinque anni (agevolazioni per l'accesso al credito finalizzato all'avviamento dello studio professionale o per la costituzione di nuovi studi associati o società tra professionisti, organizzazione di corsi qualificanti, borse di studio per l'acquisizione del titolo di specialista, di cassazionista e per l'acquisizione di specifiche competenze professionali); *c*) iniziative a favore degli iscritti attivi percettori di pensione di invalidità (contribuzione finalizzata all'attenuazione delle difficoltà all'esercizio della professione, nei casi in cui l'iscritto debba sostenere costi aggiuntivi per l'acquisizione di tecnologie indispensabili per l'esercizio della pro-

nerarie[98]. La loro erogazione avviene attraverso gli appositi bandi per l'assistenza, pubblicati nel sito della Cassa, nonché tramite un articolato sistema di convenzioni e scontistica, con risparmi e agevolazioni per gli iscritti nei settori di interesse; i soggetti beneficiari sono individuati in base a criteri quali l'età, lo stato di salute o la situazione reddituale.

Condizione comune da rispettare per beneficiare delle misure appena elencate è la regolarità delle comunicazioni reddituali alla Cassa.

Agli strumenti sopra analizzati si sono poi aggiunti quelli predisposti durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, nell'ambito della quale la Cassa forense è intervenuta in maniera consistente (e con un impegno economico non trascurabile) per fornire tutele in favore dei propri iscritti, implementando le misure di sostegno già introdotte per i lavoratori autonomi in generale dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e dalla legislazione emergenziale successiva[99]; al di là dalla qualificazione formale,

pria attività e/o per raggiungere gli uffici giudiziari o il proprio studio). Cfr. artt. 14, 15, 16, 17 e 18 del Regolamento per l'assistenza.

[98] Consistenti in un rimborso erogato a favore dei prossimi congiunti (o, in alternativa, a favore del coniuge anche legalmente separato, dei parenti entro il terzo grado e degli affini entro il secondo grado) dell'iscritto o del titolare di pensione diretta deceduto. L'importo massimo del contributo è stabilito nella misura di 4.000,00 euro e potrà essere modificato con delibera del Comitato dei Delegati. Cfr. artt. 19, 20 e 21 del Regolamento *cit*.

[99] Non potendo, per ragioni di sintesi, fornire un'analisi dettagliata delle predette tutele, basti qui ricordare i bandi straordinari per l'assegnazione di contributi per canoni di locazione dello studio legale, per l'acquisto di strumenti informatici, per il rimborso dei costi per l'attività professionale e, infine, le varie convenzioni per l'accesso al credito agevolato. Diversi sono poi stati gli interventi a carattere sanitario e assicurativo, tramite l'estensione della polizza già in essere con Unisalute a situazioni di bisogno connesse alle infezioni da Covid-19 (ad esempio, diaria giornaliera in caso di ricovero o isolamento, indennità post ricovero, servizio di video consulto medico). Infine, si segnalano gli interventi di natura strettamente previdenziale, quali il differimento dei termini per l'invio del Modello n. 5/2020 e per il pagamento dei contributi in autoliquidazione ad esso connessi, nonché di quelli per il pagamento degli oneri previdenziali (diversi dai contributi minimi obbligatori e dai contributi da versare in autoliquidazione) e del contributo minimo soggettivo e di maternità per l'anno 2020. Cfr. sul tema M. PROIETTI, *Covid 19: gli interventi di Cassa Forense*, in *Prev. forense*, 2020, 2, pp. 99 ss.; S. BONFIGLIO, *Misure assistenziali di Cassa Forense, i provvedimenti speciali per l'emergenza Covid-19*, in *Prev. forense*, 2020, 3, pp. 210 ss. Per un'analisi generale delle misure di protezione predisposte per i lavoratori autonomi durante

trattasi di misure accomunate dal carattere temporaneo ed eccezionale, la cui erogazione spesso prescinde dall'effettiva situazione di bisogno, richiedendo talvolta soltanto la sussistenza di una diminuzione del reddito o del fatturato rispetto agli anni precedenti[100].

Il catalogo delle prestazioni disponibili appare alquanto variegato e, in alcuni casi, queste risultano evidentemente dirette a soddisfare esigenze specifiche dipendenti dall'interesse del singolo professionista nonché dalla natura e dalle caratteristiche della libera professione in sé. Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se tale assetto incida sulla configurazione degli strumenti in questione e, come anticipato (cfr. § 4), se possa ravvisarsi un obbligo in capo alla Cassa di prevedere appositi interventi di tipo assistenziale.

A tal riguardo occorre considerare che, sebbene la Cassa forense sia stata istituita per fornire una tutela esclusivamente previdenziale, di fatto già la l. 8 gennaio 1952, n. 6 aveva riconosciuto l'esigenza di attribuirle funzioni di «assistenza»; si deve poi ricordare che nell'ambito del processo di privatizzazione, l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 509 del 1994 aveva previsto che «gli enti trasformati *continuano* a svolgere le attività previdenziali e assistenziali» (corsivo dell'A.), presupponendo dunque la sussistenza di attività di tale genere anche prima della sua entrata in vigore.

La risposta al quesito iniziale non appare scontata e, alla luce della varietà delle misure sopra illustrate, risulta complesso rinvenire una collocazione sistematica all'interno della Costituzione per il *welfare* degli esercenti la professione forense. Pertanto, sebbene si possa considerare comunque evidente la riconducibilità delle prestazioni in analisi sia al primo che al quinto comma dell'art. 38 Cost. [101], potrebbe essere limitante ridurre la questione in termini di doverosità costituzionale (v. *infra* § 5).

Le considerazioni svolte, peraltro, hanno dei riflessi anche con riferimento al tema del finanziamento degli interventi di *welfare*, il quale

l'emergenza pandemica si rimanda a A. ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale*, cit., p. 231; F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza*, cit., pp. 229 ss.

[100] G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi,* cit., pp. 587 ss.

[101] Sul tema, ancora F. OLIVELLI, *Le funzioni di assistenza*, cit., pp. 225 ss.

non potrà in ogni caso andare a detrimento della funzione obbligatoria e della garanzia di sostenibilità di bilancio imposta agli enti privatizzati[102].

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce delle risultanze emerse dallo studio del "diritto vivente", ovvero dall'analisi dei contratti e degli accordi collettivi di riferimento e dei regolamenti degli enti previdenziali privatizzati, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive riguardanti il collocamento costituzionale e le implicazioni di sistema derivanti dallo sviluppo e dalla diffusione di forme di *welfare* negoziale nell'ambito del lavoro autonomo.

Innanzitutto, occorre definire e circoscrivere il concetto di *"welfare* negoziale", ovvero precisare la valenza che viene ad assumere tale espressione nel vasto ambito del lavoro autonomo. Fatto questo, sarà possibile svolgere alcune considerazioni sistematiche inerenti al collocamento costituzionale delle prestazioni di *welfare* negoziale previste in favore dei lavoratori autonomi, questione non priva di serie ricadute pratiche se sol si considera che il ricondurle all'art. 36 Cost. piuttosto che all'art. 38, comma 1, Cost. o ad altre disposizioni della Carta fondamentale non rappresenta un'opzione "neutra", specie per quanto attiene il finanziamento delle medesime.

Ebbene, come accennato, va in primo luogo definita la portata del concetto di "*welfare* negoziale" nell'ambito del lavoro autonomo, precisazione che appare dovuta, non potendosi trasporre in maniera automatica il significato che assume tale espressione nel contesto del lavoro subordinato. Difatti, se nell'ambito di quest'ultimo l'utilizzo di tale espressione implica la sussistenza di un piano di *welfare* frutto di

[102] Per il finanziamento delle misure assistenziali il Regolamento del 2015 prevede lo stanziamento di importi annui variabili, parametrati al numero degli iscritti e imputati al gettito del contributo integrativo. Ai sensi dell'art. 22, comma 1, del Regolamento «tale somma è determinata, anno per anno, moltiplicando il numero degli iscritti risultante al 31 dicembre dell'anno precedente per l'importo di euro 290,00, da rivalutarsi annualmente in base agli indici ISTAT per le famiglie di impiegati ed operai, con arrotondamento allo zero più prossimo».

un accordo collettivo *ex* art. 39, comma 1, Cost., da cui – appunto – la matrice negoziale, lo stesso non può dirsi – non sempre almeno – per il lavoro autonomo. Si è visto, del resto, come le prestazioni di *welfare* erogate dagli enti previdenziali di diritto privato nei confronti dei liberi professionisti non siano oggetto di alcuna contrattazione, né di alcun confronto, essendo individuate e definite direttamente dal regolamento emanato dalla singola Cassa di previdenza, la quale – inoltre – difetta di una vera controparte. In questo senso, pur avendo indubbiamente natura negoziale privatistica (v. *supra*, § 4), i regolamenti di assistenza emanati dalle Casse di previdenza non possono essere equiparati – per natura e procedimento di formazione – ad un accordo o contratto collettivo. In prima battuta, si può dunque osservare come nell'ambito del lavoro autonomo il ricorso all'espressione "*welfare* negoziale" non stia necessariamente ad indicare piani di *welfare* frutto di un contratto o accordo collettivo, come peraltro è senz'altro possibile (v. *supra*, § 2), bensì – più in generale – l'erogazione di prestazioni di *welfare* da parte di soggetti di diritto privato e disciplinate, pertanto, da atti aventi natura privatistica (v. *supra*, § 4). Ciononostante, a ben vedere, anche nel contesto del lavoro autonomo il *welfare* negoziale conserva pur sempre una dimensione "collettiva". Lo dimostra – ancora una volta – il caso limite dei liberi professionisti. Infatti, se è pur vero che il *welfare* dei liberi professionisti trova la propria fonte all'interno di un regolamento unilaterale, è altrettanto vero che tale regolamento è emanato da un soggetto latamente collettivo, essendo in qualche modo rappresentativo dei suoi iscritti. Non a caso, con riguardo a questa peculiare categoria di lavoratori autonomi si è parlato sia di *welfare* categoriale (v. *supra*, § 4), sia di solidarietà endocategoriale (v. *supra*, § 4.1), rimarcando, dunque, la sussistenza di una dimensione intrinsecamente collettiva all'agire delle Casse di previdenza e di una finalità solidaristica di base[103]. Pertanto, alla luce delle considerazioni testé svolte, deve concludersi osservando che nel contesto del lavoro autonomo il concetto di *welfare* negoziale sottintenda una pluralità di forme di *welfare* di matrice privatistica corrisposte sulla base di un accordo collettivo o di un regolamento unilaterale ed aventi, in ogni caso, una dimensione categorial-collettiva.

[103] C. cost. 30 marzo 2018, n. 67, in *Foro it*., 2018, 6, 1, 1872.

Per quanto concerne le prestazioni delle Casse considerate (Enasarco, Eppi e Cassa forense), queste paiono caratterizzarsi per un'ampia discrezionalità, sia nell'*an* sia nel *quantum*, delle erogazioni introdotte. Dalla ricognizione dei bandi e delle "condizionalità" (mai come oggi conseguenza di logiche emergenziali) che ne regolano copertura e fruizione da parte degli iscritti, si conferma infatti l'ampia autonomia gestionale e contabile e la variabile debolezza socio-economica che caratterizza ciascun Ente nell'introduzione delle misure richiamate nei paragrafi precedenti (v. *supra*, §§ 4.1 e 4.2). Al contrario, trasversale parrebbe l'accezione estensiva con cui il termine "assistenza" è stato inteso dai predetti Enti, introducendo prestazioni volte a contrastare non solo e non tanto bisogni primari degli iscritti (e, quindi, obbligatori nel senso classico del termine) ma a fornire "servizi", espressione questa di una solidarietà e promozione (*rectius*, elevazione) categoriale della professione la cui legittimità trova fondamento – con riserva del non detrimento della funzione obbligatoria e della sostenibilità di bilancio – proprio in una interpretazione adeguatrice della lettera degli statuti e dei regolamenti (e, a maggior ragione, delle leggi istitutive)[104].

Quanto alle finalità sottostanti le prestazioni di *welfare* rivolte ai lavoratori autonomi, altro elemento che contribuisce a definire la nozione di *welfare* negoziale nel contesto *de quo*, deve dirsi come le misure previste tanto dagli accordi collettivi quanto dai regolamenti di assistenza delle Casse di previdenza siano funzionali al soddisfacimento di diversi e molteplici interessi costituzionalmente rilevanti, osservazione che ci porta ad affrontare la questione successiva, ovvero quale sia il collocamento costituzionale del *welfare* negoziale nell'ambito del lavoro autonomo. Peraltro, proprio in ragione di questo ampio spettro semantico, risulta assai complesso – se non limitante – giustificare le prestazioni analizzate nell'alveo della tradi-

[104] In via del tutto esemplificativa, si ribadisce che il termine *welfare* non è quasi mai menzionato negli statuti e nei regolamenti degli Enti e lo stesso tema della formazione (e della sua promozione) solo a volte (Enasarco) trova menzione espressa (unitamente alla tutela previdenziale obbligatoria integrativa e all'assistenza sociale) mentre più comunemente viene ricompreso nello stesso concetto di "assistenza" (latamente intesa).

zionale dicotomia che le vorrebbe ancorate, alternativamente, all'art. 36 o all'art. 38 Costituzione.

A guardare in particolare le misure rivolte all'aggiornamento e alla formazione così come quelle *lato sensu* di politica attiva del lavoro, sembra che anche altri siano i riferimenti costituzionali che legittimano l'intervento delle Casse a favore dei propri iscritti, primo fra tutti l'art. 35 Cost.[105]: la disposizione, che al primo comma sancisce la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, al secondo promuove la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, compresi dunque i professionisti che nelle Casse di appartenenza possono trovare un punto solido di orientamento per la crescita individuale nel mercato del lavoro. D'altra parte, è sempre la Carta costituzionale a riconoscere e garantire, all'art. 2, i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali ove la sua personalità si svolge. Di talché, riconnettendo questa previsione al diritto al lavoro di cui al successivo art. 4 Cost., le prestazioni erogate dalle Casse assumono i connotati di strumenti idonei non solo ad ampliare lo spettro assistenziale dell'iscritto (e del suo nucleo familiare), ma anche a tutelarne – preservando e accrescendo – la professionalità, garantendo un sostegno attivo nelle diverse fasi della vita e una protezione di cui difficilmente potrebbe altrimenti godere.

Infine, pare doveroso fare un breve cenno al tema della decontribuzione. Ad oggi il legislatore è esclusivamente orientato ad incentivare il *welfare* dei soli lavoratori subordinati, dimenticando che in realtà questo strumento potrebbe rivelarsi una risorsa importante per tutelare anche i lavoratori autonomi da diversi rischi ai quali sono esposti[106]. In sostanza, mancherebbe quella leva fiscale per favorire la diffusione di queste misure, in particolare per incentivare la contrattazione dei lavoratori autonomi (che, tuttavia, nonostante il mancato sostegno legislativo in materia, ha comunque aperto la strada al *welfare*). Timidi

[105] Sugli effetti espansivi dell'art. 35, collegato all'art. 38 Cost., sul versante previdenziale anche ai lavoratori autonomi, si veda G. CANAVESI, *Le tutele per i lavoratori autonomi*, cit., p. 591; sull'esigenza di una pregnante rivalutazione dell'art. 35 Cost., F. MARTELLONI, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 3, pp. 399 ss.

[106] P. LOI, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.,* 2018, 4, pp. 843 e ss.

segnali che accennano alla necessità di universalizzare la leva fiscale provengono dalla prassi amministrativa, la quale, tuttavia, non può spingersi oltre il limite letterale della legge[107]. Dunque, è il legislatore a dover prendere atto della necessità di adeguare la normativa fiscale a quella lavoristica, il cui raggio di azione si è esteso, da tempo, verso ciò che subordinato non è.

[107] Cfr. Risp. Agenzia delle Entrate del 25 gennaio 2018, n. 10 nell'ambito della quale si riconosce allo stagista extracurriculare il diritto di essere ricompreso tra i dipendenti che possono escludere dal reddito imponibile le misure di welfare.

Welfare aziendale, premialità e partecipazione dei lavoratori

MASSIMILIANO DE FALCO, CHIARA GAGLIONE,
GIAN PIERO MARCELLINI, TOMMASO MASERATI,
ROBERTO PETTINELLI, GIANLUCA PICCO, ALESSANDRO VENTURA*

SOMMARIO: 1. *La "welfarizzazione" dei premi di risultato: l'anello di congiunzione tra premi e welfare aziendale.* – 2. *Alla ricerca di un quadro definitorio per un welfare aziendale multiforme.* – 3. *Il lavoro agile nel prisma del welfare aziendale.* – 4. *Il welfare aziendale tra interesse collettivo e bisogni individuali.* – 4.1. *Il rapporto tra livelli nella disciplina del welfare aziendale.* – 4.2. *Welfare e partecipazione: un rapporto di interconnessione funzionale.* – 5. *La bilateralità e l'evoluzione possibile del welfare contrattuale.*

1. *La "welfarizzazione" dei premi di risultato: l'anello di congiunzione tra premi e welfare aziendale*

Il presente contributo si pone come obiettivo quello di tentare di pervenire ad un inquadramento sistematico del welfare aziendale alla luce dei collegamenti che il fenomeno presenta con i premi di risultato, da un lato, e con il tema della partecipazione (dei lavoratori e sindacale), dall'altro.

Rinviando al prosieguo della trattazione la disamina del concetto di partecipazione[1] e focalizzando per ora l'attenzione esclusivamente

* Il presente scritto rappresenta la rielaborazione delle riflessioni svolte all'interno del gruppo di lavoro *Welfare aziendale, premialità e partecipazione dei lavoratori*, nell'ambito della V edizione dei *Seminari Previdenziali Maceratesi. Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza*, tenutasi presso l'Università degli Studi di Macerata dal 15 al 18 settembre 2021. Sebbene il contributo sia frutto di una riflessione comune agli autori, il § 1 è stato redatto da Gian Piero Marcellini, il § 2 da Massimiliano De Falco, il § 3 da Gianluca Picco, il § 4 da Roberto Pettinelli, il § 4.1. da Tommaso Maserati, il § 4.2. da Chiara Gaglione, il § 5 da Alessandro Ventura. Si ringrazia sentitamente il tutor del gruppo, Prof. Stefano Caffio, per le preziose osservazioni fornite nel corso della redazione del contributo.

[1] Vedi *infra,* § 4.2.

sui premi di risultato, è indubbio che questi ultimi rappresentino una fattispecie ben distinta dal welfare aziendale.

Se, infatti, con l'espressione welfare aziendale si fa comunemente riferimento all'insieme di beni, prestazioni, opere e servizi – benefit, per usare un termine onnicomprensivo – riconosciuti dal datore di lavoro, unilateralmente o tramite contrattazione collettiva, a favore della totalità o di categorie omogenee di dipendenti, al fine di migliorare le condizioni lavorative e personali degli stessi e/o dei loro familiari[2], i premi di risultato si configurano invece come somme di denaro variabili che, al ricorrere di determinate condizioni, sono assoggettate al regime di tassazione agevolata dettato dall'art. 1, commi 182-189, l. n. 208 del 2015 – d'ora in avanti Legge di Stabilità 2016 –[3].

[2] Per una definizione di welfare aziendale cfr., *ex multis*, F. MAINO, G. MALLONE, *Secondo Welfare e imprese: nesso e prospettive*, in *Riv. pol. soc.*, 2012, p. 200; M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo" welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, pp. 103-104; F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte generale)*, *ivi*, p. 636; W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI, *Trasformazioni dello Stato sociale ed ascesa del welfare aziendale. L'esperienza italiana*, in W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI (a cura di), *Modelli ed esperienze di welfare aziendale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 30; F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico del welfare aziendale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 103.

[3] La Legge di Stabilità 2016, difatti, tramite i commi 182-189 dell'art. 1, ha provveduto a reintrodurre e a stabilizzare il regime di tassazione agevolata dei premi di risultato già previsto in via sperimentale nel nostro ordinamento a partire dal 2008 (d.l. n. 93 del 2008) e poi sospeso nel 2015. In particolare, in base alla menzionata normativa fiscale del 2016, come successivamente modificata dall'art. 1, commi 160-162, l. n. 232 del 2016, dall'art. 55 d.l. n. 50 del 2017 e dall'art. 1, commi 28 e 161, l. n. 205 del 2017, salva espressa rinuncia scritta del lavoratore, i premi di risultato di importo non superiore ai 3.000 euro lordi annui e corrisposti ai lavoratori del settore privato i quali, nell'anno precedente a quello di percezione del premio, siano stati titolari di un reddito di lavoro dipendente di importo non superiore a 80.000 euro, sono soggetti ad un'imposta sostitutiva dell'IRPEF pari al 10% alla duplice condizione che siano previsti dai contratti collettivi aziendali o territoriali di cui all'art. 51 d. lgs. n. 81 del 2015 ed erogati al raggiungimento di un risultato incrementale aziendale di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione. Per un'approfondita analisi dei profili fiscali in materia di premi di risultato e welfare aziendale cfr., *ex multis*, F. BRENNA, R. MUNNO, A. VICENTINI, *Welfare aziendale e premi di risultato: aspetti fiscali*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Secondo welfare, novità, gestione e buone pratiche*, Ipsoa, Milano, 2020.

Sebbene, per via delle evidenziate differenze, le due fattispecie sembrino *prima facie* non collegate tra loro, esse, come già anticipato, sono in realtà strettamente interconnesse, dal momento che il comma 184 dell'art. 1 della Legge di Stabilità 2016 ha introdotto per la prima volta[4] la possibilità di convertire i premi di risultato in prestazioni di welfare aziendale, superando così l'orientamento restrittivo seguito in passato dall'Amministrazione Finanziaria[5].

Difatti, «al fine di amplificare il valore del premio di risultato per il lavoratore (la *chance* dell'aliquota "zero") ed estendere la portata del vantaggio fiscale anche all'azienda»[6], si prevede la possibilità per il dipendente di optare per la sostituzione, totale o parziale, del premio di risultato a lui spettante con i beni e i servizi indicati all'art. 51, commi 2, 3, ultimo periodo, e 4, d.P.R. n. 917 del 1986 – Testo unico delle

[4] Secondo F. LAMBERTI, *Finalità e nozione del welfare aziendale*, in I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, R. ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale. Una prospettiva giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 90, ad es., l'attribuzione al lavoratore della facoltà di convertire il premio di risultato in misure di welfare aziendale rappresenta «l'assoluta novità introdotta dalla legge di stabilità».

[5] In particolare, l'Agenzia delle Entrate aveva affermato la non convertibilità dei premi di risultato in servizi di welfare aziendale sulla base del principio per cui, conformemente alla *ratio* ispiratrice della normativa in tema di redditi di lavoro dipendente, la non concorrenza alla formazione del reddito non troverebbe applicazione in ogni ipotesi di sostituzione, su scelta dei soggetti interessati, di somme monetarie fisse o variabili, imponibili per il loro intero ammontare, con beni e servizi esenti da imposte. Le agevolazioni fiscali e contributive opererebbero, invece, qualora le misure di welfare rappresentassero un *quid pluris* rispetto alla retribuzione e, dunque, risultassero aggiuntive, e non sostitutive, di voci retributive fisse o variabili. In tal senso cfr. le risposte ad interpelli n. 954-551 del 2011, n. 954-83891 del 2012, n. 954-454 del 2013, n. 954-654 del 2014 e n. 954-100815 del 2015 dell'Agenzia delle Entrate. In dottrina, vedi le osservazioni critiche di F. DELLI FALCONI, *La nuova disciplina del "welfare" aziendale introdotta dalla Legge di stabilità 2016*, in *Corr. trib.*, 2016, pp. 1471-1473.

[6] F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II. Parte speciale)*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 1032; E. MASSAGLI, *Il welfare rivoluziona gli accordi di produttività*, in *www.bollettinoadapt.it* del 10 ottobre 2016. Difatti, il premio di risultato monetario è assoggettato ad imposizione fiscale (anche se in misura ridotta del 10%) e, salvo il caso di cui al comma 189 dell'art. 1 Legge di Stabilità 2016, contributiva (tanto per la quota a carico del lavoratore, quanto per quella a carico del datore di lavoro); ove convertito in welfare benefits, viceversa, esso è totalmente esente da tasse e contributi.

imposte sui redditi (di seguito, TUIR) –. Per indicare l'insieme di tali benefit percepibili in luogo dei premi, la dottrina[7] parla di "welfarizzazione" del premio di risultato, "welfare di produttività", "welfare da conversione", o, ancora, di "welfare sostitutivo".

Al di là delle differenti terminologie adoperate, due sono le condizioni cui in ogni caso è subordinata tale facoltà di conversione: in primo luogo, *ex* art. 1, comma 184, Legge di Stabilità 2016, sono convertibili soltanto i premi di risultato assoggettabili ad imposta sostitutiva; in secondo luogo, ai sensi dell'art. 1, comma 187, Legge di Stabilità 2016, deve essere il contratto collettivo aziendale o territoriale ad accordare espressamente al lavoratore tale facoltà di sostituzione. Come è stato evidenziato, pertanto, il vincolo di cui al comma 187 «fa in modo che la decisione presa in capo al lavoratore non sia completamente libera ma debba sottostare alla volontà della contrattazione collettiva di secondo livello togliendo la piena facoltà di scelta al lavoratore»[8].

Nonostante gli indubbi benefici di carattere fiscale derivanti dalla conversione del premio, numerose sono state le critiche rivolte al welfare sostitutivo. Al riguardo, è bene precisare che in tale sede si ritiene opportuno soffermarsi esclusivamente su quelle critiche dalle quali potrebbero ricavarsi delle prime – seppur parziali – indicazioni utili a comprendere quale sia la reale natura del welfare aziendale, nell'ottica di un suo potenziale inquadramento sistematico, rinviando al prosieguo della trattazione gli ulteriori necessari approfondimenti sul tema.

Secondo una dottrina, in particolare, il legislatore del 2016 avrebbe dovuto prospettare una soluzione differente rispetto a quella offerta tramite il comma 184, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, per via della diversa natura dei bisogni alla soddisfazione dei quali sono finalizzate l'erogazione dei premi di risultato, da un lato, e l'attribuzione dei welfare benefits, dall'altro, ossia, rispettivamente, la partecipazione dei lavoratori ai risultati aziendali, e lo svolgimento del-

[7] Cfr., ad es., E. MASSAGLI, S. SPATTINI, *Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale? Un tentativo di mappatura concettuale di un concetto abusato*, in *www.bollettinoadapt.it* del 23 gennaio 2017; E. MASSAGLI, *Le novità in materia di welfare aziendale in una prospettiva lavoristica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 607.

[8] L. VOZELLA, *Welfarizzazione del premio di risultato, Dizionario breve sul welfare aziendale a cura di ADAPT e AIWA*, in *www.bollettinoadapt.it* del 30 ottobre 2017.

la prestazione lavorativa e il fine sociale/assistenziale. In secondo luogo, poiché, nel momento in cui il dipendente opta per la conversione, mentre sul piano fiscale «si passa da una misura discretamente incentivata ad un'altra interamente agevolata, su quello contributivo il passaggio è da un beneficio interamente assoggettato a contribuzione ad un altro interamente escluso»[9].

Similmente, si è affermato come l'assoggettamento dei premi di risultato e dei welfare benefits ad un differente regime fiscale e contributivo derivi dal fatto che si tratterebbe di strumenti di natura diversa: da un lato, «una componente certamente da considerarsi reddito da lavoro, benché detassata»; dall'altro, «una che non è reddito da lavoro»[10]. La combinazione di due istituti tra loro così profondamente diversi avrebbe dunque causato una distorsione di fondo del regime fiscale e contributivo che «identifica il welfare aziendale con uno strumento di natura meramente retributiva»[11].

2. *Alla ricerca di un quadro definitorio per un* welfare *aziendale multiforme*

Il percorso di definizione attorno a cosa sia il *welfare* aziendale (e a quali sfumature possa accogliere) pare assai complesso. Il tema sconta l'assenza di una definizione legale[12], che costringe a sforzi interpretati-

[9] M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale "socialmente utile" e della produttività partecipata*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 401. Tuttavia, va sottolineato come, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 189 dell'art. 1 Legge di Stabilità 2016, anche i premi di risultato sono soggetti ad una, seppur parziale, decontribuzione.

[10] E. MASSAGLI, *Le novità in materia di welfare aziendale*, cit., p. 606.

[11] A. UCCELLO, *Il welfare aziendale e la «previdenza contrattuale»: dialogo o monologo?*, in G. LUDOVICO, M. SQUEGLIA (a cura di), *Il welfare aziendale oggi: il dibattito* de iure condendo, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 209-210; F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II. Parte speciale)*, cit., p. 1036.

[12] Invero, emerge l'esigenza di una definizione trasversale a tutti gli ambiti dell'ordinamento, che, secondo M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale*, cit., p. 131, spieghi cosa sia il *welfare* aziendale o, in alternativa, che individui legislativamente i requisiti che il *welfare* aziendale deve possedere per acquisire validità giuridica.

vo-concettuali al fine di individuare, in modo nitido, i contorni e i contenuti del fenomeno[13], che deve il suo sviluppo a istanze economiche e sociali ben più radicate della sola (recente) leva fiscale[14].

Infatti, accanto al *welfare* "sostitutivo" – che rappresenta una mera modalità di erogazione dei premi di risultato o degli utili[15] – è stato individuato il *welfare* aziendale "puro"[16], riconosciuto ai dipendenti (non quale alternativa al premio di produttività, bensì) direttamente, tramite appositi piani contenuti nei contratti collettivi di secondo livello ovvero all'interno di regolamenti aziendali. Si tratta, dunque, di uno strumento pensato per fornire, privatisticamente, prestazioni sociali a integrazione esterna, compensativa o sostitutiva di quelle (sempre meno[17]) garantite dalle politiche del benessere di stato, ossia, classicamente: previdenza, assistenza, istruzione e sanità[18].

Tale chiave di lettura riflette l'impostazione offerta, già prima della normativa fiscale di incentivazione, dal concetto di *welfare* "occupa-

[13] Allorché la Legge di Stabilità per il 2016 e le sue successive modifiche abbiano disciplinato il fenomeno soltanto sul piano fiscale, la definizione è delegata all'apprezzamento e alle costruzioni dei primi contributi sul tema. In questa direzione, v. G. CANAVESI, *Le interazioni tra diritto all'assistenza sociale e diritto del lavoro. Un tentativo di ricognizione*, in *Var. temi dir. lav.,* 2019, 2, p. 423.

[14] M. TIRABOSCHI, *Il* welfare *aziendale e occupazionale in Italia: una prospettiva di relazioni industriali*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, p. 87.

[15] E. MASSAGLI, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Fare* welfare *in azienda. Guida pratica per imprese, consulenti, sindacalisti, operatori*, ADAPT University Press, Bergamo, 2018, p. 11.

[16] M. SQUEGLIA, *La disciplina del* welfare *aziendale. Linee evolutive, sentieri di indagine e prospettive di sviluppo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, n. 4, pp. 810-812.

[17] Sull'arretramento (*rectius*, ricalibratura) del *welfare* pubblico, per tutti, R. PESSI, *L'accordo sul modello di* welfare *aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di* welfare society, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 145, p. 134.

[18] F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte Generale)*, cit., p. 636. In termini simili, cfr. F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico del* welfare *aziendale*, cit., p. 103, la cui proposta definitoria identifica il fenomeno come un sistema complesso di natura privata, datoriale o collettiva, dotato anche di valenza assistenziale e previdenziale che, limitatamente ai lavoratori impiegati in una determinata azienda e alle loro famiglie, incide sui medesimi bisogni soddisfatti dal sistema di welfare obbligatorio, oppure tutela, con prestazioni ulteriori e differenti rispetto a quelle pubbliche, altri bisogni.

zionale"[19], quale insieme di *benefit* erogati dalle aziende ai propri dipendenti in virtù del contratto che lega le une agli altri, indipendentemente tanto dal tipo di misura, quanto dalla sua fonte "normativa" (volontaria od obbligatoria, unilaterale o contrattuale, previsione di CCNL o di contratto aziendale)[20]. La tensione si coglie nell'introduzione di un meccanismo a valore diffuso, dal quale possano trarre beneficio tutte le parti coinvolte: l'impresa, che incrementa la produttività; i prestatori, che ottengono servizi personalizzati a ridotto carico fiscale; lo Stato, che ottimizza le politiche di *welfare* pubblico; i sindacati, che vedono aprirsi spazi di contrattazione partecipata; i fornitori di servizi di *welfare*, che allargano il proprio bacino d'utenza[21].

Rispetto al *welfare* occupazionale, pare poi opportuno distinguere il *welfare* "contrattuale", inteso come l'implementazione di benefici, prestazioni e servizi di natura sociale a favore dei lavoratori mediante contrattazione in tutte le sue dimensioni e livelli[22], dal *welfare* "aziendale" in senso stretto, corrisposto, invece, dal datore ai propri dipendenti obbligatoriamente (in virtù di un regolamento unilaterale o di una pattuizione sindacale[23]), ovvero financo volontariamente (senza alcuna costrizione di natura legale, contrattuale o regolamentare)[24].

A tanto si aggiungano le indicazioni, tutt'altro che univoche (e, anzi, talvolta contradditorie[25]) provenienti dalla contrattazione collettiva[26], frutto della tendenza alla diversificazione sussidiaria dei livelli di

[19] R. M. TITMUSS, *Essay on the Welfare State*, Allen & Unwin, Londra, 1958.

[20] M. TIRABOSCHI, *Il* welfare *aziendale e occupazionale in Italia*, cit., p. 98.

[21] B. CARUSO, "The bright side of the moon"*: politiche del lavoro personalizzate e promozione del* welfare *occupazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, p. 185.

[22] U. STENDARDI, A.R. MUNNO, *Il* welfare *contrattuale: un nuovo orizzonte strategico*, in T. TREU (a cura di), Welfare *aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Ipsoa, Milanfiori-Assago, 2016, p. 145.

[23] Ben si comprende come il *welfare* aziendale obbligatorio originato da un accordo sindacale possa essere ricondotto all'espressione *welfare* contrattuale.

[24] Sul punto, cfr. W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI, *Trasformazioni dello Stato sociale*, cit., p. 30 e E. MASSAGLI, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Fare* welfare *in azienda*, cit., p. 7.

[25] F. SANTINI, *Profili di regolamentazione collettiva del welfare aziendale*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 6, p. 1476.

[26] Per una mappatura della contrattazione collettiva in materia di welfare, si rinvia alle recentissime elaborazioni presenti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Welfare for Peo-*

regolamentazione[27]. Il novero di *benefit* potenzialmente erogabili quali strumenti di *welfare* aziendale, specie nel prisma delle relazioni industriali, tanto più si espande quanto più ci si discosta dalla (già ampia) nozione di cui alla normativa fiscale, la quale include solamente le misure orientate alle finalità indicate dagli artt. 51 e 100 TUIR[28].

In omaggio a una visione olistica del benessere del lavoratore, il *welfare* aziendale giunge, infatti, a ricomprendere le misure attinenti a molteplici macro-aree, quali: previdenza e salute; servizi di cura e di assistenza per gli anziani; politiche finalizzate alla conciliazione vita-lavoro; misure di sostegno alla genitorialità e servizi per la cura e l'educazione dei figli; servizi di mobilità per il tragitto casa-lavoro e per il *time-saving*; misure di sostegno al potere d'acquisto e al reddito familiare; formazione e orientamento professionale; servizi ricreativi, turistici, culturali, sportivi, di culto; tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Al netto di siffatte macro-aree, i *welfare benefit* possono essere distinti, infine, in due contrapposte tipologie: da un lato, quelli che consentono al prestatore di svolgere più agevolmente la propria attività lavorativa, superando i disagi provocati dalle modalità di svolgimento della mansione assegnatagli, ovvero che si presentano di supporto alle sue esigenze personali; dall'altro, i vantaggi a cui

ple. Quarto Rapporto su Il welfare aziendale e occupazionale in Italia, ADAPT University Press, Modena, 2022, pp. 165-312, nel quale si sottolinea anche come, comparando le risultanze di altri osservatori, la nozione di *welfare* aziendale tenda a restringersi o ampliarsi in relazione all'oggetto della ricerca o all'ambito preso di volta in volta in considerazione.

[27] F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico,* cit., p. 105. Sul punto, v. anche R. PESSI, *L'accordo sul modello di* welfare *aziendale nel distretto industriale pratese*, cit., p. 135, che chiarisce come tale attitudine derivi dal fatto che, diversamente da quanto accade per il *welfare* pubblico, la solidarietà espressa dai corpi intermedi non sia tendenzialmente universalistica, quanto piuttosto selettiva e specifica.

[28] Sul punto, F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte Generale),* cit., p. 642 riassume proficuamente la definizione accolta dalla normativa fiscale, individuandone il perimetro come l'insieme di contributi, somme, servizi, prestazioni, beni e valori in genere, anche sotto forma di erogazioni liberali, di utilità sociale e di benessere, offerti alla generalità dei lavoratori o categorie di essi (cd. *benefits* collettivi) che, pur essendo percepiti in relazione al rapporto di lavoro, non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente, l'imponibile previdenziale e l'ammontare degli altri istituti retributivi.

l'ordinamento conferisce un apprezzamento sociale, così rilevante da prevederne la non concorrenza alla formazione del reddito di lavoro dipendente[29].

In questi termini, la numerosità delle varianti accolte in letteratura testimonia l'incertezza definitoria che circonda un'espressione così generica e a-sistemica[30], tesa a racchiudere una multiforme strumentazione interdisciplinare di *fringe benefits*, volti a promuovere la vita privata e (non soltanto) lavorativa delle persone[31]. Sicché, si rende possibile ricondurvi, in senso lato, tutti i vantaggi e le azioni promotrici di benessere sociale che il datore eroga, a vario titolo, ai dipendenti[32].

3. *Il lavoro agile nel prisma del welfare aziendale*

Come anticipato *supra*, secondo una visione olistica del benessere del lavoratore, il *welfare* aziendale[33] – non limitandosi alla nozione di cui alla normativa fiscale (cfr. artt. 51 e 100 TUIR) – giunge a ricomprendere anche altre misure, tra cui quelle attinenti alla conciliazione tra vita e lavoro. Sebbene si presentino quali istituti diversi, spesso anche la contrattazione collettiva riconduce il *welfare* aziendale e il lavoro agile nel più ampio quadro di pratiche volte a sostenere la conciliazione tra vita e lavoro e il benessere dei lavoratori e delle lavoratrici[34].

[29] Cfr. M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale*, cit., p. 114 e W. CHIAROMONTE, M.L. VALLAURI, *Trasformazioni dello Stato sociale*, cit., p. 38

[30] A. TURSI, *Il "welfare aziendale": profili istituzionali,* in *Riv. pol. soc.,* 2012, 4, pp. 213 ss.

[31] M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale,* cit.*,* pp. 103-104.

[32] F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte generale)*, cit., p. 641, che, in questi termini, parla di una dilazione concettuale.

[33] T. TREU, *Introduzione* Welfare aziendale, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 297, 2016, http://aei.pitt.edu/102879/1/297.pdf.

[34] V. A. PERULLI, *La contrattazione collettiva aziendale e il welfare aziendale: caratteristiche e limiti di un modello troppo enfatizzato*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, Università Ca' Foscari Venezia – Nota di Ricerca, 2017, n. 1, http://virgo.unive.it/wpideas/storage/2017nr01.pdf; B. CARUSO, *"*The bright side of the moon*"*, cit., pp. 177 ss.; G. LIVI, *Lavoro agile: esperienze nella contrattazione aziendale alla luce del quadro legislativo e della disciplina nazionale di settore*, in *ilGiuslavorista*, 21 giugno 2021.

In questo senso si pone anche la dottrina allorquando ritiene che le misure di *welfare* aziendale si possano distinguere tra quelle che «spaziano dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione), al diritto non corrispettivo (es. diritto al *part time*, alla flessibilità, al «lavoro agile»), alle politiche *stricto sensu* retributive, fino alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/*work-life bilance*, politiche *family-friendly*)»[35].

Invero, si è riflettuto se il lavoro agile possa rappresentare uno strumento volto a favorire la conciliazione vita-lavoro, rientrando così, indirettamente, tra le misure organizzative di *welfare* aziendale[36].

Mette conto qui rilevare che il lavoro agile, comparso inizialmente nella contrattazione collettiva (soprattutto di livello aziendale), ha trovato la propria disciplina legislativa (solo) con la legge n. 81 del 2017, per poi subire alcune torsioni e modifiche con l'alluvionale disciplina emergenziale (a partire dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020), necessarie a spingere l'utilizzo del lavoro non in presenza quale prevenzione dell'ulteriore diffusione del virus SARS-CoV-2[37]. Da ultimo, il 7 dicembre 2021 è stato stipulato il "Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile" tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e le principali sigle di associazioni di rappresentanza datoriale e sindacale[38].

Fin dal principio, l'art. 18 della legge n. 81 del 2017 ha riconosciuto il lavoro agile come una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, che annovera tra i suoi scopi quelli di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavo-

[35] A. TURSI, *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, Relazione al XIX Congresso AIDLASS Palermo, 17-19 maggio 2018, in www.aidlass.it, 31. Ma vedi anche M. TIRABOSCHI (a cura di), *Quarto rapporto su: Il Welfare occupazionale e aziendale in Italia*, ADAPT University Press, Modena, 2021, spec. pp. 43 ss.

[36] Sul punto v. M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *Lav. pub. amm.*, 2017, pp. 119 ss., che configura il lavoro agile come «misura di sviluppo del welfare aziendale»; anche P. RAUSEI, *Vantaggi, opportunità e limiti del welfare aziendale*, in *Dir. prat. lav.*, 2021, 15, pp. 903 ss.

[37] Per approfondimenti v. M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020, 6, pp. 553 ss.

[38] Sul tema v. *ex multis* P. RAUSEI, *Protocollo nazionale sul lavoro agile*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 3, pp. 135 ss.

ro»[39]. Successivamente, anche il "Protocollo", in sede di premesse, ha sottolineato come l'istituto in parola risulti uno strumento utile a «favorire il bilanciamento tra sfera personale e lavorativa, ma anche dell'autonomia e della responsabilità individuale verso il raggiungimento degli obiettivi, favorendo altresì un risparmio in termini di costi e un positivo riflesso sulla produttività».

Non solo: questa modalità di lavoro si è gradualmente affermata anche quale utile strumento per favorire la partecipazione e l'inclusione nel mercato del lavoro di soggetti "fragili", con particolari esigenze o problematiche personali o familiari. Infatti, già l'intervento della legge di bilancio del 2019 (legge n. 145 del 2018) aveva introdotto dei criteri di precedenza all'accesso al lavoro agile per alcune categorie di lavoratori: ad esempio, le lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità e i lavoratori con figli in condizioni di disabilità[40] . Tale logica è stata ripresa e sviluppata dapprima dal frenetico legislatore emergenziale, il quale ha riconosciu-

[39] M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale*, cit., pp. 119 ss.; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, 4, 531 ss.; ma cfr. anche B. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.,* 2019, 4, pp. 1005 ss.; P. TULLINI, *L. 22 maggio 2017, n. 81, art. 18*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, 3233 ss.; S. PASSERINI, *Smart working quale misura strutturale di conciliazione tra vita professionale e privata dei lavoratori*, in *ilGiuslavorista*, 1° giugno 2018.

[40] L'art. 1, comma 485, legge n. 145 del 2018 ha infatti aggiunto all'originario art. 18, legge n. 81 del 2017 il comma 3-*bis*, secondo cui: «I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104». Sul punto, ha sollevato qualche perplessità sia sul piano del metodo sia su quello del merito M. MENEGOTTO, *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in *Bollettino ADAPT*, n. 1, 2019. Per come è formulata, la novella curva il lavoro agile verso una natura di misura di welfare a scapito dell'obiettivo della competitività.

to ai lavoratori disabili, ai lavoratori affetti da gravi patologie e a coloro che fossero impegnati nell'assistenza di parenti malati la priorità di accesso al lavoro agile[41]; successivamente, anche il Protocollo nazionale del 7 dicembre 2021 all'art. 10 (rubricato "*Lavoratori fragili e disabili*") ha previsto che «[…] le Parti sociali si impegnano a facilitare l'accesso al lavoro agile per i lavoratori in condizioni di fragilità e di disabilità, anche nella prospettiva di utilizzare tale modalità di lavoro come misura di accomodamento ragionevole»[42].

Così, anche sul piano normativo è stato valorizzato il lavoro agile non solo quale strumento utile per favorire la conciliazione vita-lavoro, bensì anche come modalità di esecuzione della prestazione di lavoro in grado di promuovere la piena inclusione nel mercato del lavoro di persone con disabilità o affette da malattie croniche[43] . Esigenze che, peraltro, si sono rese ancora più evidenti con la pandemia da Covid-19, che ha innescato l'accelerazione dei percorsi di innovazione[44].

Quindi, se nella prassi della contrattazione collettiva si può evincere un collegamento diretto tra lavoro agile e *welfare* aziendale, anche a livello normativo e istituzionale non si può sottacere un collegamento – seppur per lo più indiretto – tra questi due istituti, sotto il profilo della conciliazione vita-lavoro e dell'inclusione lavorativa[45]. Infatti, è lo

[41] M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. FILÌ (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale. Vol. I. Covid-19 e rapporto di lavoro*, ADAPT University Press, Modena, 2020, 188 ss.; C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori,* Ediesse, Roma, 2020, 131 ss.

[42] In merito, M. DE FALCO, *Il Protocollo sul lavoro agile per l'inclusione sociale delle persone con disabilità*, in *Bollettino ADAPT*, n. 44, 2021; ID., *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 2021, 429 ss.

[43] M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.,* 3, 2015, 681 ss.

[44] Cfr. B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2020, 215 ss.

[45] Così M.S. FERRIERI CAPUTI, *Welfare aziendale e lavoro agile: due istituti legati a doppio filo nel prisma delle relazioni industriali*, in *Bollettino ADAPT*, n. 5, 2022. Cfr. anche M. TURRIN, *Lavoro agile e contratti di lavoro non standard: elementi di criticità*, in *Dir. rel. ind.,* 2, 2020, 381 ss.

stesso Protocollo a sottolineare il ruolo che il lavoro agile può avere come pratica di *welfare*[46].

Insomma: all'interno di un'espressione così generica e a-sistemica[47] quale quella del *welfare* aziendale, le finalità della normativa fiscale permettono di includervi anche il lavoro agile quale misura di *welfare*. Un "*benefit*" che non comporta erogazioni monetarie né costi monetari diretti, ma che si esprime in una modifica organizzativa volta a migliorare il *work-life balance* e l'inclusione lavorativa. In questa direzione anche l'art. 2, comma 2, d.m. 25 marzo 2016 include tra le misure per le quali sono riconosciute le agevolazioni fiscali di cui all'art. 1, comma 182, l. n. 208 del 1995 anche i miglioramenti di efficienza e di produttività conseguiti attraverso il ricorso a forme di organizzazione differenti, tra cui il lavoro agile.

4. *Il* welfare *aziendale tra interesse collettivo e bisogni individuali*

Nella prospettiva sin qui condivisa, al fine di verificare se le misure di *welfare* possano essere ricondotte sotto l'egida dell'art. 38 Cost. o non assumano piuttosto una funzione retributiva, l'inutilità di un criterio classificatorio presuntivo è parso rinvenibile nelle stesse pieghe della legislazione fiscale. La vacuità delle formule legislative adottate – comprensive della soddisfazione di bisogni intesi nel senso più ampio, ovvero non solo analoghi a quelli soddisfatti dal sistema di *welfare* statale e perciò incidenti su diritti sociali, ma anche tali da richiedere la predisposizione di «prestazioni ulteriori e differenti rispetto a quelle pubbliche»[48], financo a scopo ludico-ricreativo[49], perciò a carattere egoistico-individuale – rende invero preferibile giungere alla soluzione

[46] Vedi anche l'art. 11 del Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile.

[47] A. TURSI, *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, cit., 213.

[48] F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico*, cit., p. 103.

[49] Si pensi, in particolare, alla possibilità di far rientrare tra le prestazioni previste dall'art. 51, comma 2, lett. f) servizi di abbonamento a *pay-tv* e simili, degustazioni enogastronomiche, viaggi, etc. Di recente, una approfondita analisi di tutte le misure di *welfare* in rapporto ai bisogni soddisfatti è in M. TIRABOSCHI (a cura di), Welfare *for people. Quarto rapporto su Il* welfare *occupazionale e aziendale in Italia*, ADAPT University Press, Modena, 2021, p. 43 ss.

della questione attraverso l'adozione di una lente di indagine concreta, che consenta l'osservazione del fenomeno alla luce di un parametro inequivoco: l'interesse soddisfatto dalla misura di *welfare*.

In ciò si rifugge dalla seducente tentazione di incentrare l'indagine avendo riguardo all'effetto assicurato dalla legislazione di sostegno al *welfare*, peraltro facilitati da un meccanismo di detassazione incentrato sul patrimonio del lavoratore (evidente nel comma 2 dell'art. 51 TUIR). La tesi avrebbe il pregio della semplicità, ma vi si annida un errore.

È infatti agevole constatare che l'unificazione di misure difficilmente sistematizzabili in chiave unitaria prodottasi all'interno della disorganica stratificazione normativa dell'art. 51 TUIR abbia finito per caricare tutte le prestazioni che non concorrono a formare il reddito da lavoro dipendente (e di rimando l'imponibile previdenziale)[50] di una caratteristica di «remuneratività», la quale però non è fatta a misura del singolo rapporto di impiego (e perciò non è equiparabile alla retribuzione-corrispettivo), ma è frutto di una più ampia «politica remunerativa» o, che dir si voglia, di una «personalizzazione collettiva», in quanto rivolta alla generalità dei dipendenti impiegati o a una loro determinata categoria[51].

Ma tale angolo di osservazione, quando finisce per appiattire sulla controprestazione di lavoro (ancorché collettivamente intesa) tutte le misure di *welfare*, dimentica come, in molteplici casi, il trattamento riconosciuto ai dipendenti sia nobilitato da finalità riconducibili all'art. 38 Cost. (nei termini assistenziali e di previdenza sociale)[52]. In questo modo, si vengono perciò a sovrapporre due piani irriducibili, finendo

[50] M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale,* cit., p. 129 ss.

[51] F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte generale),* cit., p. 642-643.

[52] F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico*, cit., p. 118; F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte generale)*, cit., p. 647 ss.; M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale,* cit., pag. 403 ss. Si consideri, a proposito, anche la distinzione compiuta all'interno dell'art. 17 dell'ultimo rinnovo del CCNL Metalmeccanici tra servizi per finalità di educazione e istruzione, assistenza sanitaria e sociale, culto, che ben possono rientrare nell'alveo dell'art. 38 Cost., e per finalità ricreative, per i quali, invece, appaiono sicuramente più vicini ad una funzione retributiva.

con lo scambiare l'ordine tra ciò che attiene alle modalità di erogazione (l'effetto di incremento del patrimonio del lavoratore) e la causa che lo giustifica e assicura modalità di erogazione impostate sulla negazione dell'erogazione sostitutiva in denaro delle prestazioni in natura[53]: una causa innestata sul rapporto contrattuale di lavoro e sulle obbligazioni da questo discendenti, ma non univocamente destinata ad assicurare forme retributive indirette, per essere piuttosto orientata alla soddisfazione di bisogni e interessi aventi una utilità sociale (*ex* art. 100 TUIR).

Il mutamento di prospettiva conduce invece ad un duplice effetto. Per un verso si consente di far rientrare nella nozione di *welfare*, almeno se la si intenda connessa alla politica di incentivazione fiscale, tanto gli «interventi rispondenti al principio di integrazione con il *welfare* pubblico di *welfare* sociale aggiuntivo, più rispondenti al principio di integrazione con il sistema pubblico», quanto quelli «diversamente orientati al consumo, che tutt'al più incrementano indirettamente, con tariffe competitive, il salario individuale ma che esulano concettualmente dal concetto di "sociale"», che in assenza della previsione legale non potrebbero essere considerati tale[54]. Si tratta insomma di invertire l'ordine delle cose, riportando alla legge una definizione che essa non adotta, non considera e a tratti ignora, per parcellizzare l'attenzione sulle singole misure promosse.

Per altro verso, si può giungere alla riconduzione a sistema delle prestazioni distinguendole alla luce della finalità dell'intervento statale, in cui l'opera di alleggerimento degli oneri fiscali segna un evidente scostamento delle componenti retributivo-reddituali entro politiche di orientamento dei consumi e sostegno al *welfare* pubblico[55], fornendo riparo, sotto un unico mantello, a «misure che spaziano dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione), al diritto non corrispettivo (es. diritto alla flessibilità oraria, al "lavoro agile"), alle politiche *stricto*

[53] In proposito, Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 55/E, 25 settembre 2020.

[54] D. COMANDÈ, *Il nuovo* welfare *contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell'arte e criticità*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, p. 832.

[55] Si tratta di un punto ben colto da F. OLIVELLI, *L'inquadramento sistematico*, cit., p. 123.

sensu retributive, fino alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/*work-life balance*, politiche *family-friendly*)»[56].

Lo spostamento dal piano retributivo a quello assistenziale e previdenziale è del resto evidente nella convertibilità in *welfare* dei premi di produttività disposta dall'art. 1, commi 184 e 184-*bis* l. n. 208 del 2015, la quale riconosce una completa esenzione fiscale nell'ipotesi in cui i suddetti premi vengano, anche in parte, sostituiti con prestazioni di *welfare* contrattuale o convertiti in contributi in fondi di previdenza complementare o di assistenza sanitaria integrativa[57]. Il legislatore, dunque, consente al lavoratore di decidere se beneficiare del premio in denaro, ma con la consapevolezza che verrà assoggettato alla falcidia fiscale (per quanto ridotta alla misura del dieci percento), o piuttosto "welfarizzarlo" e godere di una completa detassazione dell'importo.

Senonché, ciò che pare non potersi negare è che alla base delle scelte fiscali emerge un concetto di retribuzione "diffusa", comprensiva anche di quelle prestazioni che il codice civile, nell'ambito di un sistema economico molto meno complesso, conosceva «in natura» (art. 2099, comma 3 c.c.) e che ora, invece, sono volte a sostenere dall'esterno le sfide della sostenibilità finanziaria del sistema di *welfare* pubblico. Del resto, se si fa capo ad un piano del doppio livello regolatorio introdotto (l'uno per scelta unilaterale dell'impresa[58], l'altro oggetto di negoziazione con le organizzazioni sindacali[59]), e precisamente al *welfare* contrattuale, ci si avvede di come esso, nel tracciare «le linee innovative di […] interazione stabile tra sistemi di *welfare*, discipline dei rapporti di lavoro e sistemi di relazioni sindacali»[60], abbia, almeno

[56] A. TURSI, Welfare *contrattuale e responsabilità sociale dell'impresa*, in G. LUDOVICO, M. SQUEGLIA (a cura di), *Il* welfare *aziendale oggi*, cit., p. 8.

[57] F. BACCHINI, Welfare *aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II. Parte speciale),* cit., p. 642-643, par. 6; M. SQUEGLIA, *L'evoluzione del "nuovo"* welfare *aziendale*, cit., p. 116 ss.; ID., *La previdenza contrattuale nel modello del* welfare, cit., p. 390 ss.

[58] V. art. 51, comma 2 lett. da a) a e); e da f-bis) a f-quater) d.P.R. n. 917 del 1986, c.d. TUIR.

[59] V. art. 51, comma 2 lett. a), d-bis), f) e h) TUIR.

[60] S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass*, Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it, p. 46 del dattiloscritto.

nel sistema confindustriale, collocato le misure di *welfare* nel TEC (Trattamento Economico Complessivo) e perciò, in un certo senso, non dentro, ma accanto all'art. 36 Cost. [61]. Ma allo stesso tempo non fuori neanche dall'art. 38 Cost., in quanto, pur riconoscendo le citate misure alla stregua di un «trattamento economico» (punto 5, lett. F) del Patto per Fabbrica del 9 marzo 2018) gli attori confederali ne hanno confermato l'essenziale utilità per la «crescita del benessere organizzativo e di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nel quadro di un miglioramento complessivo della produttività e delle condizioni di lavoro», auspicandone una «maggiore universalità» (ivi, punto 6, par. a) *Welfare*).

Certo è, tuttavia, che la difficile sistematizzazione delle misure di *welfare*, di fatto abbandonate a vivere nelle pieghe di norme scritte ai soli fini fiscali, lascia il dubbio che esse vengano dal legislatore avvantaggiate per il solo fatto di essere erogate dall'impresa. Con ciò mettendo a nudo che quanto viene favorito dalla leva fiscale è il mero effetto di sostegno, per quanto indiretto, alla capacità di spesa del destinatario delle misure (il lavoratore), per quanto, poi, il consumo venga orientato su servizi di una determinata natura.

Ciò premesso, nelle pagine successive si ritiene indispensabile assumere un'indagine concreta, onde verificare come la contrattazione collettiva abbia impiegato gli spazi concessi dalla legislazione vigente al fine di fornire completa copertura fiscale alle imprese che intendano soddisfare i bisogni dei propri dipendenti.

A questo proposito, si verificherà innanzitutto se il *welfare* aziendale abbia effettivamente inciso in senso «propulsivo» sulla struttura della contrattazione prediligendo, a fronte della neutralità della tecnica legislativa impiegata, la competenza del livello aziendale[62]; o se, invece, come pare, la manovra non sottenda comunque un importante sostegno alla «diffusione orizzontale»[63] delle misure grazie al ruolo della

[61] Ritiene che le forme di *welfare* contrattuale non siano «parte della retribuzione costituzionalmente garantita» anche A. TURSI, Welfare *contrattuale*, cit., p. 16.

[62] B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del* welfare *aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 1, p. 376 (da cui si cita); nonché ID., *"*The bright side of the moon*"*, cit., p. 187.

[63] F. SANTINI, *Profili di regolamentazione collettiva*, cit., p. 1486 ss.

contrattazione territoriale e nazionale[64]. La diffusione di pratiche di contrattazione del *welfare* in ambito nazionale apparirà invero per certi versi volta a compensare le difficoltà di penetrazione delle misure di *welfare* nelle relazioni industriali italiane della piccola e media impresa, solitamente priva di contrattazione, financo quando raggiunta dalle oo.ss. attraverso la porta del Titolo III Stat. lav., riequilibrando i costi di predisposizione dell'offerta dei servizi, spesso giudicati eccessivi dai datori.

Si tratterà poi però anche di verificare se i livelli superiori siano effettivamente consoni alla gestione di istituti fondati su meccanismi assicurativi che necessitano di una platea ampia di aderenti e se effettivamente la contrattazione nazionale sia in grado di sintetizzare nelle operazioni di rinnovo nell'unico interesse collettivo le molteplici aspettative scaturenti da «bisogni individuali fortemente caratterizzati in senso soggettivo, e quindi variabili a seconda del concreto apprezzamento personale»[65]; ipotesi che apparirà, pervero, significativa esemplificazione di un punto di tensione tra interesse del singolo alla massimizzazione del profitto economico individuale e interesse del sindacato alla maggiore dilatazione delle misure, non solo economiche, erogabili alla generalità dei dipendenti.

4.1 *Il rapporto tra livelli nella disciplina del* welfare *aziendale*

Nella prospettiva della prima delle due linee di indagine sopra richiamate, pare potersi segnalare un intervenuto cambio di passo nel rapporto e nel ruolo dei diversi livelli di contrattazione collettiva.

Certo è che la legislazione in materia di *welfare* aziendale mira anche a promuovere la contrattazione di secondo livello in ottica parte-

[64] Importante, in merito, è l'ampliamento del significato proprio del riferimento contenuto nella lett. f) dell'art. 51, comma 2 TUIR alle "disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale", che pure già aveva consentito operazioni estensive (S. MAINARDI, *Le relazioni collettive*, cit., p. 50, nota 229), anche alle "disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale" (art. 1, comma 162, l. n. 232 del 2017). Cfr. D. COMANDÈ, *Il nuovo* welfare *contrattuale*, cit., p. 823 ss.; M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello del* welfare, cit., *passim*.

[65] F. SANTINI, *Profili di regolamentazione collettiva*, cit., p. 1486 ss.

cipativa e non conflittuale, con ricadute anche sul contenuto indirizzato ad una funzione premiale[66]. Nondimeno, come è già stato segnalato, il livello decentrato di contrattazione solleva delle criticità rispetto ad una effettiva diffusione di questo strumento, finendo per essere limitato dalle capacità economiche della singola azienda, dalle sue dimensioni e dunque dalla presenza di rappresentanze sindacali all'interno della stessa. Al netto del ruolo centrale attribuito alla contrattazione decentrata, dunque, si registra un importante intervento della contrattazione settoriale, nonché interventi inter-settoriali di coordinamento, che paiono assumere un ruolo di rilievo tanto sistematico, con la valorizzazione del ruolo della contrattazione nazionale, quanto pratico, nel superamento delle strettoie sopra segnalate rispetto ad una più ampia diffusione di forme di *welfare* aziendale[67].

Questo pare essere lo spirito che informa, quantomeno in una fase iniziale, gli interventi a livello intersettoriale in materia. L'accordo interconfederale del 14 luglio 2016 si interessa, infatti, a fini attuativi del d.m. 25 del 2016, della regolamentazione delle esenzioni connesse alle misure di *welfare* e di premi di risultato anche in quelle aziende in cui non siano presenti rappresentanze aziendali. Giova rilevare, a riguardo, come le parti sociali richiamino il TU 2014, ribadendo il coordinamento tra i due diversi livelli di contrattazione, anche quindi in materia di *welfare*. Con l'intervento del 2016 si mira, dunque, a incentivare la negoziazione collettiva a livello aziendale anche attraverso l'intervento della contrattazione settoriale e forme di coordinamento tra questa e le articolazioni decentrate, segnando quindi una importante convergenza tra le opzioni legislative e la volontà delle parti sociali[68].

Riprendendo dunque l'interrogativo posto in partenza, pare potersi affermare come gli interventi fiscali succedutisi a partire dalla Legge

[66] B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi*, cit., pp. 370-71.

[67] M. ARLOTTI, *Fra Scilla e Cariddi. Le sfide del welfare occupazionale per la contrattazione collettiva*, in *Pol. soc.*, 2018, p. 448.

[68] I. REGALIA, *L'Accordo interconfederale su premi di risultato e welfare aziendale per le imprese senza rappresentanza*, in *Pol. soc.*, 2016, p. 516. Impostazione che pare peraltro ribadita anche nel Patto per la Fabbrica del 9 marzo 2018, su cui B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi*, cit., p. 371; e M. ARLOTTI, *Fra Scilla e Cariddi*, cit., p. 446. Sui punti di controtendenza rispetto al ruolo del CCNL con la struttura precedente, cfr. D. COMANDÈ, *Il nuovo welfare contrattuale*, cit., p. 824.

di Stabilità del 2016, in congiunzione con gli stimoli derivati dalla dimensione interconfederale, abbiano portato ad un moltiplicarsi di previsioni nella contrattazione settoriale di quote destinate ai servizi di cui agli artt. 51 e 100 TUIR[69].

Rispetto a questo profilo, l'analisi scientifica ha tendenzialmente rinvenuto due diverse tecniche regolative poste in essere dalle parti sociali nei CCNL, tendenzialmente presentate in una prospettiva evolutiva.

Da un lato è stato rinvenuto un modello di "delega in bianco"[70] in alcuni esempi di contrattazione collettiva nazionale, in cui alla previsione di risorse dedicate al *welfare* aziendale non corrisponde un'esemplificazione delle misure adottabili né, comunque, criteri finalistici stringenti, con il solo spostamento di risorse sull'ambito del *welfare* aziendale[71]. Infatti, a tale previsione viene affiancato un rinvio (più che ampio) generico alla contrattazione di secondo livello, chiamata a predisporre misure di *welfare* aziendale[72], dal che autorevole dottrina ha tratto il riaffermarsi di una logica "commutativa" nel riconoscimento di detti servizi[73].

In altre ipotesi, la scelta è stata quella di operare un accentramento, in capo alla contrattazione collettiva nazionale, della gestione dei *flexible benefits*[74].

Il ruolo di "capofila" di questa seconda impostazione è vestito dal CCNL Metalmeccanici 2016, che si pone così in continuità ideale rispetto ai contenuti del successivo Patto per la Fabbrica del 2018. In tale contratto viene infatti prevista una somma – in sostituzione degli incrementi retributivi e crescente con gli anni (100 per il 2017, 150 per il 2018 e 200 per il 2019) – da riconoscersi a livello aziendale in aggiunta alle forme di *flexible benefits* già introdotte in via unilaterale o sulla base di un accordo di secondo livello. L'elemento di parziale

[69] C. MURENA, *Il welfare aziendale e la recente normativa sui* flexible benefits, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 1244.

[70] D. COMANDÈ, *Il nuovo welfare contrattuale*, cit., p. 833.

[71] *Ibidem*

[72] Tra i vari esempi richiamabili, si segnala i contratti collettivi del settore turismo, del settore chimici, degli elettrici e del petrolio e del settore telecomunicazioni.

[73] B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi*, cit., p. 387.

[74] D. COMANDÈ, *Il nuovo welfare contrattuale*, cit., p. 836.

rottura rispetto al modello della "delega in bianco" pare sia da rinvenirsi, però, nell'allegato a detto CCNL, indicante in via esemplificativa ma con ampio dettaglio i diversi servizi a cui le somme riconosciute potranno essere orientate[75].

L'avocazione al primo livello di contrattazione collettiva del ruolo di individuare quantomeno il novero dei servizi accessibili mirerebbe, dunque, da un lato a garantire una maggiore attinenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del settore merceologico[76]; dall'altro, ad affrontare il problema, sopra richiamato, della scarsa diffusione delle misure di *welfare* aziendale nelle realtà di minori dimensioni, fornendo in questo senso un modello di *welfare* aziendale recepibile a livello territoriale e aziendale[77]. Da tanto pare, in conclusione, emergere come lo sviluppo delle previsioni in materia di *welfare* aziendale nella contrattazione collettiva nazionale abbia stimolato anche un rafforzamento del ruolo della contrattazione di primo livello, al fine di supplire alla scarsa copertura della contrattazione collettiva aziendale, la quale, se non affrontata, porrebbe il rischio di una accentuazione delle "fratture sociali" preesistenti sulla base dei diversi contesti produttivi[78].

4.2 Welfare *e partecipazione: un rapporto di interconnessione funzionale.*

Le premesse e le considerazioni finora esposte consentono di spostare la trattazione sul delicato tema dell'interlocuzione, istaurabile

[75] M. ARLOTTI, *Fra Scilla e Cariddi*, cit. p. 447. Vale la pena segnalare come il rinnovo del CCNL del 5 febbraio 2021, al netto delle importanti novità introdotte, non interviene invece sotto il profilo qui considerato. Tanto è stato motivato, in dottrina, con la gravità della situazione economica ed occupazionale al momento del rinnovo, che avrebbe imposto, "prima di ogni altra cosa, la salvaguardia dei trattamenti retributivi minimi": M. TIRABOSCHI, *CCNL metalmeccanica, un cambio di passo per le relazioni industriali?*, in *Bollettino Speciale Adapt*, 25 febbraio 2021, n. 1, https://www.bollettinoadapt.it/ccnl-metalmeccanica-un-cambio-di-passo-per-le-relazioni-industriali.

[76] D. COMANDÈ, *Il nuovo welfare contrattuale*, cit., p. 835.

[77] B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi*, cit., p. 372; cfr. M. ARLOTTI, *Fra Scilla e Cariddi*, cit., p. 446.

[78] B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi*, cit., p. 387.

sulle questioni di *welfare*, tra le contrapposte parti del contratto di lavoro. Occorre, a tal fine, soffermarsi sulla disposizione contenuta nel comma 189 dell'art. 1 l. n. 208 del 2015 riguardante la "premiabile" possibilità dei lavoratori subordinati di intervenire attivamente nella concreta gestione del lavoro.

Per incentivare il ricorso alla partecipazione dei lavoratori dipendenti al governo dell'impresa, la norma richiamata sancisce la riduzione di 20 punti percentuali dell'aliquota contributiva che è posta a carico del datore di lavoro per il regime relativo all'invalidità, alla vecchiaia ed ai superstiti su una quota delle erogazioni previste dal comma 182 non superiore a 800 euro.

Più nel dettaglio, il legislatore invita le aziende a coinvolgere pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, nel tentativo di correggere l'ontologica asimmetria che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato, tradizionalmente descritto tramite la contrapposizione aggettivale parte forte e parte debole[79], purtuttavia rimettendo all'interprete e ai destinatari della norma il compito di rilevarne il connotato applicativo più concreto.

Nella sistematica del discorso intrapreso sul tema del WA, la disposizione parrebbe far leva sul rapporto di complementarietà esistente tra lo strumento della partecipazione organizzativa e quello del *welfare*, sottolineando la condivisa finalità dei due istituti di accrescere la produttività e la qualità del lavoro.

Tuttavia, se sul piano teorico l'operatività sincronica dei due strumenti agevolerebbe la capacità dell'azienda di attivare una maggior *attraction* dei collaboratori rispetto alle esigenze datoriali, sul piano pratico occorrerebbe in primo luogo attribuire un significato specifico alla locuzione riferita del "coinvolgimento paritetico", per comprendere l'effettiva portata applicativa della norma in esame.

Con un effetto *boomerang,* tipico delle questioni irrisolte, il tema si arena sulla "grande assente" del diritto sindacale italiano: la partecipa-

[79] Sul tema della subordinazione, la proposta di A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020, in particolare p. 40.

zione[80], intendendosi per tale l'occasione riconosciuta al lavoratore di «contribuire all'esito di un complesso processo di coinvolgimento che lascia impregiudicate le rispettive posizioni delle parti, ancorandole alle competenze professionali di ciascuno ma sintetizzandole nell'individuazione dell'imprenditore quale unico soggetto responsabile […]»[81].

Difatti con uno slancio definitorio evidente la legge sollecita all'inclusione "paritetica" dei lavoratori nella gestione aziendale, tradendo l'esigenza di attivare non uno strumento di semplice ascolto, bensì un mezzo di reale "partecipazione bilanciata". Nondimeno, malgrado la necessità di *istituzionalizzare*[82] un concetto ancora labile, dagli operatori di settore giunge un'interpretazione attuativa tutt'altro che paritetica o istituzionalizzante. Invero, attraverso due circolari esplicative[83], in merito, l'Agenzia delle Entrate traduce il termine coinvolgimento con la più rapida sottoposizione dei lavoratori a sondaggi esplorativi e a domande di preferenza in ordine a eventuali soluzioni di *welfare*, così, di fatto, facilitando l'accesso al premio di riduzione previsto dal comma 189.

Sul punto, dunque, permane insoddisfatto un interesse generale comune ai lavoratori di poter supportare nell'esercizio del suo potere decisionale il datore, affiancandolo in una prassi procedimentalizzata che garantisca ai lavoratori un margine significativo di intervento in materia di benessere organizzativo[84]. Di fondo, l'idea è che solo ricor-

[80] M. NAPOLI, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 72 e ss.; M. BIAGI, *Cultura e istituti partecipativi delle relazioni industriali in Europa*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, n. 9, febbraio 2002, pp. 291 e ss.; M. CASTRO, *Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 81 ss.; F. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 751 ss.

[81] In questi termini, E. ALES, *Libertà sindacale vs partecipazione? Assenze, presenze e possibilità nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 131.

[82] Così, E. ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei Lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in *Dir. lav. merc.*, 2020, p. 16.

[83] Circ. Agenzia delle Entrate n. 28/E, 15 giugno 2016 e Circ. Agenzia delle Entrate n. 5E/2018, 29 marzo 2018.

[84] E. ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*,

rendo a strumenti partecipativi opportunamente regolati, il *welfare* sia in grado di rispondere efficacemente alle esigenze e agli interessi dei dipendenti[85] e di sintetizzare entro una cornice chiara istanze inevitabilmente eterogenee.

5. *La bilateralità e l'evoluzione possibile del welfare contrattuale*

La constatata mancanza di una sistematizzazione del welfare aziendale nel quadro legale di riferimento, unitamente all'utilizzo quasi esclusivo della leva fiscale atto a favorirne la diffusione, non consente la riconduzione delle prestazioni di welfare contrattuale unicamente nell'alveo della previdenza sociale.

Le misure implementabili attraverso il welfare aziendale incentivato, infatti, spaziano dalla previdenza in senso "stretto" al mero sostegno alla capacità di acquisto dei lavoratori. Tale scelta di politica del diritto è stata, nel corso della trattazione, già oggetto di critica. Così come, in materia, si è stigmatizzata la difficile sintesi tra l'interesse collettivo e quello individuale, con particolare riguardo al ricorso agevolato al canale volontaristico di istituzione di piani di welfare attraverso regolamenti aziendali irrevocabili a carattere obbligatorio, a discapito del ruolo dell'autonomia e della contrattazione collettiva.

Invero, se il welfare aziendale "contrattato" è, formalmente, posto sullo stesso piano di quello adottato in conformità a disposizioni di "regolamento aziendale", il legislatore sembra avere totalmente trascu-

in *Dir. lav. merc.*, 2021, p. 51. L'A. evidenzia «*l'esistenza di un'istanza di partecipazione funzionale della forza lavoro all'introduzione e alla gestione di un benessere onnicomprensivo, ulteriore rispetto all'esercizio possibile e auspicabile dei diritti individuali e collettivi*». Sul tema, v. A. PERULLI, V. BRINO (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, Cedam, Padova, 2012; E. ALES, *La partecipazione (bilanciata)*, cit., p. 15; P. TULLINI, *Organizzazione e partecipazione nel sistema della sicurezza sul lavoro*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 2017, 3, p. 29; E. ALES, *La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, *Quad. Dir. lav. merc.*, 2021, p. 11.

[85] P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in Giornate di Studio Aidlass *"Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario",* Modena, 18-19 aprile 2008, *passim*.

rato la principale dimensione dell'autonomia collettiva storicamente deputata all'implementazione di servizi e prestazioni di carattere previdenziale e assistenziale in favore dei lavoratori. Nessun cenno espresso alla "bilateralità", infatti, è rinvenibile nella disciplina legale fiscale, seppure il welfare bilaterale, ovvero quello garantito attraverso gli organismi paritetici e gli enti bilaterali, sia qualificabile alla stregua del welfare contrattuale.

Di conseguenza, sia la contribuzione posta a carico dei datori di lavoro per finanziare gli enti bilaterali di settore sia le prestazioni erogate da quest'ultimi ai lavoratori resterebbero attratte a tassazione, così mortificando proprio la migliore declinazione previdenziale e assistenziale della contrattazione collettiva[86]. Le esperienze consolidate della bilateralità hanno dimostrato che il perseguimento dei fini di protezione sociale dei lavoratori dipendenti delle imprese di piccole e medie dimensioni possa trovare soluzioni efficaci attraverso il metodo mutualistico. Però, l'agevolazione fiscale operante soltanto in favore delle somme, servizi e prestazioni erogati dai datori di lavoro, di cui all'art. 51, comma 2, lett. *f)*, disincentiva e rende meno conveniente, di fatto, il welfare bilaterale.

De iure condendo, dunque, è quanto mai auspicabile un riallineamento della disciplina fiscale improntato ad un criterio di omogeneità del trattamento fiscale di tutte le forme di welfare contrattuale, salvaguardando le diverse dimensioni dell'autonomia e della contrattazione collettiva che storicamente hanno meglio saputo interpretare i bisogni dei lavoratori.

[86] La difficoltà di individuazione del corretto trattamento fiscale da applicare alle prestazioni della bilateralità traspare dalla controversa risposta ad interpello dell'Agenzia delle entrate del 4 ottobre 2018 n. 24.

Abbreviazioni riviste

Arch. giur. circ. sin. strad.	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
Arg. dir. lav.	Argomenti di diritto del lavoro
Ass. soc.	L'assistenza sociale
Contr. impr.	Contratto e impresa
Contr. impr. Eur.	Contratto e impresa. Europa
Corr. giur.	Corriere giuridico
Corr. Merito	Il Corriere del merito
Danno resp.	Danno e responsabilità
Dig. IV, disc. priv., sez. civ.	Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile
Dig. IV, disc. priv., sez. comm.	Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale
Dig. IV, disc. pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. civ. cont.	Diritto civile contemporaneo
Dir. giust.	Diritto e giustizia
Dir. lav.	Il diritto del lavoro
Dir. lav. Marche	Diritto e lavoro nelle Marche
Dir. lav. merc.	Diritti lavori mercati
Dir. merc. lav.	Diritti del mercato del lavoro
Dir. prat. lav.	Diritto e pratica del lavoro
Dir. rel. ind.	Diritto delle relazioni industriali
Dir. sic. lav.	Diritto della sicurezza sul lavoro
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur. it.	Enciclopedia giuridica italiana
Fam. dir.	Famiglia e diritto
Foro it.	Il Foro italiano
Giorn. dir. lav. rel. ind.	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Giur. corti reg.	Giurisprudenza delle corti regionali
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito

Giust. civ.	Giustizia civile
Giust. civ.com	Giustizia civile.com
Guida dir.	Guida al diritto – Il Sole 24 Ore
Ig. sic. lav.	Igiene e sicurezza sul lavoro
JUS	*Jus* - Rivista di scienze giuridiche
JUSCiv	Jus civile
Labor	*Labor* - Il lavoro nel diritto
Lav. dir.	Lavoro e diritto
Lav. giur.	Il lavoro nella giurisprudenza
Lav. prev. oggi	Lavoro e previdenza oggi
Lav. pubbl. amm.	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
Mass. giur. lav.	Massimario di giurisprudenza del lavoro
Mass. giust. civ.	Massimario di giustizia civile
Nuova giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata
Nuova rass. leg. dottr. giur.	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
Nuove leggi civ. comm.	Nuove leggi civili commentate
Nuovo dig. it.	Nuovo Digesto italiano
Quad. dir. lav. rel. ind.	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Quad. soc.	Quaderni di sociologia
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
Rass. giur. Enel	Rassegna giuridica dell'ENEL
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Riv. crit. dir. lav.	Rivista critica di diritto del lavoro
Riv. crit. inf. ass. resp. civ.	Rivista critica di infortunistica, assicurazioni e responsabilità civile
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. dir. proc. civ.	Rivista di diritto processuale civile
Riv. dir. sic. soc.	Rivista del diritto della sicurezza sociale
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv. giur. sarda	Rivista giuridica sarda
Riv. inf. mal. prof.	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali

Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. it. prev. soc.	Rivista italiana di previdenza sociale
Riv. it. sc. giur.	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. not.	Rivista del notariato
Var. temi lav.	Variazioni sui temi di diritto dle lavoro
Soc. dir.	Sociologia del diritto
WP CSDLE "Massimo D'Antona"	*Working Papers* del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

Indice autori

BASSOTTI MARTINA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Macerata

BRESCIANI ILARIA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Parma

CANAVESI GUIDO, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Macerata

CARACCIOLO ALESSIO, *Ricercatore in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

CARCHIO CLAUDIA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Udine

CIUCCIOVINO SILVIA, *Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro,* Università degli Studi "Roma Tre"

CORSO STEFANO MARIA, *Ricercatore di Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Milano

CRISCI IRENE, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Milano Bicocca

DALLA SEGA MICHELE, *Dottorando di Ricerca in Apprendimento e innovazione nei contesti sociali e di lavoro*, Università degli Studi di Siena

DE FALCO MASSIMILIANO, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

DE LUCIA MYRIAM, *Collaboratrice della cattedra di Diritto del lavoro*, Università degli Studi delle Camere di Commercio *Universitas Mercatorum* di Roma

DEL DUCA DANIELA, *Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Genova

DETOMI ROSSANA, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

GAGLIONE CHIARA, *Dottoressa di ricerca in "Lavoro, Sviluppo e Innovazione"*, Fondazione M. Biagi, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

GAMBACCIANI MARCO, *Professore Associato di Diritto del lavoro,* Università degli Studi "Roma Tre"

GARBUIO CHIARA, *Ricercatrice di Diritto del lavoro,* Università *Ca' Foscari* di Venezia

IACOBUCCI STEFANO, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Ferrara

MAGAGNOLI SILVIA, *Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro*, Università degli Studi di Milano

MARCELLINI GIAN PIERO, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Macerata

MASERATI TOMMASO, *Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Milano

MASSAGLI EMMANUELE, *Ricercatore di Didattica e Pedagogia speciale,* Università degli Studi *Lumsa* di Roma

PAOLINI CHIARA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Macerata

PASTORE ANTONIA ROSSANA, *Dottoranda in Diritto del lavoro,* Università degli Studi Bari *Aldo Moro*

PETTINELLI ROBERTO, *Ricercatore di Diritto del lavoro,* Università degli Studi del Piemonte Orientale

PICCO GIANLUCA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Udine

PIGLIALARMI GIOVANNI, *Ricercatore di Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

PISTORE GIOVANNA, *Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Padova

STAMERRA FEDERICA, *Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Bari *Aldo Moro*

TURRIN MATTEO, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale e Diritto privato e del lavoro,* Università degli Studi di Padova

TURSI ARMANDO, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro,* Università degli Studi di Milano

VENTURA ALESSANDRO, *Dottore di ricerca in Diritto del lavoro,* Università degli studi di Bari *Aldo Moro*

Collana

Temi di sicurezza sociale

1. G. Canavesi (a cura di) *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica per il liberi professionisti*, 2020
2. E. Ales, G. Canavesi (a cura di), *La tutela antiinfortunistica oggi*, 2020
3. S. Renga, *La tutela del reddito*, 2022

Finito di stampare nel mese di settembre 2022
Presso la *Grafica Elettronica* Napoli