

Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*

Stefano Giubboni

1. Introduzione.	348
2. Individuale e collettivo nella recente evoluzione della disciplina della previdenza complementare.	350
3. Il ridisegno delle fonti istitutive.	354
4. Libertà di adesione e libertà di scelta del soggetto nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare.	358
5. Libertà di adesione e conferimento tacito del TFR.	361
6. La portabilità della posizione pensionistica complementare.	365
7. La nuova disciplina delle anticipazioni e dei riscatti.	369
8. Conclusioni.	371

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 62/2007

1. Introduzione.

Continuità col modello originario e innovazioni strutturali si intrecciano nella nuova disciplina della previdenza complementare, confermando il carattere ibrido del sistema⁸³⁷, anche dopo l'incisiva revisione operata dal d. lgs. n. 252/2005 in attuazione della delega conferita dalla l. n. 243/2004. Nella sua versione finale, più ancora che in quella inizialmente proposta alle parti sociali (e da queste respinta), il decreto accentua, anzi, i tratti di ambivalenza⁸³⁸ e i connessi momenti di tensione (se non anche di contraddizione)⁸³⁹, che improntano la disciplina della previdenza complementare, lasciando inevasa – come era forse inevitabile – la questione della sua incerta collocazione costituzionale ed irrisolta la caratterizzazione ibrida, ancipite, del “secondo pilastro pensionistico”.

Pur senza aspirare a sciogliere i nodi più spessi ed aggrovigliati del sistema, la legge delega appariva peraltro improntata a scelte più nette, e se si vuole meno compromissorie, rispetto a quelle poi effettivamente compiute dal decreto 252/2005. All'ombra del criterio direttivo della parificazione delle forme collettive e individuali di previdenza complementare e della promozione della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito del secondo pilastro dell'edificio pensionistico multilivello, la l. n. 243/2004 lasciava innanzitutto presagire una forte accentuazione dei profili di concorrenzialità all'interno del sistema e di connessa valorizzazione della libertà individuale come libertà di scelta tra offerte di investimento del risparmio previdenziale tra loro in competizione in un *level playing field* unitariamente vigilato e governato dalla COVIP⁸⁴⁰.

In questa prima linea direttrice, la legge delega appariva chiaramente ispirata dall'intento di portare a compiuto svolgimento le premesse del disegno già implicito, o meglio solo parzialmente abbozzato, dal d. lgs. n. 47/2000, cui si deve, pur tra molte incoerenze e incertezze, un primo passo verso l'attrazione della previdenza integrativa individuale entro il perimetro del secondo pilastro pensionistico⁸⁴¹.

⁽⁸³⁷⁾ Cfr., più di recente, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, CEDAM, Padova, 2005, 634 ss., che individua nel carattere ibrido della previdenza complementare la vera “costante normativa diacronica” del sistema. Nel medesimo senso, in precedenza, tra gli altri, T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. BESSONE e F. CARINCI, UTET, Torino, 2004, 3 ss., spec. 10, e soprattutto M. CINELLI, ad es. in *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, 67.

⁽⁸³⁸⁾ In tal senso, tra gli altri, G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *MGL*, 2006, 976.

⁽⁸³⁹⁾ Sulla possibile accentuazione, nella riforma, delle incoerenze del sistema, v. R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *MGL*, 484 ss., spec. 487-488.

⁽⁸⁴⁰⁾ Sull'impianto della delega v., con diverse valutazioni, M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica del 2004*, in *RDSS*, 2004, 587 ss. (ed ivi spec. 617 ss., per i profili relativi alla previdenza complementare); A. PANDOLFO, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il legislatore delegato*, in *Previdenza e Assistenza pubblica e privata*, 2004, 1225 ss.; A. TURSI, *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, *ivi*, 2005, 513 ss.

⁽⁸⁴¹⁾ Scelta, questa, probabilmente poco riflettuta (e forse anche poco coerente con la delega svolta dal decreto n. 47/2000), che un autorevole commentatore non ha esitato a definire “sciagurata”, soprattutto in ragione dell'insufficiente assetto di *governance* del secondo pilastro così riconfigurato: v. L. FRANCIOSI, *La ridefinizione della governance nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 331 ss., qui 370. Come si ricorderà anche più avanti, il d. lgs. n. 47 del 2000 aveva peraltro stabilito una tendenziale parificazione tra forme collettive e individuali essenzialmente sul piano del trattamento fiscale, circostanza, questa, che aveva indotto parte della dottrina (confortata, poi, dalla stessa prassi applicativa e dagli orientamenti della COVIP) ad escludere una completa assimilazione tra forme di previdenza propriamente

Nello stesso tempo, la legge delega – in termini che sono apparsi contraddittori con tale prima linea direttrice⁸⁴², ma che a ben vedere risentono più immediatamente (e in ciò, se si vuole, coerentemente) della morfologia ibrida del fenomeno – risultava diretta a rinsaldare il già forte legame funzionale tra primo e secondo pilastro (allargato), sia pure abbandonando l'iniziale, controversa, tentazione “di realizzare un livello necessario di previdenza pensionistica complementare”⁸⁴³.

La prima linea direttrice della riforma implicava – se portata alle coerenti conseguenze, pure prefigurate dalla delega – una discontinuità con l'assetto regolativo del d. lgs. n. 124/1993 ben maggiore di quella virtualmente contenuta nella seconda, una volta che questa era stata privata del suo elemento innovativo potenzialmente più dirimpente, quello rappresentato, appunto, dalla adesione obbligatoria, quale inizialmente prospettata, secondo la lettura più convincente, dal legislatore delegante⁸⁴⁴. Ed è forse per questo che il legislatore delegato è alla fine riuscito a tradurre con una certa coerenza più la seconda linea direttrice che la prima⁸⁴⁵, dimostrando, così, come il vero nodo del sistema non stia tanto nelle tensioni che derivano dal collegamento funzionale tra i due pilastri pensionistici, l'uno obbligatorio e l'altro facoltativo⁸⁴⁶, quanto, piuttosto, nella linea di faglia che congiunge, nella previdenza complementare, libertà individuale e scelte collettive o, sotto diversa angolatura, mercato e mutualità, regole di concorrenza ed istanze di

“complementare” e forme “individuali” (o, secondo altra terminologia, “integrative”), e, quindi, tra secondo e terzo pilastro del sistema pensionistico; v. in tal senso soprattutto A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, in *RDSS*, 2002, 111 ss.; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *ADL*, 2001, 201 ss.

⁽⁸⁴²⁾ V. soprattutto PESSI, *La previdenza*, cit., 487; ID., *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 325 ss.

⁽⁸⁴³⁾ P. SANDULLI, *I profili di trasparenza nella normativa italiana dei fondi pensione*, in COVIP – COMMISSIONE DI VIGILANZA SUI FONDI PENSIONE, *Quaderni tematici - La centralità della comunicazione nella previdenza complementare*, Quaderno n. 2, Bollettino, anno VII, speciale 1-2003, 21 ss., qui 22 (in nota), che giustamente scorgeva tale intenzione nella previsione di cui all'art. 1, comma 2, lettera g), punto 6, del d.d.l. n. 2145 AC, dal quale ha preso avvio il processo poi sfociato nella l. n. 243/2004.

⁽⁸⁴⁴⁾ In termini critici con tale originaria inclinazione del legislatore delegante v. pure M. CINELLI, *Brevi note sul disegno di legge n. 2145 di delega in materia previdenziale*, in *DL Marche*, 2002, 135 ss., spec. 142.

⁽⁸⁴⁵⁾ Ma anche qui non senza “scarti” rispetto al contenuto della legge delega: v. ad es. quanto nota A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 2007, 537 ss., spec. 539, a proposito della mancata previsione, nel decreto, della contitolarità, in capo al Fondo pensione, del diritto al versamento della contribuzione a favore degli iscritti.

⁽⁸⁴⁶⁾ Queste sembrano, infatti, ormai metabolizzate dalla giurisprudenza costituzionale stratificatasi in materia, che mediante il richiamo all'art. 38, comma 2, Cost., ha dimostrato di poter conferire il crisma della legittimità ad operazioni di funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica di base di segno decisamente “dirigista” (G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, CEDAM, Padova, 2004, 38 ss.), in quanto caratterizzate – a tacer d'altro – da una forte compressione degli spazi di libertà della autoregolazione collettiva. Il manto del secondo comma dell'art. 38 Cost. si è prestato così a coprire e convalidare le scelte del legislatore ordinario (si pensi alla vicenda del contributo di solidarietà e a quella della cosiddetta abolizione dei prepensionamenti integrativi) anche oltre quanto sarebbe (stato) lecito attendersi dalla coerenza e dalla capacità di tenuta analitica degli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale, che risentono di tutte le incertezze e le ambivalenze di inquadramento della previdenza complementare (cfr., e. g., le riflessioni critiche di G. PROIA, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *ADL*, 2001, 619 ss.). Per l'osservazione che il dibattito sull'inquadramento costituzionale della previdenza complementare “appare enfatizzato quanto meno rispetto alle conseguenze che ne derivano in ordine alla interpretazione del diritto vigente”, TREU, *La previdenza*, cit., 9; per un'accurata analisi critica della giurisprudenza costituzionale in materia cfr., inoltre, G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *ADL*, 2006, 313 ss.; per un riepilogo delle diverse posizioni dottrinali, infine, O. BONARDI, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 552 ss. (ma v. anche quanto si avrà modo di aggiungere nel § 8).

solidarietà di categoria o di gruppo.

2. Individuale e collettivo nella recente evoluzione della disciplina della previdenza complementare.

Nella speciale disciplina di settore, individuale e collettivo stabiliscono un rapporto marcato da tratti di forte deviazione rispetto ai principi generali già con il d. lgs. n. 124 del 1993. L'origine ed il fondamento di tale deviazione rispetto ai principi che governano l'efficacia del contratto collettivo di diritto comune è tutta racchiusa nella scelta di fare della libertà individuale di adesione – come è stato autorevolmente detto – “principio di costituzione economica, pur consegnato ad una norma di legislazione ordinaria”⁸⁴⁷, “punto fermo”⁸⁴⁸, da considerare in effetti acquisito a meno di difficili ripensamenti del legislatore, a dispetto delle critiche subito suscitate ed i mai del tutto sopiti conati verso il passaggio alla obbligatorietà⁸⁴⁹.

Originale rispetto agli assetti ricevuti⁸⁵⁰, e certo non necessitata sul piano costituzionale⁸⁵¹ (anche se giustificabile nella prospettiva dell'ultimo comma art. 35 Cost.)⁸⁵², la scelta del legislatore di attribuire al lavoratore la libertà se aderire o meno al piano previdenziale complementare, previsto dal contratto collettivo applicabile al rapporto, si pone infatti come evidente deviazione rispetto ai principi che governano l'efficacia oggettiva dello stesso, giacché configura una eccezionale facoltà di sottrarsi – con una sorta di clausola di *opting-out* inderogabilmente imposta dalla legge⁸⁵³ – agli effetti tipici della fonte collettiva. La libertà di adesione costituisce, invero, come è comunemente osservato, un'evidente “deroga alla naturale efficacia dell'accordo sindacale”, istitutivo della forma previdenziale, risolvendosi nella “libertà di rifiutare gli effetti naturali di quel contratto”⁸⁵⁴.

Nella impostazione fatta propria dal legislatore delegato del 1993, tale deviazione – che è comunque forte, perché idonea a subordinare, nel decisivo momento dell'adesione, l'interesse collettivo

⁽⁸⁴⁷⁾ M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2000, 71.

⁽⁸⁴⁸⁾ M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *ADL*, 2001, 715 ss., qui 734.

⁽⁸⁴⁹⁾ V. G. SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 976. E si veda, da ultimo, pure P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e legislazione ordinaria*, in *RDSS*, 2007, 47 ss., spec. 52, che la considera scelta di “carattere non definitivo, ma probabilmente transeunte, visto il ruolo che la previdenza complementare è chiamata ormai da anni a occupare [...]”.

⁽⁸⁵⁰⁾ I fondi pensione preesistenti all'organico intervento legislativo del 1993 erano infatti di regola improntati alla obbligatorietà della iscrizione dei lavoratori destinatari delle previsioni collettive, in linea coi comuni principi; v. soprattutto E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *DL*, 1988, I, 115 ss.

⁽⁸⁵¹⁾ PESSI, *La previdenza*, cit., 487, che parla di “una scelta discrezionale del legislatore del '93 (quella della libertà di adesione) priva di qualsivoglia supporto costituzionale”.

⁽⁸⁵²⁾ Ma se si considera che la destinazione a previdenza complementare di parte del proprio trattamento retributivo non offre al prestatore di lavoro alcuna garanzia finale di risultato in ordine alla prestazione pensionistica, essendo essa soggetta ai rischi del mercato finanziario (rischi solo temperabili con gli strumenti di garanzia assicurativa nello stesso attivabili); e, d'altra parte, che alla libertà di entrata non corrisponde una pari libertà di uscita dal sistema, l'opzione del legislatore per la volontarietà della adesione del lavoratore/risparmiatore trova altresì una chiara giustificazione nell'art. 47 Cost. Per tale ordine di idee, di recente, E. FORNERO, F. TEPPA, *Il risparmio previdenziale: scelte consapevoli o comportamenti inerziali?*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., 203 ss., spec. 206-207.

⁽⁸⁵³⁾ Così A. BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 594 ss., spec. 605 (alla nota 48).

⁽⁸⁵⁴⁾ PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 730.

a quello individuale – veniva tuttavia circoscritta e in certo senso temperata all'interno di un quadro che, sotto ogni altro aspetto, finiva per riassegnare una naturale prevalenza alle scelte dell'autonomia collettiva. Era pacifico, in primo luogo, che la libertà del lavoratore si consumasse tutta con la scelta di aderire (o meno) alla forma complementare⁸⁵⁵, escludendosi che essa potesse riemergere in fasi successive del rapporto previdenziale, in particolare come potere di libero recesso dal fondo con diritto di riscatto della posizione maturata.

Ma a rivelare questo affievolimento della libertà individuale già nel momento immediatamente successivo all'adesione, non era tanto la esclusione della facoltà di recesso dal programma pensionistico complementare nella permanenza dei requisiti di appartenenza al fondo. La negazione di un libero potere di fuoriuscita dal sistema, ovvero di un potere di *exit* interamente rimesso alla volontà del soggetto, costituisce, infatti, a ben vedere, un portato della natura previdenziale del risparmio investito⁸⁵⁶, prima ancora che della finalizzazione mutualistica, e quindi della inerenza ad una forma di solidarietà, in senso proprio collettiva, del programma pensionistico complementare. L'esclusione di un siffatto potere si attaglia, in tal senso, alle forme di previdenza complementare individuale non meno che a quelle collettive, come si sarebbe incaricato di dimostrare già il d. lgs. n. 47/2000.

A sottolineare la preminenza del momento collettivo nel disegno del 1993 stava, semmai, sotto il profilo ora in esame, un altro indice normativo di grande rilievo nella economia del decreto n. 124: vale a dire la inesistenza di una facoltà di trasferimento libero della posizione complementare individuale e, per tal via, la sostanziale negazione di una libertà di *scelta* nella allocazione del risparmio previdenziale. Nella sua primitiva formulazione, l'art. 10 del d. lgs. n. 124 dischiudeva l'opzione del trasferimento presso un altro fondo complementare – eventualmente anche aperto – solo per l'ipotesi in cui venissero meno i requisiti di partecipazione alla forma pensionistica⁸⁵⁷. È soprattutto questo limite, fondante del modello di previdenza complementare voluto dal legislatore del 1993, a configurare la libertà del lavoratore essenzialmente come libertà di adesione e non anche come ulteriore, e più ampia, libertà di scelta.

La preminenza della dimensione collettiva nella effettiva strutturazione della previdenza complementare si lasciava tuttavia cogliere ancor più chiaramente, nell'assetto normativo del 1993, soprattutto nelle scelte compiute dal legislatore in ordine alla articolazione del sistema delle fonti istitutive.

L'assetto originario assegna, infatti, una primazia indiscussa al contratto collettivo e comunque a fonti di rilevanza *lato sensu* collettiva. In un impianto normativo che relega a funzioni del tutto residuali i fondi aperti almeno con riguardo al lavoro dipendente e che è ancora lontano anche solo dal prefigurare quella dinamica di progressiva pluralizzazione delle fonti istitutive che si sarebbe effettivamente avviata solo con il d. lgs. n. 47 del 2000, la gerarchia interna alle stesse è invero saldamente centrata sul ruolo egemone del contratto collettivo. L'art. 3, comma 1, del

(⁸⁵⁵) V. solo P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Digesto IV, Discipline priv., sez. comm.*, XI, 1996, 243 ss., spec. 254, che parla appunto di "integrale consumazione della libertà contrattuale nella fase costitutiva", precisando che dalla formula del quarto comma dell'art. 3 del decreto n. 124/1993 "non è dato ricavare l'estensione del criterio di libertà, riferito al momento genetico del rapporto, fino a criterio di libertà permanente nei termini, negativi, di dissociabilità".

(⁸⁵⁶) Cfr. VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 139 ss.

(⁸⁵⁷) V. per tutti F. MAZZIOTTI, *sub art. 10*, in M. CINELLI (a cura di) *Disciplina delle forme pensionistiche complementari. Commentario*, in *NLCC*, 1995, 207-209.

decreto del 1993 disegna una mappa assai lineare delle fonti istitutive, che racchiude, in ordine gerarchicamente discendente: a) gli accordi e contratti collettivi, anche aziendali, ovvero in mancanza gli accordi fra lavoratori purché promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali; b) gli accordi fra lavoratori autonomi o liberi professionisti, promossi da loro sindacati o associazioni di rilievo almeno regionale; c) infine i regolamenti di enti o aziende, naturalmente alla condizione che i relativi rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi.

La indiscussa supremazia assegnata all'autonomia collettiva nell'originario disegno delle fonti istitutive non è solo funzionale ad un regime che fa della previdenza complementare un fenomeno sostanzialmente unitario e compattamente rimesso – con l'eccezione dell'area di frangia dei fondi aperti – alla gestione sindacale; ma serve anche in qualche modo a recuperare lo scarto rispetto ai principi generali, consumato col riconoscimento della libertà di adesione individuale quale momento di elettiva traduzione del principio costituzionale della libertà della previdenza privata⁸⁵⁸.

Questo assetto fondamentalmente “monistico” del regime delle fonti istitutive, centrato sul polo dominante se non unico del contratto collettivo, ha tuttavia gradualmente ceduto il passo ad una geografia più articolata e plurale del sistema delle fonti, unitamente alla apertura, da parte del legislatore, di spazi via via crescenti alla libertà di scelta ed all'autonomia individuale. I due aspetti sono, come ovvio, strettamente interrelati, e già la novellazione operata della l. n. 335/1995 dimostra che si tratta, in realtà, di due facce della stessa medaglia.

Le pur timide aperture contenute nella legge n. 335 ad un più ampio margine di esercizio della libertà individuale – in particolare con l'introduzione di una prima forma di trasferimento “discrezionale” della posizione previdenziale (nel nuovo art. 10 del d. lgs. n. 124/1993)⁸⁵⁹ – sono, infatti, strettamente legate al potenziamento del ruolo dei fondi aperti (e, quindi, degli atti di iniziativa economica che in definitiva ne costituiscono la fonte istitutiva) ed alla conseguente immissione nel sistema di “elementi di concorrenzialità commerciale” in inevitabile tensione dialettica con “le ragioni mutualistiche e solidaristiche di ordine professionale”⁸⁶⁰, certamente proprie della previdenza complementare collettiva sindacalmente organizzata.

Ma è con il d. lgs. n. 47 del 2000, e con la sostanziale rottura di una nozione unitaria di previdenza complementare⁸⁶¹, derivante dalla tendenziale riconduzione delle forme individuali di nuovo conio nella sfera funzionale propria del secondo pilastro⁸⁶², che autotomia collettiva e libertà individuale entrano in un rapporto nuovo. La decisa accentuazione dei profili di concorrenzialità del

⁽⁸⁵⁸⁾ Cfr. G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁽⁸⁵⁹⁾ Si vedano, per tutti, R. VIANELLO, *Permanenza nel fondo pensione e cessazione dei requisiti di partecipazione*, in C. CESTER (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1998, 498 ss.; A. VISCOMI, *La “facoltà di trasferimento” della posizione pensionistica complementare*, in *LD*, 1997, 55 ss.

⁽⁸⁶⁰⁾ G. FERRARO, *La problematica giuridica dei fondi pensione*, in ID. (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss., qui 12.

⁽⁸⁶¹⁾ V. VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 119 ss.

⁽⁸⁶²⁾ Il riferimento è, ovviamente, alla previsione, introdotta dall'art. 2 del d. lgs. n. 47/2000, delle forme pensionistiche individuali attuate mediante fondi pensione aperti e, soprattutto, mediante contratti di assicurazione sulla vita. Sul fondamentale rilievo, peraltro solo in parte realizzatosi nelle concrete dinamiche dell'ordinamento, di questa “riforma di sistema di segno molto forte”, v. principalmente M. BESSONE, *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portabilità della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DLRI*, 2002, 565.

sistema passa, infatti, per una inevitabile valorizzazione della libertà di scelta del lavoratore, che comincia ad essere giuridicamente costruito, prima che come beneficiario elettivo (e in certo modo passivo) delle forme complementari collettivamente istituite, quale investitore consapevole e responsabile del proprio risparmio previdenziale.

La previdenza complementare individuale è in realtà fenomeno sostanzialmente alternativo a quella collettiva, in quanto strutturalmente sottratto a qualunque forma di regolazione e gestione sindacale⁸⁶³. La sua riconduzione nella sfera del secondo pilastro pensionistico è strumentale ad una precisa scelta di *policy* diretta a promuovere una più accentuata dinamica concorrenziale nella provvista della copertura previdenziale complementare. È ovvio peraltro come l'ampliamento e la scomposizione della nozione di previdenza complementare, che conseguono a tale scelta, non possano non riflettersi in un diverso equilibrio tra individuale e collettivo nella strutturazione degli interessi serviti dalla previdenza complementare.

La spinta alla "segmentazione dell'interesse collettivo"⁸⁶⁴, virtualmente derivante dalla accentuazione dei momenti di libertà di scelta del lavoratore/risparmiatore, nella riforma del 2000 ha finito, tuttavia, per essere meno forte di quanto lasciasse presagire una lettura tesa ad accreditarne radicali intenti innovatori.

A suggerire l'idea di una radicale "riforma di sistema"⁸⁶⁵ era stata soprattutto la possibilità – intravista nella previsione del nuovo testo dell'art. 10 del d. lgs. n. 124/1993 – di un'incisiva "estensione di campo alla libertà di decisione dei singoli anche quanto alle possibili alternative di investimento di risparmio con finalità previdenziale"⁸⁶⁶. Nel senso che al principio di libertà "che già consentiva di decidere se sottoscrivere un contratto di adesione ad una forma pensionistica complementare", il d. lgs. n. 47/2000 avrebbe aggiunto la "libertà di scegliere senza prescrizioni di limite quale forma pensionistica privilegiare"⁸⁶⁷.

(863) In essa è per definizione assente l'interesse collettivo, giacché "queste particolari modalità di investimento del risparmio non presuppongono alcuna comunità di scopo, né alcuna comunione di scopo, essendo destinate esclusivamente alla soddisfazione di interessi individuali" (così VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 372, che a sua volta si rifà a PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., 727). Ciò nondimeno, nella misura in cui entra nel circuito del secondo pilastro pensionistico e si avvantaggia così (pressoché interamente) della disciplina fiscale di favore per esso congegnata dal legislatore, la previdenza individuale integra la nozione (plurale) di previdenza complementare e concorre a comporre l'assetto di interessi di cui questa è espressione anche nell'ottica dell'art. 38 Cost. La scelta del legislatore diventa così in qualche modo impegnativa pure sul piano delle qualificazioni costituzionali del fenomeno, poiché anche per la previdenza complementare individuale, in quanto accomunata a quella collettiva nella funzione di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale, può predicarsi ciò che vale per la previdenza complementare collettiva: ovvero che essa "corrisponde al soddisfacimento di interessi non privatistici e neppure necessari in senso pubblicistico ma sempre socialmente rilevanti" (così TREU, *La previdenza*, cit., 10). A questa caratterizzazione sembra potersi sottrarre soltanto la previdenza individuale che – per essere attivata da soggetti che non sono destinatari di forme di previdenza obbligatoria (perché ad esempio percettori di redditi diversi da quelli di lavoro) – non realizza, in realtà, alcuna funzione in senso proprio "complementare" rispetto al pilastro di base.

(864) Ancora VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 374.

(865) È la già richiamata espressione di BESSONE, *Fondi pensione*, supra cit. alla nota 26.

(866) Ivi, 566.

(867) Ivi, 565.

Sta di fatto, però, che su questa lettura – che traeva argomento soprattutto dalla tendenziale parificazione del trattamento fiscale di favore riservato alle forme collettive come a quelle individuali⁸⁶⁸ – ha finito per prevalere una linea interpretativa maggiormente incline a cogliere gli aspetti di continuità con l'assetto normativo previgente ed a riconoscere, in particolare, una perdurante *primauté* ai circuiti collettivi di destinazione del risparmio previdenziale⁸⁶⁹. Ed avremo modo di ricordare meglio in seguito come tale primazia delle forme di origine contrattuale collettiva sia stata subito riaffermata dalla stessa COVIP sul decisivo terreno della destinazione del trattamento di fine rapporto e del contributo datoriale in caso di trasferimento (libero) della posizione complementare individuale.

La legge delega del 2004 si è inserita in tale quadro ancora in evoluzione ed alla ricerca d'un più stabile equilibrio, per riorientare il sistema verso una effettiva equiordinazione tra le diverse forme di realizzazione della garanzia previdenziale complementare. Per quel che più interessa nella prospettiva d'analisi prescelta, tale impulso alla parificazione in chiave concorrenziale tra le diverse forme di previdenza complementare passa attraverso due linee direttrici, solo in parte tradotte, come vedremo, in tutte le loro implicazioni di sistema, dal d. lgs. n. 252/2005: la prima consiste nella sostanziale individualizzazione delle scelte in ordine alla canalizzazione delle risorse finanziarie volte ad alimentare i fondi pensione, a cominciare, come ovvio, dalla piena riconduzione alla sfera della volontà del lavoratore della decisione sul se, e soprattutto in quale direzione, destinare il proprio Tfr maturando; la seconda si concretizza nella decisa pluralizzazione delle fonti istitutive, con ingresso sulla scena di attori nuovi come anche di inediti congegni d'adesione collettiva.

È da quest'ultima linea di riforma del sistema che conviene prendere le mosse per analizzare il nuovo rapporto tra legge, contratto collettivo e libertà individuale nella vigente disciplina della previdenza complementare.

3. Il ridisegno delle fonti istitutive.

La distanza tra l'assetto originario delle fonti istitutive, fortemente centrato sul rilievo egemonico del contratto collettivo, e quello policentrico, multipolare (e multilivello), oggi in vigore, risulta immediatamente dal semplice confronto sinottico tra il (primo) testo dell'art. 3 del d. lgs. n. 124/1993 e quello dell'omologa disposizione del d. lgs. n. 252/2005. Il ridisegno del sistema è nel senso di una decisa "erosione della centralità delle fonti istitutive di origine sindacale"⁸⁷⁰, che è chiaramente avvertibile nel testo della norma appena evocata. Ma è tutta la più ampia istanza di riassetto del sistema verso una sostanziale (benché ancora incompleta) parificazione tra forme collettive ed individuali, a premere nella stessa direzione⁸⁷¹.

⁽⁸⁶⁸⁾ Per altri ragguagli su tale ricostruzione della riforma del 2000, che trova una diversa e altrettanto autorevole esposizione in PERSIANI, *La previdenza*, cit., 735 ss., sia permesso un rinvio a S. GIUBBONI, *Fondi pensione e competition rules comunitarie*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., 110 ss., spec. 130 ss.

⁽⁸⁶⁹⁾ V. principalmente A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata*, cit., 111 ss.

⁽⁸⁷⁰⁾ BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 596-597, che sintetizza efficacemente un'osservazione largamente comune ai commentatori della riforma del 2005.

⁽⁸⁷¹⁾ Si pensi al superamento del vincolo, sopravvissuto alla riforma del 2000, di cui all'art. 9, co. 2, d. lgs. n. 124/1993, col venir meno di quel rapporto di sussidiarietà che subordinava i fondi aperti rispetto a quelli chiusi di origine sindacale. Invero, la l. n. 335/1995, nel

Il forte ridimensionamento della originaria, indiscussa *primauté* del contratto collettivo⁸⁷², è invero percepibile a prima vista anche solo scorrendo l'eterogeneo elenco di fonti istitutive ora offerto dalla norma. Ai contratti ed accordi collettivi, anche aziendali – che continuano ad aprire l'elenco delle fonti istitutive (*sub* lett. *a*) con la significativa innovazione di contenuto sulla quale ci si soffermerà tra breve – si affiancano, ora, oltre agli accordi tra lavoratori autonomi o liberi professionisti (lett. *b*), fra soci lavoratori di cooperative (lett. *e*), fra i soggetti destinatari del d. lgs. n. 565/1996, e (lett. *c*) ai regolamenti di enti e aziende (i soli, come in passato, in posizione di esplicita sotto-ordinazione rispetto alla fonte contrattuale collettiva), le fonti istitutive attivate: dalle Regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia" (lett. *d*); dagli "enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103" (lett. *g*); dai soggetti abilitati alla istituzione di fondi pensione aperti (lett. *h*), e tra essi ancora dalle imprese assicurative per quanto concerne più in particolare le forme pensionistiche individuali accese mediante contratti di assicurazione sulla vita (lett. *i*).

Nel testo dell'art. 3, insieme alla evidente volontà di (tendenziale) equiparazione funzionale tra le diverse fonti istitutive della previdenza complementare, traspare anche una certa, e per vero impropria, tendenza del legislatore ad una sorta di "personificazione" delle stesse⁸⁷³. E così le Regioni e le casse di previdenza (obbligatoria) privatizzate dei liberi professionisti compaiono insieme ai contratti collettivi, in quella che appare una singolare commistione tra fonti istitutive e soggetti istitutori.

Vedono così accresciuta la loro rilevanza o fanno senz'altro ingresso nel sistema – in posizione formalmente parificata a quella del contratto collettivo – fonti istitutive capaci di attivare circuiti di previdenza complementare non solo, come per il passato, tendenzialmente alternativi, ma potenzialmente in grado, oggi, di esprimere una ben più accesa forza di attrazione concorrenziale rispetto a quelli d'origine sindacale. Ad incidere in questa innovativa direzione, più che la conferma del ruolo istitutivo e costitutivo dei soggetti del mercato finanziario ed assicurativo (i quali sono destinati peraltro a operare in un ambiente ben più concorrenziale di quello prefigurato dal decreto del 1993), è forse soprattutto la individuazione – tra le fonti istitutive – della legge regionale.

consentire l'adesione su base collettiva ai fondi aperti pur nella confermata persistenza di detto rapporto di sussidiarietà degli stessi, aveva a ben vedere compiuto un atto di promozione della iniziativa sindacale. Come è stato osservato, "il dato essenziale dell'art. 9, l. n. 335/1995 finisce per consistere nell'attenuazione dell'emarginazione della contrattazione collettiva (e, più in generale, delle fonti collettive) in materia di fondi aperti [...]" (VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 253). Sicché la previsione dell'adesione su base collettiva ai fondi aperti – quale forma di affidamento collettivo ai soggetti del mercato – accresce gli spazi della iniziativa sindacale in materia previdenziale, senza abbattere le barriere tra le diverse forme pensionistiche complementari. Mentre è su questo vincolo – quale riveniente dal comma 2 dell'art. 9, d. lgs. n. 124/1993 – che incide ora la riforma del 2005, realizzando "quel programma di riunificazione di tutte le forme pensionistiche complementari, collettive e individuali" (TURSI, *Note introduttive*, cit., 540), solo abbozzato e prefigurato dal d. lgs. n. 47 del 2000.

⁽⁸⁷²⁾ Va peraltro notato come il contratto collettivo veda mantenuta la centralità, ed anzi la sostanziale esclusività del proprio ruolo, con riguardo al settore della previdenza complementare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto privatizzato: cfr. l'art. 3, co. 2, d. lgs. n. 252 del 2005 (su cui BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit. 608). Ma si tratta di settore che – come dimostra da ultimo proprio l'esclusione dagli effetti della riforma di cui al d. lgs. n. 252 (v. l'art. 23, co. 6) – attende ancora di approdare ad assetti, non solo normativi, che ne consentano l'effettivo sviluppo. Sullo stato dell'arte in materia v. da ultimo V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del Tfr*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 696 ss., spec. 702-703.

⁽⁸⁷³⁾ L'osservazione è di BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 601.

La formulazione letterale e la stesa collocazione della norma sembrano invero tradire la chiara intenzione del legislatore delegato di attribuire alla Regione una funzione, non solo regolativa, ma propriamente istitutiva della previdenza complementare⁸⁷⁴. La legge regionale viene così ad essere abilitata a farsi fonte istitutiva (oltre che regolativa) di forme pensionistiche complementari nel senso più proprio e pieno collettive⁸⁷⁵, che, per essere destinate a rivolgersi, seppur nei limiti di competenza territoriale, allo stesso bacino di utenza dei fondi negoziali di origine sindacale, potrebbero ipoteticamente attivare, per i propri connotati istituzionali, dinamiche concorrenziali in potenza ancor più incisive di quelle disponibili ai fondi aperti.

Le Regioni – almeno se si considerano alcune esperienze d'avanguardia, come quella del Trentino-Alto Adige – già svolgono un significativo ruolo attivo nella promozione di forme di previdenza complementare, che contemplano l'esplicito e formale coinvolgimento quale fonte istitutiva della contrattazione collettiva. Sennonché, in una logica di forte (certo non dovuta⁸⁷⁶ e forse anche eccessiva⁸⁷⁷) valorizzazione della competenza legislativa concorrente ex art. 117, comma 3 Cost.⁸⁷⁸, le Regioni possono ora intervenire come "soggetto che istituisce la forma pensionistica in alternativa ad altre fonti, fra cui anche il contratto collettivo"⁸⁷⁹. E se pur è vero che, allo stato, è assai difficile immaginare che le Regioni possano lanciarsi in una corsa alla "competizione regolativa" nei confronti dei fondi negoziali d'espressione sindacale⁸⁸⁰, ciò nondimeno, quella dischiusa dalla immissione della legge regionale tra le fonti istitutive, è potenzialmente dinamica che contribuisce in maniera rilevante a ridimensionare la (originaria) supremazia del contratto collettivo. Ed è, all'evidenza, comunque questo, in prospettiva, uno dei principali terreni di sviluppo della concorrenza tra fondi chiusi⁸⁸¹.

(874) In questo senso anche PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 75, che peraltro sottolinea le modeste prospettive di operatività concreta di siffatta potestà istitutiva. Nel senso che le Regioni avrebbero – per vero come per il passato – una competenza (oltre che a regolare nei limiti dei principi fondamentali posti dalla legge dello Stato) solo ad "operare quali promotori o coordinatrici di iniziative pensionistiche a genesi negoziale e non anche come soggetti che istituiscono direttamente i fondi pensione [...]", v. invece BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 608.

(875) V. la deliberazione della COVIP del 28 giugno 2006, recante *Direttive generali alle forme pensionistiche complementari ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*, in *GU*, Serie generale, dell'11 luglio 2006, n. 159, spec. 73. Anche le deliberazioni degli organi amministrativi degli enti di diritto privato che gestiscono forme di previdenza obbligatoria in favore dei liberi professionisti di cui ai decreti legislativi 509/1994 e 503/1996 sono fonte istitutiva di forme complementari collettive, ma è evidente come la loro specifica finalizzazione soggettiva ponga dette forme essenzialmente in concorrenza con l'offerta previdenziale dei fondi aperti e dei piani pensionistici individuali. Sul punto si dovrà peraltro tornare brevemente nel paragrafo conclusivo, per mettere in evidenza come su questo nuovo terreno di concorrenza nei confronti dei fondi aperti e delle imprese assicuratrici che offrono piani pensionistici individuali l'attività delle casse previdenziali privatizzate possa entrare in tensione con le *competition rules* comunitarie.

(876) V. quanto rileva al riguardo A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mo' di (parziale) commento del d. lgs. 252/2005*, in *Previdenza e Assistenza pubblica e privata*, 2006, 145 ss., spec. 156 ss.

(877) V. la serrata critica di TURSI, *Note introduttive*, cit., 545, e di BONARDI, *Tassonomie*, cit., 554, che parlano di "equivoco della regionalizzazione", avanzando qualche sospetto di legittimità costituzionale.

(878) Si discute ancor più all'esito della riforma del 2005 di quali debbano considerarsi i limiti di esercizio di tale competenza. L'opinione che tende a prevalere tra i commentatori – in mancanza di indicazioni espresse del legislatore statale – è che *tutte* le disposizioni del d. lgs. n. 252 debbano essere considerate alla stregua di "principi fondamentali" ex art. 117 Cost.: v. in questo senso BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 607; PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 77.

(879) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 157.

(880) Cfr. quanto osserva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 220 e 225.

(881) La problematica – specie sotto il profilo delle questioni poste dal concorso/conflitto tra fonti di rilievo collettivo – non è nuova (v. già P. TOSI, *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, t. II, 1999, 1309 ss.),

Un altro momento di rilevante discontinuità del nuovo assetto pluralistico delle fonti istitutive è rappresentato dalla caduta del vincolo già posto dall'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 124/1993. La rimozione di tale limite alla adesione⁸⁸² ai fondi pensione aperti, espressamente enunciata dalla legge delega, rappresenta aspetto invero saliente della spinta alla parificazione tra fonti istitutive/forme pensionistiche complementari scaturente dal decreto n. 252/2005. Per effetto dell'art. 12, comma 2, del decreto, infatti, "i rapporti tra fonti istitutive di carattere collettivo risultano liberalizzati", con la conseguenza che la presenza di una forma pensionistica attuata tramite fondo negoziale non è più legittimata "ad ostacolare, nel proprio ambito di riferimento, scelte alternative, che in ipotesi volessero assecondare l'adesione a fondi aperti"⁸⁸³.

La liberalizzazione delle adesioni su base collettiva ai fondi pensione aperti⁸⁸⁴ risulta, del resto, almeno in prospettiva, ancor più rilevante ove si consideri la innovativa previsione di cui alla stessa lettera a) dell'art. 3 del decreto. La norma, estendendo la nozione di adesione su base collettiva, assimila, infatti, ai fini in discorso, le previsioni dei contratti e degli accordi collettivi, anche aziendali, ai contratti che, a quest'ultimo livello, vengano stipulati direttamente tra datore di lavoro e lavoratori, con effetti ovviamente limitati a chi li sottoscrive.

Tali accordi plurisoggettivi, o individuali plurimi⁸⁸⁵, direttamente intercorrenti tra datore e lavoratori senza la mediazione della rappresentanza collettiva, se, come ovvio, non sono idonei a produrre effetti in ordine al conferimento tacito del Tfr ex art. 8, comma 7, lett. b), del decreto⁸⁸⁶, possono certamente costituire ipotesi di adesione su base collettiva a fondi pensione aperti⁸⁸⁷. La

ed è stata già affrontata dalla stessa COVIP (si vedano in particolare gli *Orientamenti* approvati il 12 novembre 2003). Occorre ritenere che, in un contesto di valorizzazione e di ulteriore ampliamento degli spazi di libertà individuale, quale quello visualizzato dal legislatore del 2004/2005, sarà proprio la scelta libera e consapevole del soggetto destinatario a fornire il primo criterio di risoluzione degli eventuali problemi di "sovrapposizione" tra fonti collettive (in tal senso anche BONARDI, *Tassonomie*, cit., 571; *contra*, nel senso che occorra far ricorso agli usuali criteri di risoluzione adottati in caso di concorso-conflitto tra norme collettive, v. tuttavia BOLLANI, *Fonti istitutive*, cit., 605).

⁽⁸⁸²⁾ È appena il caso di ricordare che l'adesione è, come tale, sempre e solo individuale (v. per tutti M. PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, in TURSI, *La nuova disciplina*, cit., spec. 775). La modalità collettiva di adesione ad un fondo aperto altro non è se non "un procedimento collettivamente rafforzato di adesione individuale" (A. TURSI, *La terza riforma*, cit., 517), essenziale, peraltro, per qualificare come collettiva la forma previdenziale (v. BONARDI, *Tassonomie*, cit., 566).

⁽⁸⁸³⁾ PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 201.

⁽⁸⁸⁴⁾ Sulla importanza di tale passaggio della riforma v. pure T. BOERI, A. BRUGIAVINI, *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 295 ss., spec. 303-305, che vi ravvisano uno dei principali interventi diretti all'abbattimento delle barriere esistenti all'interno del secondo pilastro.

⁽⁸⁸⁵⁾ Come li chiama BOLLANI, *Fonti istitutive*, 603, che li descrive, efficacemente, come "un fascio di atti negoziali individuali, posti in essere da una collettività non organizzata". Per una diversa e più riduttiva lettura critica della norma, v. peraltro TURSI, *Note introduttive*, cit., 546, che la imputa ad un equivoco (un "*basic misunderstanding*") in cui sarebbe incorso il legislatore in ordine all'efficacia – erroneamente presupposta come *erga omnes* – del contratto collettivo aziendale. In questa riduttiva ottica, la norma non farebbe che specificare – equivocamente – un principio già operante nell'ordinamento, senza alcuna portata innovativa.

⁽⁸⁸⁶⁾ V. meglio *infra*, al § 5; sul punto cfr. comunque sin d'ora le citate *Direttive generali* della COVIP, spec. 74, nonché, in dottrina, PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 155, e P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del Tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in MESSORI, *La previdenza*, cit., 157 ss., spec. 162, che esclude "la utilizzazione di questo modello, individuale-plurimo, di adesione per realizzare effetti di propagazione mediante conferimenti taciti".

⁽⁸⁸⁷⁾ *Contra* PANDOLFO, *op. loc. ult. cit.*, che, sia pure in termini dubitativi, propende per una lettura in continuità con la disciplina previgente, ritenendo che la nuova normativa si limiti "ad evocare l'ipotesi che i lavoratori interessati aggiungano le loro firme a quelle del o dei soggetti collettivi che hanno stipulato il contratto collettivo aziendale". Nel senso del testo, v. invece MEFOP, *Commento tecnico al testo del decreto attuativo della Legge delega in materia previdenziale approvato in data 24 novembre 2005*, in www.mefop.it, 5, che, benché dubitativamente, non esclude neppure riflessi sulla stessa vicenda del conferimento tacito del Tfr. Ma si tratta

norma, anzi, per come è collocata, sembra prefigurare un ruolo ancor più pregnante per gli accordi in parola, annoverandoli tra le fonti istitutive di forme pensionistiche complementari (aziendali), pur con effetti limitati ai soli lavoratori firmatari.

La previsione conferma così – sullo stesso piano della riscrittura delle fonti istitutive – la più marcata proiezione individualistica che oggi caratterizza complessivamente il sistema della previdenza complementare, concorrendo in maniera significativa a ridurre l'originaria, netta premienza del potere istitutivo/regolativo delle parti sociali.

4. Libertà di adesione e libertà di scelta del soggetto nel nuovo sistema di finanziamento della previdenza complementare.

La più accentuata connotazione individualistica della previdenza complementare riformata non è di per sé apprezzabile nel richiamo – che nel d. lgs. n. 252/2005 diviene peraltro insistito e ripetuto⁸⁸⁸ – del principio della libertà di adesione individuale. Questo, infatti, almeno secondo talune prospettazioni, poteva dirsi già principio generale e fondamentale dell'ordinamento sezionale della previdenza complementare sotto l'impero della disciplina previgente, in connessione con l'art. 38, comma 5, Cost. Sotto il profilo ora in esame, la maggiore individualizzazione della garanzia previdenziale complementare va semmai colta nel definitivo passaggio da un sistema che, sia pure coi vincoli rivenienti dal raccordo funzionale con la previdenza di base⁸⁸⁹, non si limita più a garantire la libertà del soggetto nel momento dell'adesione e dell'accesso al secondo pilastro pensionistico, come avveniva nel 1993, ma attribuisce ormai allo stesso una più ampia – per quanto ancora non completa – *libertà di scelta* nella destinazione del proprio risparmio previdenziale.

Al riguardo giocano, come ovvio, un ruolo di preminente rilievo le regole sulla portabilità della posizione individuale e sulla libertà di circolazione del lavoratore all'interno del sistema di previdenza complementare; regole che il d. lgs. n. 252/2005 ha riscritto – come si avrà modo di dire meglio tra breve – in termini che, per quanto innovativi rispetto al regime preesistente, non paiono del tutto conformi alle indicazioni liberalizzatrici del legislatore delegante⁸⁹⁰. Rilevano poi – e su di esse vale la pena concentrare subito l'attenzione – le opzioni volte alla (anche qui, solo) “tendenziale individualizzazione del sistema di finanziamento”⁸⁹¹, assunte dal legislatore del 2005 soprattutto con riferimento al conferimento del Tfr.

di riflessi da escludere in radice, non essendosi in presenza di un accordo o contratto collettivo, anche aziendale, e non potendosi perciò immaginare effetti ulteriori e diversi da quelli espressamente voluti dai singoli (lavoratori) che lo hanno sottoscritto. In tal senso si veda anche A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *RDSS*, 2006, 793 ss., spec. 804-805.

⁽⁸⁸⁸⁾ Il decreto lo richiama, con una certa enfasi, in due sedi diverse (all'art. 1, comma 2, e all'art. 3, comma 3), quasi a volerne sottolineare la ribadita centralità pure in un sistema che contempla, tra le sue innovazioni più significative, forme di devoluzione tacita del Tfr, rispetto alle quali è inevitabile cogliere una qualche attenuazione, anche se certo non una rimozione, dell'elemento volontaristico (v. anche *infra*, al § seguente).

⁽⁸⁸⁹⁾ Limiti che si fanno sentire soprattutto in punto di disciplina delle prestazioni (v. in particolare l'art. 11, comma 2, del decreto) e di anticipazioni e riscatti.

⁽⁸⁹⁰⁾ V. *infra*, § 6.

⁽⁸⁹¹⁾ PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 176.

La libertà di scelta attribuita al lavoratore in ordine alla destinazione previdenziale del Tfr, e soprattutto il suo smobilizzo verso le forme di previdenza complementare individuale, costituiscono in effetti l'aspetto più significativo di tale opzione individualizzatrice compiuta dalla l. n. 243/2004 ed attuata – qui con piena coerenza – dal d. lgs. n. 252/2005. La novità rispetto alla disciplina previgente sta essenzialmente nel fatto che, al conferimento del Tfr, senza più la necessità dell'intervento del contratto collettivo, consegue senz'altro l'adesione alla forma di previdenza complementare prescelta dal lavoratore⁸⁹².

Anche questa innovazione è così rappresentabile in termini di ricalibratura dell'assetto delle fonti nella precisa direzione dell'ampliamento degli spazi riservati alla autonomia individuale. Come è stato efficacemente osservato, almeno con riguardo a quella prioritaria fonte di finanziamento costituita dalle quote di Tfr maturando, "il cambiamento è descrivibile come passaggio da un *mix* di autonomia collettiva e di autonomia individuale, che prevalentemente caratterizza l'assetto delineato dal d. lgs. 124/1993, ad un *mix* di regolamentazione legislativa, che non rinvia più alla necessaria mediazione del contratto collettivo, e di autonomia individuale, passaggio che trova conferma nelle norme di diritto transitorio di cui all'art. 8, comma 7, lett. c), del d. lgs. 252/2005"⁸⁹³. Vedremo semmai come un recupero di funzioni regolatorie in favore della contrattazione collettiva, soprattutto di livello aziendale, si realizzi, quanto alla destinazione del Tfr, nell'ipotesi di conferimento tacito. Nella fattispecie del conferimento esplicito la libertà individuale del prestatore di lavoro è invece sin dall'inizio sovrana sulle modalità d'impiego previdenziale del Tfr.

Rispetto alla destinazione previdenziale del Tfr, la libertà di adesione si perfeziona dunque in piena libertà individuale di scelta del lavoratore in quanto risparmiatore, senza più la mediazione della autonomia collettiva. "L'adesione e il trasferimento del Tfr – come è stato ancora notato – non incontrano limiti di sorta, che non sia la volontà individuale del lavoratore di non approfittare di quanto la legge direttamente consente"⁸⁹⁴.

(⁸⁹²) Ci si riferisce qui – per brevità espositiva – al lavoratore cui si applica interamente la nuova disciplina sul conferimento, esplicito o tacito, del Tfr, ex art. 8, comma 7, lettere a) e b) del d. lgs. n. 252/2005; il decreto contempla, peraltro, come noto, alla lettera c) della medesima disposizione, una articolata griglia di previsioni transitorie per i lavoratori di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria in data antecedente al 29 aprile 1993.

(⁸⁹³) Sempre PANDOLFO, *op. loc. ult. cit.*

(⁸⁹⁴) Ivi, 179. Semmai va osservato quanto forti siano, oramai, gli incentivi e le "pressioni" del legislatore nel senso della devoluzione del Tfr a scopi di previdenza complementare. Già il meccanismo del conferimento tacito è decisamente orientato in questa direzione, fino a forzare – diremmo quasi ai loro limiti – gli stessi confini del principio di libertà di adesione; ma il legislatore ha fatto un altro decisivo passo verso il superamento del Tfr nella sua forma attuale – sollecitandone così, indirettamente, la devoluzione a fini previdenziali – con la legge finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006). Questa (v. il comma 755 dell'articolo unico), a decorrere dal 1° gennaio 2008, ha infatti istituito, presso la tesoreria dello Stato, un "Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile". Il Fondo, gestito a ripartizione dall'INPS per conto dello Stato, non va ovviamente confuso con quello – destinato a raccogliere in via residuale le quote di Tfr tacitamente conferito – pure creato in seno all'Istituto, ma come gestione separata a capitalizzazione, ex art. 9, d. lgs. n. 252/2005 (v. meglio *infra*, al § seguente). Pare nondimeno chiara la complementarità dei due Fondi e l'effetto, per così dire, "sinergico" nella spinta alla finalizzazione previdenziale del Tfr maturando (in tal senso, fra gli altri, FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., 697). Il nuovo Fondo, infatti, ha la funzione di garantire ai lavoratori del settore privato (dipendenti da datori che occupino almeno cinquanta addetti) l'erogazione del Tfr per la quota corrispondente ai versamenti pari, appunto, alla quota di cui all'art. 2120 c.c. al netto del contributo di cui all'art. 3, ultimo comma, l. n. 297/1982, maturata a decorrere dal 1° gennaio 2007 e non destinata alle forme pensionistiche complementari. Con una "metamorfosi" – oltre che uno "smembramento" – dell'istituto regolato dall'art. 2120 c.c., di cui risultano

Una impronta individualistica – sia pure meno netta e per certi versi più implicita di quanto vale per il Tfr – assume peraltro l'intero impianto delle previsioni in tema di finanziamento. È la previsione d'apertura del secondo comma dell'art. 8 del d. lgs. n. 252/2005 a suggerire subito una siffatta osservazione, laddove si afferma con forza la facoltà per tutti i lavoratori di determinare liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico. Ma l'esattezza dell'osservazione sembra confermata soprattutto dalla successiva precisazione – che innova sensibilmente la formulazione impiegata dall'omologa disposizione del decreto del 1993 – secondo la quale, relativamente ai lavoratori dipendenti che aderiscono a forme collettive di previdenza complementare, “le modalità e la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore stesso possono essere fissate dai contratti e accordi collettivi anche aziendali”.

Ciò che pare emergere con immediatezza dalla disposizione è, dunque, la “non essenzialità del contratto collettivo nel sistema di finanziamento”⁸⁹⁵. Quest'ultimo continuerà naturalmente a svolgere un ruolo determinante nella regolazione dei flussi di finanziamento della previdenza complementare, nella prospettiva della sua stabile assunzione a elemento di centrale rilievo nel governo complessivo del costo del lavoro e della dinamica retributiva; ma non potrà più, come in passato⁸⁹⁶, sottrarre spazi alle libere scelte di incremento delle quote di risparmio con funzione previdenziale del lavoratore. Deve così ritenersi che il lavoratore possa sempre liberamente decidere di destinare quota parte della propria retribuzione anche oltre la soglia (minima) prevista dal contratto collettivo⁸⁹⁷.

Del resto, la norma lascia, nella medesima direzione, significativi margini di libertà allo stesso datore di lavoro. È quanto emerge, sia pure nel contesto della disciplina degli effetti dell'adesione realizzata mediante conferimento esplicito o tacito del Tfr, dall'art. 8, comma 10, del decreto. Il quale, dopo aver precisato che l'adesione così realizzata non comporta l'obbligo della contribuzione a carico del lavoratore e del datore di lavoro, enuncia espressamente una doppia facoltà: innanzitutto, ed in linea con quanto già risultante dal già esaminato comma 1, quella del lavoratore aderente, che può liberamente decidere di destinare una parte della sua retribuzione alla forma pensionistica prescelta in modo autonomo ed anche in assenza di accordi collettivi; e poi, appunto, quella del datore, che può a sua volta simmetricamente decidere, pur in mancanza, anche in tal caso, di previsioni collettive, di contribuire alla forma di previdenza complementare alla quale il dipendente ha già aderito.

peraltro ancora incerte le valenze sistematiche: v. M. CINELLI, *Smembramento e metamorfosi del trattamento di fine rapporto*, in M. CINELLI, C. A. NICOLINI, *Osservatorio previdenziale*, in *RIDL*, 2007, III, 29 ss.

⁽⁸⁹⁵⁾ Così ancora PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 181.

⁽⁸⁹⁶⁾ Il regime precedente, giusta quanto disposto dall'art. 8, comma 2, d. lgs. n. 124/1993, era viceversa caratterizzato da una penalizzante “completa eterodeterminazione da parte delle fonti istitutive dell'entità della contribuzione” (L. FRANCARIO, *La ridefinizione*, cit., 345-346). Secondo quanto chiarito dalla COVIP con delibera del 18 giugno 1997 (*Orientamenti in materia statutaria per i Fondi pensione di origine contrattuale o regolamentare*), al lavoratore associato era infatti precluso di “incrementare la contribuzione a proprio carico oltre la misura della contribuzione obbligatoria al fondo, in assenza di indicazioni delle fonti istitutive e statutarie che ne fissino contestualmente limiti e modalità”.

⁽⁸⁹⁷⁾ In tal senso pure PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 64; diversamente FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., 704-705, secondo cui la norma *de qua* avrebbe mero carattere dispositivo, la libertà individuale del lavoratore aderente potendo, cioè, operare solo in assenza di una diversa previsione del contratto collettivo.

E si tratta di una facoltà di assoluto rilievo, perché nella convergenza di volontà delle parti del rapporto individuale di lavoro, dalla stessa possono benissimo scaturire inedite dinamiche di finalizzazione degli accantonamenti a finalità previdenziale alternative e indipendenti rispetto a quelle prefigurate dalla stessa contrattazione collettiva. Esplorando in via ipotetica le forme per così dire più “spinte” di esercizio di tale facoltà, si è infatti esattamente osservato come potrebbero emergere inusitate vie “di fuga rispetto a quanto definito dalla contrattazione collettiva”⁸⁹⁸.

L'ipotesi prospettata è quella che trova il suo punto d'avvio nell'atto di adesione del lavoratore, mediante conferimento esplicito del Tfr, ad una forma pensionistica diversa da quella considerata dal contratto collettivo applicabile al rapporto; fattispecie, questa, che per quanto erratica rispetto ai principi generali, oltre a porsi in linea di sviluppo con l'assetto derogatorio che connota *ab origine* il sistema in quanto centrato sulla libertà di aderire⁸⁹⁹, è oggi espressamente consentita dal decreto nella rilevata ottica di individualizzazione dell'uso e della destinazione previdenziale del trattamento di fine rapporto. Ora, in una ipotesi del genere, che portasse appunto il lavoratore ad aderire sulla base di legittime preferenze individuali ad una forma pensionistica complementare diversa da quella contemplata dal contratto collettivo, si è fatto giustamente notare come al datore di lavoro risulterebbe innanzitutto “impossibile versare la contribuzione alla forma pensionistica di cui al contratto, alla quale il suo dipendente è del tutto estraneo”⁹⁰⁰. Se ne è fatto in secondo luogo discendere che, pur non essendovi tenuto in una stretta logica contrattuale, il datore di lavoro difficilmente potrebbe resistere alla richiesta di far affluire il suo contributo alla forma prescelta dal lavoratore, dovendosi in qualche modo considerare come “meramente *emulativo* l'orientamento volto a precludere la possibilità del datore di lavoro di concorrere al finanziamento una volta che è il lavoratore, e non altri, a intraprendere strade diverse da quelle definite dal contratto collettivo”⁹⁰¹.

La vicenda ipotizzata – benché difficilmente rappresentativa delle dinamiche che si attiveranno nella stragrande maggioranza dei casi anche in forza d'una marcata tendenza alla prevalenza di comportamenti inerziali⁹⁰² – dà comunque assai bene il senso del complessivo riorientamento, anche in questo caso in direzione di una maggiore libertà individuale, del sistema di finanziamento della previdenza complementare riformata.

5. Libertà di adesione e conferimento tacito del TFR.

L'introduzione del meccanismo di devoluzione tacita – secondo la formula ormai corrente, per quanto tecnicamente impropria⁹⁰³, del cosiddetto “silenzio-assenso” – costituisce indubbiamente profilo qualificante della riforma, cui il legislatore – forse non ignaro di quanto peso abbiano, in

⁽⁸⁹⁸⁾ PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 182.

⁽⁸⁹⁹⁾ Come rileva SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 177, in nota, “il sistema pensionistico complementare, continua a porsi in rotta di collisione con le tecniche di estensione del contratto collettivo”, ed anzi accentua la sua traiettoria eccentrica rispetto ai comuni principi proprio con riguardo alla disciplina del conferimento del Tfr.

⁽⁹⁰⁰⁾ PANDOLFO, *op. ult. cit.*, 183.

⁽⁹⁰¹⁾ *Ibidem* (corsivo nell'originale).

⁽⁹⁰²⁾ Si vedano i dati forniti e l'analisi svolta da FORNERO e TEPPA, *Il risparmio previdenziale*, cit., 203 ss.

⁽⁹⁰³⁾ Lo sottolineano, giustamente, SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 157-158, e VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 461.

questo delicatissimo settore, scelte o meglio comportamenti inerziali dei soggetti destinatari⁹⁰⁴ – ha affidato molte delle speranze d'un effettivo impulso alla crescita ed allo sviluppo della anemica previdenza complementare italiana⁹⁰⁵.

L'adesione mediante conferimento tacito del Tfr si iscrive in un contesto normativo di ribadita ed anzi rafforzata centralità della libertà individuale del lavoratore. E tuttavia, è innegabile come essa contenga elementi di latente contraddizione con tale postulato⁹⁰⁶, cui pure intende mantenersi evidentemente fedele.

È appena il caso di ricordare come, nell'impero della previgente disciplina, nonostante le contrarie suggestioni anticipatrici di un'autorevole dottrina⁹⁰⁷, l'opinione alla fine prevalsa fosse nel senso di escludere la legittimità della previsione, da parte dei contratti collettivi, di meccanismi di adesione semi-automatici, ovvero fondati sull'ingresso del soggetto nel sistema salva una sua contraria manifestazione di volontà; modulo non molto diverso, a ben vedere, da quello oggi espressamente disciplinato dall'art. 8 del decreto. Nella previsione di siffatti meccanismi, ed ancor più nella ipotizzata introduzione per legge di analoghi congegni presuntivi, era stato, infatti, scorto il rischio di un regime di vincolo incompatibile col principio della libertà di adesione quale "principio costitutivo del sistema"⁹⁰⁸. Principio che appariva a rischio di "svuotamento" di contenuto effettivo nell'ipotesi di riduzione della libertà di adesione a mera "libertà di dissenso"⁹⁰⁹.

Senonché, a riforma ormai attuata con la scelta d'individuare modalità di adesione per conferimento tacito del Tfr, lo sforzo ricostruttivo non può non essere teso a ridurre il più possibile – laddove effettivamente sussista – l'ipotetico scarto di questa forma di esercizio della libertà previdenziale del lavoratore con la sua effettiva volontà. Se sull'astratto piano dogmatico lo scarto è risolto *in apicibus* col richiamo alla categoria del comportamento concludente⁹¹⁰ – nel quale può farsi a tutti gli effetti rientrare la mancata espressa manifestazione di volontà di mantenere il Tfr sotto il regime di cui all'art. 2120 c.c. –, sul piano della effettività l'eventuale iato rispetto alla volontà del soggetto può essere colmato solo con la puntuale, piena attuazione degli obblighi di informazione e comunicazione al riguardo previsti dal d. lgs. n. 252/2005. Il pieno recupero di tale

(904) Ove manchi un'adeguata informazione – nei termini pure chiaramente previsti e richiesti dal decreto (v. meglio *infra*, § 8) – l'adesione mediante conferimento tacito del Tfr, in quanto opzione di *default*, rischia in effetti di assecondare comportamenti inerziali più che scelte consapevoli del lavoratore.

(905) Sul sottosviluppo quantitativo del nostro (ancora largamente virtuale) secondo pilastro pensionistico rispetto alla media europea, v. solo – nella concorde letteratura economica – G. AMATO, M. MARÈ, *Le pensioni. Il pilastro mancante*, Il Mulino, Bologna, 2001, spec. cap. III, e più di recente M. MESSORI, *La previdenza complementare in Italia: un quadro introduttivo*, in ID., *La previdenza*, cit., 38 ss.

(906) Adirittura di negazione *tout court*, secondo PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 57, che definisce il conferimento tacito del Tfr "una sorta di via italiana all'obbligatorietà". Anche SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 979, parla di "sistema quasi obbligatorio di iscrizione".

(907) Cfr. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., 255, che, nel regime del 1993, riteneva possibile che le fonti istitutive disponessero "per una iscrizione considerata alla stregua di effetto naturale, ma non necessario, del contratto individuale, sottoposta a conferma o a disdetta entro un termine definito, in combinazione eventualmente con le modalità di effettuazione del primo prelievo contributivo".

(908) BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 70.

(909) *Ivi*, 71.

(910) V. diffusamente SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 177-178; VIANELLO, *op. loc. cit.*

modalità di adesione ad un'autentica dimensione di libertà di scelta del soggetto passa, cioè, attraverso l'adeguatezza e l'effettività dell'informazione e delle comunicazioni di cui il lavoratore è destinatario a norma del decreto⁹¹¹.

Esiste, peraltro, nella fattispecie del conferimento tacito del Tfr un ulteriore motivo di parziale e almeno apparente distonia con l'assetto d'interessi astrattamente realizzato dalla speculare ipotesi dell'adesione mediante scelta devolutiva esplicita del trattamento di fine rapporto. Ed invero, come è stato osservato, se "il conferimento esplicito esalta [...] le connotazioni liberiste dell'impianto normativo, il conferimento tacito evolve [...] nella direzione opposta"⁹¹². Si vuole cioè dire che – per come è stato disciplinato, qui in puntuale aderenza ai criteri della delega – il meccanismo del conferimento tacito, a differenza di quello esplicito, rimette al centro del sistema di finanziamento della previdenza complementare l'interesse collettivo⁹¹³.

Le condizioni per la realizzazione (e la canalizzazione) del conferimento tacito rappresentano, in effetti, iniziative "comunque legate all'autonomia collettiva"⁹¹⁴. È ad essa, infatti, che i numeri 1) e 2) della lettera *b*) del comma 7 dell'art. 8 del decreto assegnano la funzione di determinare la destinazione del Tfr maturando tacitamente conferito, che andrà in prima ipotesi trasferito dal datore di lavoro alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi e contratti collettivi anche aziendali⁹¹⁵.

Ed è comunque all'interno del circuito della rappresentanza collettiva che si potranno realizzare ipotesi di devoluzione a forme di previdenza complementare – comunque collettiva – diverse da quelle che ne sono naturali e principali destinatarie. Un siffatto potere viene infatti rimesso dal decreto alla previsione di un eventuale, "diverso accordo aziendale". Laddove è evidente che debba trattarsi di un accordo collettivo aziendale in senso stretto e proprio, non potendo qui darsi spazio alcuno – come si è già detto – a forme di contrattazione individuale plurima direttamente intercorrenti tra datore e singoli lavoratori e non mediate sindacalmente.

È semmai interessante sottolineare come la legge assegni qui una netta preferenza/prevalenza agli accordi collettivi intervenuti a livello aziendale, nella perdurante assenza, più in generale, proprio in ragione della ribadita centralità del principio della libertà individuale di adesione, di

(⁹¹¹) Tanto che non è improprio ipotizzare, ove si dimostri la mancanza o l'insufficienza di informazioni adeguate allo *standard* imposto dalla legge, che il lavoratore possa recedere per giusta causa dalla forma pensionistica a favore della quale si è verificato l'effetto della adesione per conferimento tacito del Tfr; v. in tal senso VIANELLO, *op. ult. cit.*, 471, che riprende, adattandoli al sistema oggi in vigore, suggerimenti formulati da BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 588. E si veda anche A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in BESSONE e F. CARINCI (cura di), *La previdenza complementare*, cit., 307 ss., sul punto 312.

(⁹¹²) SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 176.

(⁹¹³) In termini VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 359.

(⁹¹⁴) SANDULLI, *op. ult. cit.*, 183.

(⁹¹⁵) La destinazione alla forma pensionistica complementare costituita presso l'INPS può avvenire in via soltanto residuale, qualora non risultino applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1) e 2) dell'art. 8, comma 7, lett. *a*), del d. lgs. n. 252/2005. E va pure ricordato che il legislatore immagina la gestione separata dell'INPS come forma pensionistica di transito, o meglio di momentaneo "appoggio" del risparmio previdenziale del lavoratore, in attesa che egli compia scelte esplicite di destinazione verso altre forme delle quote contributive di Tfr per tal via accumulate. Depone chiaramente in tal senso l'art. 9, comma 3, del decreto, che consente il trasferimento su richiesta del lavoratore della posizione individuale così costituita verso forme da lui prescelte anche prima del termine di cui all'art. 14, comma 6.

qualsivoglia criterio selettivo dei soggetti sindacali ammessi a sottoscrivere contratti collettivi istitutivi di forme pensionistiche⁹¹⁶. Si realizza così, nella supposizione che il contratto collettivo aziendale esprima una “maggiore vicinanza ai diretti interessati”⁹¹⁷, soprattutto in una materia per prioritari profili centrata sulla libertà individuale, una specifica ed esplicita legificazione del criterio di specialità, con soluzione che pare andar oltre quanto pure sarebbe nello stesso senso già desumibile sulla base dei comuni principi di diritto sindacale⁹¹⁸.

In assenza dei predetti fondi, o meglio delle destinazioni canalizzate secondo le esaminate determinazioni collettive, la devoluzione tacita del Tfr avviene in favore del fondo residuale previsto dall'art. 8, comma 7, lett. b), n. 3, del d. lgs. n. 252/2005, ovvero del FONDINPS, quale effettivamente istituito e regolato dal d. m. 30 gennaio 2007 in attuazione dell'art. 1, comma 765, della l. n. 296/2006. Di per sé, questa destinazione appare congegnata in effettiva sintonia con l'intento di promuovere una adesione la più ampia possibile in favore delle forme collettive di previdenza complementare di impronta sindacale: oltre che residuale, la devoluzione tacita del Tfr al FONDINPS è, infatti, concepita anche come provvisoria, nel senso che il lavoratore ha sempre diritto, in qualunque momento (e dunque anche in assenza dei requisiti di permanenza di cui all'art. 14 del d. lgs. n. 252), di trasferire la relativa posizione presso altro fondo (negoziale o meno)⁹¹⁹.

Ma se il FONDINPS, in coerenza con l'originario disegno del decreto 252, è ancora tutto interno ad una logica di promozione della previdenza complementare, più ambiguo appare il ruolo assegnato dal legislatore al cosiddetto “Fondo tesoreria”, istituito con d. m. del 30 gennaio 2007 in attuazione dei commi 755 e 756 dell'articolo unico della legge finanziaria per il 2007. Il Fondo per l'erogazione ai lavoratori del settore privato del trattamento di fine rapporto gioca, invero, un ruolo che, allo stato, può ancora ricondursi ad una finalità di indiretta sollecitazione alla adesione (esplicita) alla previdenza complementare, nella misura in cui, appunto, incoraggia i lavoratori dipendenti da aziende medio-grandi (con almeno cinquanta addetti) a opzioni espresse e consapevoli verso la destinazione del Tfr ad impieghi previdenziali⁹²⁰.

Ma la istituzione del “Fondo tesoreria” contiene innegabili elementi di ambiguità, che potrebbero preludere a sviluppi di segno ben diverso. La destinazione del Tfr “inoptato” a tale Fondo statale potrebbe invero essere letta come un “primo passo nella direzione della pubblicizzazione del Tfr”⁹²¹, cioè di un suo concorso alla integrazione del montante contributivo della pensione *pubblica*. Il che, all'evidenza, aprirebbe una prospettiva – allo stato, peraltro, solo futuribile – sostanzialmente contrastante con la scelta compiuta dal legislatore del 2005, la quale è tutta indirizzata ad un uso “privato”, per quanto funzionale alla garanzia di più elevati livelli di copertura previdenziale, del Tfr.

(916) V. PALLINI, *Le “altre” forme pensionistiche*, cit., 776.

(917) PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 189; ed anche SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 179.

(918) Cfr. peraltro FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., 726.

(919) V. il già richiamato art. 9, comma 3, del d. lgs. n. 252/2005, e su di esso, per tutti, FERRANTE, *op. cit.*, 714.

(920) V. pure *retro*, nota 58.

(921) SANTORO-PASSARELLI, *La previdenza complementare*, cit., 983; in senso analogo CINELLI, *Smembramento*, cit., 33.

6. La portabilità della posizione pensionistica complementare.

Come si accennava sopra, il tema della portabilità della posizione individuale all'interno del sistema assume rilevanza strategica nella effettiva strutturazione del rapporto tra scelte individuali ed interesse collettivo e – più ancora – tra apertura alla concorrenza e istanze di chiusura intrinseche alla dimensione mutualistica e solidaristica della previdenza complementare (collettiva). Non c'è dubbio – e l'aspro dibattito politico-sindacale che ha preceduto l'attuazione della delega sul punto lo dimostra in maniera inequivocabile⁹²² – che il possibile indebolimento, o come si è detto la “segmentazione” o la “scomposizione” dell'interesse collettivo, trovi proprio nelle concrete modulazioni della disciplina della *portability* una delle nervature forse più sensibili.

Nell'ipotetica iniezione nel sistema d'elementi di completa libertà di portabilità e di circolazione tra un fondo (e una forma) complementare e l'altro (o l'altra)⁹²³, all'indebolimento dell'interesse collettivo, implicito nella disponibilità individuale del “modello di tutela”⁹²⁴, si assocerebbe, infatti, una piena libertà di concorrenza. Ed è per questo che l'impianto decisamente liberistico prefigurato sul punto nella legge delega non è alla fine riuscito a trovare completa traduzione nel decreto legislativo delegato. Il legislatore delegante si era spinto probabilmente troppo in là, specialmente sul delicatissimo tema del “trascinamento” del contributo datoriale, valicando i margini di “tolleranza” consentiti dagli assetti propriamente collettivi di previdenza complementare.

Ciò non toglie che la disciplina in tema di trasferimento della posizione pensionistica individuale si attesti, oggi, su soglie di libertà soggettiva di scelta e di circolazione più ampie che in passato⁹²⁵, con un'indubbia maggior “assimilazione del montante contributivo accantonato ad un investimento mobiliare”⁹²⁶.

Nel sistema previgente – anche dopo la riforma del 2000, che pure apriva ad esiti interpretativi decisamente più proclivi verso un'effettiva garanzia di portabilità⁹²⁷ – la libertà di trasferimento della posizione individuale era sostanzialmente frustrata, per i lavoratori subordinati, dal pervasivo vincolo collettivo gravante sulla destinazione delle quote di Tfr (maturando) e del contributo datoriale (futuro)⁹²⁸, e dai correlati svantaggi fiscali. Oggi, da un lato, la disponibilità individuale del Tfr, con piena libertà di scelta del lavoratore, si converte immediatamente in corrispondente

⁽⁹²²⁾ Sia consentito rinviare a S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in LG, 2006, 249 ss., spec. 252, anche per la ricostruzione dei tormentati passaggi del testo della delega dalla prima versione sostanzialmente respinta dalle parti sociali a quella finale.

⁽⁹²³⁾ Sulla necessaria distinzione concettuale tra fondo e forma v., per tutti, FRANCIOSI, *La ridefinizione*, cit., 349.

⁽⁹²⁴⁾ VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 369.

⁽⁹²⁵⁾ A dispetto della sua pur ellittica e forse imperfetta formulazione, l'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005 appare sufficientemente chiaro nell'escludere – come invece ipotizzato da PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 202-203 – paradossali effetti di restringimento della facoltà di trasferimento del soggetto, che sarebbero oltretutto in stridente contrasto con *ratio* e lettera della delega.

⁽⁹²⁶⁾ PESSI, *La previdenza*, cit., 487. Il giudizio, condivisibile in un'ottica di valutazione complessiva del sistema riformato, va probabilmente sfumato in considerazione della più rigida disciplina dei riscatti (v. § 7), che tuttavia riflette più immediatamente la finalizzazione previdenziale del risparmio investito.

⁽⁹²⁷⁾ Cfr. soprattutto BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 252; ID., *Fondi pensione*, cit., 565 e 582; ZAMPINI, *La previdenza*, cit., 189 ss., nonché F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in BESSONE, CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., spec. XXX, ma essenzialmente in una prospettiva di auspicata riforma legislativa “a pro del lavoratore”.

⁽⁹²⁸⁾ Il quadro precedente è efficacemente ricapitolato (e criticato), in prospettiva economica, da MESSORI, *La previdenza*, cit., 36; FORNERO, TEPPA, *Il risparmio*, cit., 233-234; BOERI, BRUGIARINI, *Previdenza complementare*, cit., 311 e 318.

ampliamento della facoltà di trasferimento (oltre che, come ovvio, del montante accumulato, anche) della relativa quota (futura); e dall'altro la disciplina fiscale realizza effettivi risultati di neutralità circa le scelte di canalizzazione del risparmio previdenziale del prestatore di lavoro.

L'art. 14, comma 6, del d. lgs. n. 252/2005 abbassa anche (da tre a due) il periodo di permanenza nella forma pensionistica condizionante la facoltà dell'aderente di trasferire l'intera posizione individuale maturata ad altra forma. Detto termine temporale, inoltre, non si configura più come periodo minimo di partecipazione alla forma pensionistica, come nella disciplina previgente⁹²⁹, onde statuti e regolamenti dei fondi non sono autorizzati a dilatarne la durata.

Del resto, la disposizione opportunamente precisa che gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche – che dovranno prevedere esplicitamente la facoltà di trasferimento – non possono contenere clausole che risultino, anche di fatto, limitative del suddetto diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale, che appunto diventa perfetto decorsi due anni dalla data di ingresso nella forma. Sono espressamente considerate inefficaci – e l'esperienza dei piani pensionistici individuali stipulati come contratti di assicurazione sulla vita sta a dimostrare quanto sia importante una precisazione di tal genere⁹³⁰ – clausole che, all'atto dell'adesione o del trasferimento, consentano l'applicazione di voci di costo, comunque denominate, significativamente più elevate di quelle applicate nel corso del rapporto e che possano quindi costituire un illegittimo ostacolo alla portabilità.

Ma è indubbio che il vero lato critico – il vero *punctum dolens* – della disciplina del trasferimento libero della posizione individuale resta, anche nell'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005, il tema del "trascinarsi" del contributo dovuto dal datore di lavoro. L'ultima parte del comma 6 della disposizione appare chiara nel differenziare il trattamento normativo di Tfr e contributo datoriale: "In caso di esercizio della predetta facoltà di trasferimento della posizione individuale – vi si legge –, il lavoratore ha diritto al versamento alla forma pensionistica da lui prescelta del Tfr maturando e dell'eventuale contributo del datore di lavoro nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti o accordi collettivi, anche aziendali". La norma pare in effetti subordinare la portabilità del contributo dovuto dal datore di lavoro⁹³¹ alla positiva determinazione del contratto collettivo, cui

⁽⁹²⁹⁾ V. l'art. 10, comma 3-*quinquies*, del d. lgs. n. 124/1993, sul quale PANDOLFO, *Trasferimento*, cit., 318, che ricorda come le fonti istitutive non avessero "approfittato della facoltà" di innalzare il periodo di permanenza coattiva nel fondo "in misura accentuata", non discostandosi molto, in genere, dalla previsione di legge.

⁽⁹³⁰⁾ Cfr. la rivelatrice ricerca di E. FORNERO, C. FUGAZZA, G. PONZETTO, *Analisi comparata dell'onerosità dei prodotti previdenziali individuali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 297 ss.

⁽⁹³¹⁾ Si intende delle quote future dello stesso, ovvero di quelle (che sarebbero) maturate successivamente al trasferimento, e non già delle quote accantonate, che appartengono alla piena disponibilità del lavoratore. Si noti che il trasferimento della posizione accumulata realizza – come è stato efficacemente detto – una ipotesi di totalizzazione "reale" dei diversi periodi di iscrizione alle forme di previdenza complementare (così PANDOLFO, *op. ult. cit.*, 317-318). La fattispecie – che è evidentemente imposta dalla gestione a capitalizzazione dei fondi di previdenza complementare – è dunque esattamente speculare a quella contemplata, tanto nel diritto comunitario quanto in quello interno (in quest'ultimo, per vero, in alternativa alla ricongiunzione), per la circolazione tra i diversi regimi pensionistici obbligatori, ove si prevede una totalizzazione "virtuale", senza cioè trasferimento della contribuzione e con liquidazione in *pro rata* della pensione. Cfr. A. SGROI, *Versamenti contributivi e tutela previdenziale del lavoratore pubblico e privato. Ricomposizione e integrazione della posizione assicurativa*, Maggioli Editore, Rimini, 2004, 49 ss.

viene in tal modo rimessa – secondo l'opinione nettamente prevalente tra i commentatori⁹³² – la decisione non solo sul *quomodo* (i. e., come per vero parrebbe suggerire la lettera della norma, sui limiti e le modalità di esercizio del diritto), ma sullo stesso *an* del trascinarsi della contribuzione datoriale.

La legge delega – e la prima versione del decreto delegato proposta dal governo – esprimevano, viceversa, sul punto, una chiara direttiva per l'omogeneità di disciplina tra le due diverse (e dominanti) voci di finanziamento della previdenza complementare dei lavoratori dipendenti, accomunandole sotto un principio di libertà di scelta del soggetto e svincolandole, entrambe, nel momento della decisione di trasferimento, dalle previsioni della autonomia collettiva. La delega non lascia margini di dubbio interpretativo al proposito⁹³³, in particolare nei punti dove stabilisce: da un lato, che “qualora il lavoratore abbia diritto ad un contributo del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare, detto contributo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso o alla quale egli intenda trasferirsi ovvero alla quale il contributo debba essere trasferito ai sensi del numero 2)” (così il numero 3 dell'art. 1, comma 2, lettera e, della l. n. 243/2004); dall'altro, che si contempra il “riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote di trattamento di fine rapporto” (così il successivo numero 4).

Se il primo dei due criteri direttivi – che si raccordano strettamente a quello più generale alla parificazione tra forme pensionistiche ed alla promozione della libera circolazione del lavoratore nel sistema⁹³⁴ – guarda principalmente al momento della scelta iniziale della forma pensionistica, il secondo si riferisce specificamente alla fattispecie del trasferimento da una forma all'altra e, dunque, alla vicenda ora oggetto della previsione del comma 6 dell'art. 14 del d. lgs. n. 252/2005. La quale non può allora non risultare – già sulla base d'un mero confronto lessicale – in contrasto con le concludenti indicazioni della delega⁹³⁵. Un profilo di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. – volendo appunto muoversi sul piano dello stretto riscontro di coerenza (che qui è carente “per difetto”⁹³⁶) tra contenuto della legge delega e del decreto legislativo delegato – pare da questo punto di vista difficilmente negabile⁹³⁷.

Sulla scia (ed a supporto) della posizione comune delle parti sociali, nell'accesso dibattito che ha

(932) V. ex multis M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *ADL*, 2006, 1479, ss.; G. PROSPERETTI, *La previdenza complementare e l'autonomia collettiva*, in *Tutela*, 2007, 81 ss.; PALLINI, *La “mobilità” tra le forme pensionistiche complementari*, in *TURSI* (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 781 ss., spec. 788 ss.

(933) *Contra* PERSIANI, *op. ult. cit.*, 1492-1493.

(934) V. i numeri 1) e 2), nonché la prima parte dello stesso numero 4), della citata lettera e) del comma 2 dell'articolo unico della legge delega.

(935) E lo stesso è da dirsi, come ovvio, per la previsione di cui all'art. 8, comma 10, ultima parte, del d. lgs. n. 252/2005, altrettanto dissonante rispetto al primo dei due criteri direttivi in riferimento.

(936) Cfr. in termini, tra gli altri, VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 642; ma v. la diversa lettura proposta da PALLINI, *op. ult. cit.*, 796 ss.

(937) Cfr. in particolare P. ICHINO, *La “portabilità” tra diritto civile e antitrust*, in *www.lavoce.info/* (2005), nonché, *amplius*, ID., *Parere pro veritate sulla c.d. “portabilità” del contributo del datore di lavoro destinato originariamente a un fondo pensione “chiuso”, in caso di adesione o trasferimento individuale a un fondo pensione aperto o a una forma pensionistica complementare individuale*, *ibidem* (2005).

preceduto l'attuazione della delega, si era tuttavia ricordato come fosse proprio questa a porsi, sul punto, in tendenziale rotta di collisione con l'art. 39 Cost., laddove prefigurava una espropriazione ai danni del contratto collettivo di un elemento saliente del governo del costo del lavoro, dovendo assumersi la piena natura contrattuale del contributo datoriale alla previdenza complementare⁹³⁸.

Ma rispetto a questa impostazione – cui ha alla fine mostrato di aderire lo stesso legislatore delegato – si poteva con ogni probabilità replicare “ponendo l'accento sulla funzionalizzazione della previdenza complementare e della stessa contrattazione collettiva istitutiva”⁹³⁹. Nel senso che una compressione della libertà della fonte istitutiva – o meglio una neutralizzazione dei suoi limiti di efficacia soggettiva rispetto alle scelte individuali di trasferimento – avrebbe trovato la sua giustificazione nella esigenza di promuovere lo sviluppo del sistema di previdenza complementare unitariamente inteso nel suo collegamento funzionale con la previdenza di base (giusta il secondo comma dell'art. 38 Cost.), garantendo, allo stesso tempo, al suo interno, la più ampia libertà di circolazione dei beneficiari (in linea con l'ultimo comma della disposizione costituzionale)⁹⁴⁰.

Non va del resto trascurato che – già nella vigenza del d. lgs. n. 124/1993, così come novellato nel 2000 – autorevole dottrina aveva prospettato la piena coerenza dell'effetto di trascinamento del contributo datoriale rispetto ai principi costituzionali che ne impedirebbero, secondo la tesi effettivamente prevalsa (e confermata anche dal decreto del 2005)⁹⁴¹, la sua libera portabilità individuale. Valorizzando le indicazioni ricavabili dall'art. 38, comma 5, in combinazione con l'art. 36 Cost., era stata invero già avanzata l'ipotesi che, “quando l'autonomia sindacale assegna una quota della retribuzione in funzione previdenziale, i modi in cui questa può trovare realizzazione devono essere individuati tenendo, comunque, conto della previsione legislativa della libertà di adesione individuale”⁹⁴². In termini tali che questa si imporrebbe proprio “all'autonomia sindacale, alla quale, quindi, non sarebbe consentito condizionare l'esistenza dell'obbligo contributivo del datore di lavoro esclusivamente alla sua destinazione al fondo pensione istituito nel suo esercizio”⁹⁴³.

⁽⁹³⁸⁾ La cui destinazione verso forme pensionistiche diverse da quelle considerate dal contratto collettivo avrebbe così rappresentato anche un'inammissibile deviazione dalla regola generale dell'art. 1372 c.c. Nelle parole di PANDOLFO (*Trasferimento*, cit., 319), ad esempio, sostenere la neutralità del sistema di finanziamento rispetto al trasferimento significherebbe, infatti, “contraddire la libertà della fonte istitutiva di occuparsi solo della forma pensionistica che essa stessa istituisce”, così forzando “la limitazione soggettiva dei suoi effetti, rispetto ai quali il fondo pensione aperto di approdo rimane estraneo come qualsiasi “terzo””. Si veda nello stesso senso, tra gli altri, A. TURSI, *I sindacati e le pensioni private*, in www.lavoce.info/ (2005).

⁽⁹³⁹⁾ Ancora VIANELLO, *op. ult. cit.*, 635, in nota, seppure in termini problematici e dubitativi.

⁽⁹⁴⁰⁾ Per una più ampia illustrazione di questo argomento, sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *La portabilità della posizione pensionistica complementare*, di prossima pubblicazione negli *Studi in onore di Edoardo Ghera*.

⁽⁹⁴¹⁾ Per tale tesi, accolta anche dalla COVIP, v. principalmente A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, 192 e 499 ss. A riforma varata, difendono la sostanziale correttezza della soluzione infine accolta dal legislatore delegato, tra gli altri, SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 174-175, e PROSPERETTI, *La previdenza complementare*, cit., 84 ss.

⁽⁹⁴²⁾ PERSIANI, *La previdenza*, cit., 737 (con opinione all'evidenza opposta a quella ora sostenuta con riferimento al d. lgs. n. 252/2005 in ID., *Osservazioni*, *supra cit.*, alla nota 96).

⁽⁹⁴³⁾ *Ibidem*. Nello stesso senso, ancora con riferimento alla disciplina previgente, anche BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 582, che evoca l'ipotesi dell'arricchimento senza causa dell'impresa che sia autorizzata a cessare la contribuzione al fondo prescelto dal lavoratore al di fuori delle previsioni del contratto collettivo.

Resta, ad ogni modo, e per tirare le somme sul punto, che la conferma – da parte del legislatore delegato – del fondamento (e quindi anche del governo) contrattuale collettivo del contributo datoriale, riassume, sotto questo sensibilissimo profilo di disciplina, un importante “vantaggio competitivo” ai fondi negoziali e ad alle forme complementari ad adesione collettiva. Riemerge, così, come è stato ben osservato, “un assetto niente affatto penalizzante per i fondi negoziali. Questi possono continuare a fruire – anche in esclusiva – del sistema di finanziamento definito dai contratti collettivi. Ciò che, nonostante la molteplicità delle forme pensionistiche presenti nel sistema, può continuare ad incentivare l’adesione iniziale e la fedeltà successiva e a fare dei fondi negoziali la sede a cui conviene conferire il Tfr”⁹⁴⁴.

7. La nuova disciplina delle anticipazioni e dei riscatti.

Il d. lgs. n. 252/2005 innova sensibilmente – anche oltre quanto era forse lecito attendersi sulla base delle scarse indicazioni della legge delega⁹⁴⁵ – la disciplina in tema di anticipazioni e riscatti. E lo fa in termini che, pur non apparendo del tutto chiari e coerenti, sembrano tuttavia andare prevalentemente nella direzione del rafforzamento del nesso funzionale della previdenza complementare col pilastro pubblico obbligatorio. Qui, non diversamente da quanto accade in altri significativi passaggi del decreto⁹⁴⁶, si sente dunque tutto il peso dell’altra macro-direttrice di riforma del sistema desumibile dalla legge delega e della quale si è detto in apertura.

Se è soprattutto nel riscatto, cioè nella opzione di fuoriuscita dal sistema della previdenza complementare⁹⁴⁷, che si individua la più netta manifestazione degli interessi egoistici del singolo⁹⁴⁸, è del tutto coerente che, in una logica di rafforzamento del collegamento funzionale con la previdenza di base (e quindi della vocazione mutualistico-solidaristica) della previdenza complementare ex art. 38, comma 2, Cost.⁹⁴⁹, il legislatore sia spinto a ridimensionare le espressioni di questa dimensione della libertà individuale⁹⁵⁰. Ed è quanto avviene con l’art. 14 del d. lgs. n. 252/2005, che limita fortemente – e con un rigore che è parso a taluni eccessivo e degno di miglior causa⁹⁵¹

⁽⁹⁴⁴⁾ PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 181.

⁽⁹⁴⁵⁾ Sulle possibili implicazioni in termini di eccesso di delega v. soprattutto SANDULLI, *op. ult. cit.*, 158, molto critico sulla “inammissibile manipolazione di sistema” che avrebbe riguardato taluni dei profili della disciplina ora in esame.

⁽⁹⁴⁶⁾ Soprattutto in quelli che attengono alla disciplina delle prestazioni ex art. 11: si pensi al comma 1 della disposizione, che fa senz’altro coincidere i requisiti di accesso alla prestazione pensionistica complementare con quelli dettati per la pensione di base; o al comma 10, che sottopone le prestazioni integrative agli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità in vigore per le pensioni a carico degli Istituti di previdenza obbligatoria.

⁽⁹⁴⁷⁾ Di *exit*, se si vuole evocare la nota categoria analitica di A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1970.

⁽⁹⁴⁸⁾ V. BESSONE, *Previdenza complementare*, cit., 245.

⁽⁹⁴⁹⁾ V. infatti quanto sostiene PESSI, *La previdenza*, cit., 490.

⁽⁹⁵⁰⁾ Si potrebbe dire che questa libertà – analogamente a quanto si può dire della libertà riservata in materia alla autonomia collettiva – si presenti qui in tutta la sua connotazione di “libertà funzionale”, e quindi non di libertà negativa proiettata alla garanzia di interessi egoistici del singolo, ma di libertà positiva, che in tanto è tutelata dall’ordinamento in quanto si rivolga alla realizzazione della fattispecie previdenziale, alla attuazione del “diritto sociale alla (fruizione della) previdenza complementare” (così ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza*, cit., 323). E v. anche quanto osserva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 98.

⁽⁹⁵¹⁾ V. ancora SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*; MESSORI, *La previdenza*, cit., 27, in nota, che giustamente rileva come una disciplina così limitativa potrebbe meglio giustificarsi in un contesto che contenga – ma non è notoriamente il caso italiano – efficaci ammortizzatori sociali per la generalità dei lavoratori. Con riguardo già alla più blanda disciplina precedente, in un’ottica di chiara valorizzazione

– la facoltà di riscatto in caso di perdita dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica.

In particolare, il riscatto potrà essere conseguito in misura pari al 50 per cento della posizione individuale maturata nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a dodici e non superiore a quarantotto mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità o cassa integrazione guadagni. Mentre il riscatto in misura totale – che comunque non è esercitabile nel quinquennio precedente alla maturazione dei requisiti di accesso alla prestazione, sussistendo in questo caso il diverso diritto di fruire anticipatamente della prestazione pensionistica⁹⁵² – è ammesso nei soli 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 determini uno stato di disoccupazione protratto per oltre quarantotto mesi.

Si tratta dunque di disciplina decisamente più restrittiva della precedente, che, rafforzando i vincoli di permanenza del lavoratore all'interno del sistema di previdenza complementare, appare diretta al potenziamento della funzione previdenziale (nell'ottica dell'art. 38, comma 2, Cost.) delle relative prestazioni⁹⁵³.

Alla luce di questa chiara *ratio* vincolistica della nuova disciplina del riscatto, sembra giocoforza interpretare anche l'ambigua disposizione del quinto comma dell'art. 14 – che nel modulare la relativa disciplina fiscale si riferisce ad ipotesi di “riscatto per cause diverse da quelle di cui ai commi 2 e 3” – nel senso di continuare ad escludere nella maniera più categorica, come già in passato⁹⁵⁴, una facoltà di recesso libero, cioè di riscatto “a-causale”, nella persistenza dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica⁹⁵⁵. Può semmai accogliersi, in una ragionevole linea di continuità col previgente regime, la lettura razionalizzatrice suggerita dalla COVIP, che ha ravvisato nella norma in parola un'implicita autorizzazione alla previsione, da parte di statuti e regolamenti dei fondi, di facoltà di riscatto più ampie di quelle tipizzate dai commi 2 e 3 e sostanzialmente coincidenti con quelle già legittimate, ma sempre e solo in caso di perdita dei requisiti di partecipazione, dal vecchio art. 10 del d. lgs. n. 124/1993⁹⁵⁶.

Anche la nuova disciplina delle anticipazioni ex art. 11, commi 7 e 8, del decreto, pare per lo più iscriversi nella rilevata *ratio* ispiratrice, ma con la differenza – di non poco conto – che il legislatore non è riuscito, in tal caso, a seguire una linea coerente. Ed invero, accanto a disposizioni di segno prevalentemente restrittivo, figura ora una nuova ipotesi di anticipazione discrezionale – cioè non ancorata a causali tipizzate ma rimessa alla indicazione di generiche “esigenze degli aderenti” –

dell'anima privatistico-finanziaria della previdenza complementare, v. altresì le riflessioni critiche di BESSONE, *Fondi pensione*, cit., 580-582.

⁽⁹⁵²⁾ V. il combinato disposto degli artt. 14, comma 2, lett. c), e 11, comma 4, del decreto, e la lettura che ne dà COVIP, *Direttive generali*, cit., 80 e 82.

⁽⁹⁵³⁾ V. PALLINI, *La “mobilità”*, cit., 799. Può semmai notarsi come, con una certa incoerenza rispetto alla finalizzazione propriamente previdenziale, che reclama la massima fedeltà al modello della liquidazione della prestazione in forma di rendita, il legislatore del 2005 abbia contestualmente allentato i vincoli, anche fiscali, alla erogazione in capitale della stessa; v. TURSI, *Note introduttive*, cit., 541.

⁽⁹⁵⁴⁾ V. per tutti PANDOLFO, *Trasferimento*, cit., 308 e 314, che anzi critica l'eccessiva larghezza assegnata dalla normativa del 1993 alla facoltà di riscatto, in luogo del trasferimento della posizione individuale, per l'ipotesi di perdita dei requisiti di partecipazione.

⁽⁹⁵⁵⁾ Questa (dirompente) ipotesi interpretativa è, invece, (sorprendentemente) coltivata da SANDULLI, *Il conferimento*, cit., 168.

⁽⁹⁵⁶⁾ Aderisce a tale interpretazione PANDOLFO, *Prime osservazioni*, cit., 205; v. altresì BONARDI, *Tassonomie*, cit., 577.

che, seppur limita all'ottenimento d'un importo non superiore al 30 per cento della posizione individuale maturata, non pare per l'appunto coerente col complessivo impianto della disciplina.

8. Conclusioni.

Le irrisolte incoerenze interne al sistema sono forse un portato inevitabile della eterogeneità di funzioni e interessi che il legislatore attribuisce alla "cura" della previdenza complementare⁹⁵⁷. Questa, infatti, a meno di ripensamenti del legislatore che assegnino una netta prevalenza ad una soltanto delle sue componenti (ad esempio col passaggio alla obbligatorietà della iscrizione, da più parti adombrato), è destinata a mantenere in un equilibrio instabile e dinamico le sue diverse "anime"⁹⁵⁸: quella della mutualità e della solidarietà collettiva, privilegiata soprattutto dall'originario assetto del d. lgs. n. 124/1993, ma ben presente anche nel nuovo sistema nei fondi nati dalla iniziativa sindacale, e quella dell'apertura alla libertà delle opzioni individuali nel mercato finanziario ed assicurativo, con la connessa incentivazione del pluralismo concorrenziale dal lato dell'offerta⁹⁵⁹.

Il rapporto tra queste due componenti strutturali del sistema – la prima saldamente ancorata ad una funzione di protezione sociale nel raccordo con la previdenza pubblica di base; la seconda innestata nelle dinamiche del mercato finanziario – è sensibilmente mutato nel tempo, dalla iniziale configurazione organica della previdenza complementare nel testo del decreto 124/1993 a quella delineata dalla riforma del 2005. Si tratta di un rapporto carico di inevitabili momenti di tensione ed appunto foriero di quasi fisiologici elementi di incoerenza in corrispondenza dei principali punti di "frizione" tra le due "anime".

La fluidità e prima ancora la ambivalenza di questo rapporto risentono, evidentemente, del già rilevato ambiguo inquadramento costituzionale della previdenza complementare, nella cui "ormai conclamata natura complessa [...] la struttura privatistico contrattuale viene a convivere con la funzione pubblicistica di attuazione delle garanzie di cui all'art. 38, comma 2, Cost."⁹⁶⁰. I fondi pensione costituiscono un sistema – sempre più rilevante in prospettiva – di soggetti privati cui il regolatore pubblico affida la funzione di soddisfare interessi di indubbio rilievo sociale, ed anzi, più propriamente, il compito di concorrere al soddisfacimento di diritti sociali di rango costituzionale⁹⁶¹.

Peraltro, quello visualizzato dal sistema complesso della previdenza complementare non costitui-

⁽⁹⁵⁷⁾ Cfr. quanto giustamente rileva VIANELLO, *Previdenza complementare*, cit., 639-640.

⁽⁹⁵⁸⁾ Cfr. pure G. LEONE, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *DLRI*, 2002, 277 ss.; per qualche spunto in tal senso sia permesso inoltre un rinvio a S. GIUBBONI, *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *RIDL*, 1999, III, 265 ss.

⁽⁹⁵⁹⁾ Come è stato efficacemente ricordato, anche "quando sia predicata della norma giuridica, *concorrenza* nella sua accezione più elementare significa pluralità – almeno potenziale – dal lato dell'offerta, possibilità d'una scelta dal lato della domanda": A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma e Bari, 2004, 5.

⁽⁹⁶⁰⁾ Così, efficacemente, PASSALACQUA, *La previdenza complementare*, cit., 49, peraltro sulla scia di un'opinione assai diffusa; v. da ultimo anche BONARDI, *Tassonomie*, cit., 557.

⁽⁹⁶¹⁾ FRANCARIO, *La ridefinizione della governance*, cit., 338, ne parla come di "un contenitore di scelte sociali affidate alla responsabilità dei cittadini a garanzia di diritti fondamentali di sicurezza sociale".

sce, nonostante la presenza dei detti, innegabili elementi di tensione ed ambiguità, un *mix* necessariamente contraddittorio⁹⁶², come non è di per sé conflittuale, almeno entro certi limiti, il rapporto tra solidarietà e concorrenza⁹⁶³. È questa un'indicazione che emerge ormai abbastanza chiaramente dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in cui pure non sono mancati – specie in una prima fase di risveglio nell'applicazione degli artt. 81 e seguenti del Trattato CE – tracce di una concezione “onnivora” del diritto della concorrenza.

In un commento ad una delle più recenti e significative pronunce della Corte di giustizia in materia, si è così giustamente notato che “*competition and solidarity are a matter of degree*”⁹⁶⁴: esse sono reciprocamente esclusive – come dimostra la giurisprudenza sui regimi pensionistici pubblici a ripartizione – solo quando si presentano nella loro pienezza, allo “stato puro”, per così dire. Ma assai spesso (e la previdenza complementare ne è l'esempio forse più emblematico), solidarietà e concorrenza stanno insieme, convivono secondo dosaggi che spetta ai legislatori nazionali stabilire con ampi margini di discrezionalità.

Pur ponendo degli ovvi limiti⁹⁶⁵, il Trattato CE non impone affatto modelli linearmente concorrenziali ed ammette, anzi, posizioni di vantaggio (e, se del caso, di esclusiva) in favore delle forme di previdenza complementare che siano espressione della mutualità (e della autonomia) collettiva. Da questo punto di vista, si può dire che ci sia un'oggettiva convergenza rispetto al modello accolto dall'art. 38 della nostra Costituzione, il quale pure consente approcci di segno marcatamente pluralistico, che ammettono gradi di concorrenza e solidarietà rimessi alla discrezionale modulazione del legislatore ordinario.

Il passaggio da un assetto di originario netto *favor* per le forme di previdenza complementare espressione della contrattazione collettiva, con una sostanziale immunità concorrenziale dei fondi chiusi, ad uno di tendenziale parificazione tra le diverse forme, individuali e collettive, e di ampliamento dei margini di libertà di scelta del soggetto, appare pertanto sviluppo pienamente coerente, non solo col disegno pluralistico della Costituzione, ma anche con le indicazioni comunitarie. Vincoli più stringenti – e si sono già segnalati i principali profili di possibile violazione

⁽⁹⁶²⁾ Come sembra invece ritenere PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata*, cit., 328-329.

⁽⁹⁶³⁾ Sia permesso un ulteriore rinvio a S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: “conflitto” o “concorso”?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 75 ss.

⁽⁹⁶⁴⁾ Così B. J. DRIJBER, nel suo commento alla sentenza della Corte nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-453/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, in *Common Market Law Review*, 2005, 523 ss., qui 527. E v., in termini analoghi, a commento della stessa pronuncia, S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, 797 ss.

⁽⁹⁶⁵⁾ Uno di essi – emergente in particolare dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Coreva* (C-244/94, *FI*, 1996, IV, 67, con nota di L. DI VIA) – è pericolosamente incrociato dalla norma (il già visto art. 3, comma 1, lettera g, del d. lgs. n. 252/2005) che elegge a fonti istitutive della previdenza complementare le casse privatizzate che gestiscono la previdenza obbligatoria dei liberi professionisti. Alla luce della sentenza della Corte, infatti, per la parte di attività in cui gestiscono forme di previdenza complementare a capitalizzazione, gli enti in parola vanno senz'altro qualificati come imprese. Con l'ulteriore conseguenza, però, che il vantaggio loro oggettivamente derivante dal rivolgersi agli stessi soggetti cui assicurano – sulla base di un rapporto obbligatorio sottratto alle regole della concorrenza – la previdenza pensionistica di base, potrebbe assumere i contorni dell'abuso (inevitabile) di posizione dominante in danno delle imprese assicurative e degli altri soggetti abilitati ad operare, con l'offerta di fondi aperti, sul mercato della previdenza complementare. Non c'è qui lo spazio per approfondire le accennate implicazioni problematiche di questa giurisprudenza, il cui rilievo non è stato adeguatamente considerato dal legislatore nazionale: si veda il nostro *Social insurance monopolies in Community competition law and the Italian Constitution. “Practical” convergences and “theoretical” conflicts*, in *European Law Journal*, 2001, n. 1, spec. 75-77.

dell'art. 76 Cost. da parte del legislatore delegato⁹⁶⁶ – derivano, nella specifica vicenda in esame, dalla necessità di corretta conformazione ai criteri direttivi della legge delega n. 243/2004.

Nelle pagine che precedono il nuovo *mix* tra mercato e solidarietà è stato prevalentemente indagato nella prospettiva del rapporto tra autonomia collettiva e libertà individuale nella previdenza complementare riformata. Ora resta da accennare – a conclusione di questa analisi – al fatto che il legislatore del 2005 non ha trascurato di considerare due profili essenziali dell'innesto delle forme pensionistiche complementari in un ambiente maggiormente concorrenziale. Si tratta di profili sui quali è certamente necessario, ed è del resto già stato da più parti invocato, un ulteriore sforzo di elaborazione e di affinamento normativo⁹⁶⁷, ma che risultano già significativamente considerati dal decreto del 2005, specialmente dopo la modifiche apportatevi dal d. lgs. n. 28/2007 ai fini del recepimento della Direttiva 2003/41/CE.

Il primo profilo riguarda la disciplina del cruciale momento della informazione rivolta al pubblico dei potenziali aderenti alle forme pensionistiche complementari come a quello dei loro beneficiari⁹⁶⁸. Nelle sue già citate *Direttive generali* sulla riforma, la COVIP ha giustamente sottolineato la centralità del nesso tra accentuazione della logica concorrenziale e omogeneizzazione delle condizioni, *in primis* informative, di tutela degli aderenti in una prospettiva di effettiva parificazione tra forme pensionistiche complementari⁹⁶⁹. L'obiettivo "di pervenire alla definizione di regole comuni alle diverse forme pensionistiche complementari così da garantire il rispetto dei principi di trasparenza, comparabilità e portabilità, di assicurare una più efficace tutela degli iscritti (anche potenziali) e dei beneficiari" – come ha chiarito la COVIP – è essenziale per il buon funzionamento del sistema di previdenza complementare specie all'esito della più accentuata apertura a dinamiche concorrenziali. E l'Autorità si è già decisamente avviata in tale direzione, con la pronta definizione di criteri omogenei di informazione degli aderenti, attuali e potenziali, indicando un'articolata tipologia di comunicazioni all'uopo necessarie⁹⁷⁰.

È in effetti impensabile che si realizzi un sistema di (pur tendenziale) libertà di scelta e di circolazione del lavoratore/risparmiatore tra forme previdenziali ormai ampiamente equiparate (*in primis* quanto a trattamento fiscale) senza adeguate garanzie di omogeneità e trasparenza nel flusso delle informazioni. L'accesso a informazioni complete ed attendibili, elaborate secondo criteri

⁽⁹⁶⁶⁾ *Retro*, § 6.

⁽⁹⁶⁷⁾ Cfr. soprattutto FRANCIOSI, *La ridefinizione*, cit., 332 ss. Ruolo non meno rilevante sono chiamate a svolgere le forme di *self-regulation* dei fondi pensione: si veda F. CAFAGGI, *Le sfide della regolazione multilivello della previdenza complementare: un commento*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza*, cit., 279 ss.

⁽⁹⁶⁸⁾ Ma v. già, con riguardo alla disciplina previgente, SANDULLI, *I profili di trasparenza*, cit., *passim*.

⁽⁹⁶⁹⁾ Cfr. anche quanto significativamente osservato, al riguardo, da L. SCIMÌA, *Le ragioni di una Autorità dedicata in materia di previdenza complementare*, in MESSORI, *La previdenza*, cit., 251 ss., spec. 266-267.

⁽⁹⁷⁰⁾ Si richiedono infatti una "Nota informativa" redatta sulla base dello schema predisposto dalla COVIP, una "Scheda sintetica" che privilegi i principi di accessibilità, sinteticità e immediatezza delle informazioni fornite, ed un "Progetto esemplificativo", volto a fornire una seria indicazione sulla evoluzione nel tempo della posizione individuale. I documenti informativi dovranno riportare inoltre un "Indicatore sintetico dei costi", costruito in modo da fornire una rappresentazione immediata della onerosità della partecipazione alle diverse forme pensionistiche e, quindi, un chiaro elemento di comparabilità tra i costi delle stesse. V. più in dettaglio PALLINI, *Le "altre" forme pensionistiche complementari*, cit., 774-775.

omogenei di correttezza e serietà professionale, costituisce preconditione di un esercizio responsabile della libertà di scelta del soggetto⁹⁷¹. Qui, diritti civili e sociali mostrano a ben vedere la loro strettissima compenetrazione nella garanzia della posizione previdenziale complementare del singolo.

L'altro punto nevralgico – sul quale si attende ancora una maturazione del sistema – è quello relativo ai problemi di *governance* delle diverse forme pensionistiche complementari. Si tratta di un profilo che esigerebbe ben altro approfondimento rispetto a quello disponibile nella limitata economia di questo scritto⁹⁷²: qui può essere solo rapidamente e conclusivamente rammentato che il d. lgs. n. 252/2005 (come anche da ultimo integrato) ha compiuto anche in tale ambito uno sforzo verso una maggiore “armonizzazione” tra le diverse forme, nella consapevolezza della impraticabilità di soluzioni del tutto omogenee.

Va in questa direzione anzitutto l'unificazione dei poteri di vigilanza su tutti i fondi in capo alla COVIP, che per questo sarebbe auspicabile mantenesse la funzione di ente reggente del settore anche in vista della annunciata razionalizzazione dell'attività delle *Authorities* sul risparmio⁹⁷³. Vanno poi in questa direzione la previsione di un organismo di sorveglianza nei fondi pensione aperti che contemplino la possibilità di adesioni su base collettiva⁹⁷⁴ e la valorizzazione del ruolo – comune a tutte le forme pensionistiche complementari – del responsabile del fondo (art. 5 del d. lgs. n. 252/2005).

Rimangono nondimeno, su questo terreno, distanze probabilmente non colmabili tra le diverse forme complementari, individuali e collettive. È stato giustamente affermato che una “piena concorrenzialità tra le diverse opzioni di previdenza complementare richiede – nello stesso interesse dell'industria finanziaria – che sia accorciato il *gap* esistente, sul terreno della controllabilità sociale dell'azione gestoria, tra fondi negoziali e fondi aperti”; e che solo in tal modo “sarà possibile esplicitare un controllo sull'effettività della promessa previdenziale complementare, la cui attuazione è costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 38 Cost.”⁹⁷⁵. Ma si tratta di una distanza appunto difficilmente colmabile, strutturalmente dovuta alla diversità “ontologica”, per così dire, tra i diversi *providers* della previdenza complementare.

Ed è forse per questo che in attesa che si colmi il divario (anche a voler ammettere che ciò sia possibile), si giustificano le perduranti forme di vantaggio normativo attribuite, all'interno del sistema, alla previdenza complementare che è espressione della autonomia privata collettiva.

(971) Cfr. SCIMÌA, *Le ragioni*, cit., 266-267; PALLINI, *op. ult. cit.*, 767.

(972) Ed alle competenze di chi scrive: si avverte più che mai rispetto a questo tema la esigenza di un'appropriata, quanto difficile e forse inattuabile, combinazione interdisciplinare di competenze diverse, che spaziano dal diritto (e dall'economia) dei mercati mobiliari al diritto della previdenza sociale, passando per il diritto commerciale.

(973) V. per tutti BONARDI, *Tassonomie*, cit., 563.

(974) Gli iscritti ai fondi aperti restano comunque “privi di qualsiasi forma di rappresentanza in seno agli organi con poteri decisionali”: PALLINI, *op. ult. cit.*, 773.

(975) FRANCIOSI, *La ridefinizione*, cit., 364.