



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

DOTTORATO DI RICERCA XXVI CICLO IN

FORMAZIONE DELLA PERSONA E MERCATO DEL LAVORO

Coordinatore Dottorato di ricerca: Chiar.mo Prof. Giuseppe Bertagna

Coordinatore Area Scienze Giuridiche: Chiar.mo Prof. Michele Tiraboschi

Settore scientifico disciplinare: Diritto del lavoro (IUS/07)

**La «previdenza contrattuale»: un modello di nuova generazione
per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti**

Relatore

Chiar.mo Prof. Armando Tursi

Candidato

Dott. Michele Squeglia

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Coordinatore della Scuola Internazionale di Dottorato, prof. Giuseppe Bertagna, e il Coordinatore dell'area delle scienze giuridiche, prof. Michele Tiraboschi, per i preziosi insegnamenti impartiti in questi anni e per i numerosi spunti e suggerimenti offerti durante la ricerca.

Sincera gratitudine vorrei poi esprimere al Relatore della tesi, prof. Armando Tursi, Ordinario di diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Milano, per la disponibilità (e pazienza) dimostratami nel percorso di dottorato e per il costante incoraggiamento al tentativo sistematico di ricostruzione della materia.

INDICE SOMMARIO

Introduzione -----	1
---------------------------	----------

PARTE PRIMA GLI AMBITI DELLA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

CAPITOLO PRIMO LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE DI FONTE CONTRATTUALE

1. L'origine monistica della previdenza complementare e la costruzione della disciplina sul binomio «fonte istitutiva» e «fonte costitutiva».-----	4
2. La forma giuridica e lo scopo previdenziale dei fondi pensione quale «vincolo di carattere teleologico».-----	16
3. La libertà individuale all'adesione quale «principio costitutivo del sistema della previdenza complementare».-----	19
4. Il modello di <i>governance</i> e il sistema <i>two-tier system</i> «di tipo orizzontale».-----	22
5. Previdenza complementare di fonte contrattuale e art. 39, Cost.: il diverso ruolo dell'autonomia collettiva sui fondi pensione cd. aperti.-----	25
6. L'impianto regolatorio degli incentivi contributivi e (<i>lato sensu</i>) fiscali quale effetto dell'accantonamento del «risparmio non disponibile».-----	27
6.1. La contribuzione di solidarietà per le somme a carico dei datori di lavoro destinate a finalità di previdenza complementare.-----	29
6.2. Il trattamento tributario dei contributi versati.-----	30
6.3. La tassazione dei rendimenti e delle prestazioni.-----	31
6.4. Le misure compensative a favore delle imprese.-----	33
7. Lo svolgimento di funzioni <i>extra</i> pensionistiche.-----	33

CAPITOLO SECONDO GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI CONTRATTUALI

1. Fonti istitutive e fonti costitutive degli ammortizzatori contrattuali: il contratto (o l'accordo) collettivo quale «fonte di diritti previdenziali».-----	38
2. L'organizzazione e la gestione paritetica dei fondi di solidarietà (di fonte legale) a disciplina collettiva.-----	46
3. Il ridimensionamento del criterio della volontarietà nell'accesso agli ammortizzatori autofinanziati.-----	50
4. Ammortizzatori sociali contrattuali e autonomia collettiva: «la sovrapposizione tra fonti contrattuali e regolamentari».-----	53

5. Il regime contributivo e tributario delle prestazioni erogate dai fondi di solidarietà bilaterali -----	55
5.1. <i>Segue</i> : Le prestazioni ordinarie. -----	55
5.2. <i>Segue</i> : Le prestazioni straordinarie per il sostegno al reddito. -----	56
5.3. <i>Segue</i> : Le prestazioni integrative connesse alla perdita del posto di lavoro o a trattamenti di integrazione salariali. -----	58
6. Le funzioni non standard (o «spurie») degli ammortizzatori sociali contrattuali. ---	58

CAPITOLO TERZO

I FONDI SANITARI INTEGRATIVI

1. Genesi dei fondi sanitari integrativi del Servizio Sanitario Nazionale. -----	61
2. Il «momento costitutivo».-----	65
3. Il criterio di volontarietà nell'accesso ai fondi e la prevalenza della dimensione collettiva e sindacale. -----	67
4. Struttura di governo dei fondi sanitari integrativi. -----	68
5. Il sistema degli incentivi fiscali. -----	69
6. Il principio della ripartizione a base della gestione dei fondi sanitari integrativi e le regole sulla vigilanza. -----	72
7. Il possibile ricorso alle prestazioni rese a soggetti non autosufficienti. -----	73

CAPITOLO QUARTO

IL WELFARE AZIENDALE (E TERRITORIALE)

1. Il quadro «disorganico e a-sistematico» del welfare aziendale (e territoriale) sul piano giuridico e la pluralità di prospettive metodologiche e disciplinari ad esso riferibili. 75	75
2. La dimensione unilaterale, il ricorso ai contratti di rete e il welfare autofinanziato dai lavoratori. -----	77
3. <i>Welfare</i> aziendale e relazioni industriali: il coinvolgimento delle parti sociali a livello decentrato e il ricorso alla bilateralità. -----	80
4. La politica aziendale di « <i>total reward</i> » a sostegno del welfare aziendale e al fine di costruire una solida e duratura <i>corporate identity</i> .. -----	83
5. La diffusione del welfare aziendale affidata alle incentivazioni di natura fiscale: gli artt. 51 e 100 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. -----	84
6. L'eterogeneità dei beni e servizi che il welfare aziendale mira ad assicurare rispetto alla «previdenza contrattuale».-----	88

PARTE SECONDA
LA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»:
UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

CAPITOLO PRIMO
IL CONCETTO DI «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

1. Previdenza, assistenza e tutela del risparmio nell'impianto costituzionale. ----- **91**
2. Il passaggio verso un assetto previdenziale «multipilastro»: fondi pensionistici, sanitari, di solidarietà e di welfare aziendale. ----- **96**
3. Una possibile definizione del concetto di «previdenza contrattuale».----- **99**
4. La «previdenza contrattuale» funzionalizzata a forme di tutela a favore di soggetti in condizione non professionale.----- **100**
5. Un esempio di «previdenza contrattuale» quale modello di integrazione di coperture nell'attuale sistema previdenziale.. ----- **102**

CAPITOLO SECONDO
LA POSSIBILE COLLOCAZIONE DELLA «PREVIDENZA
CONTRATTUALE» NEL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE

1. Il dibattito teorico sulla nozione di «previdenza e assistenza sociale». ----- **110**
2. La complessa relazione nella «previdenza contrattuale» tra previdenza/assistenza pubblica e previdenza/assistenza privata (art. 38, commi 2 e 5, Cost.).----- **112**
3. La ripartizione di competenze legislative tra «previdenza sociale» e «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 2, *lett. o*) e comma 3, Cost.). ----- **120**
4. L'opportunità di attingere alla nozione di «*welfare* contrattuale». ----- **125**

CAPITOLO TERZO
SCENARI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE DELLA
«PREVIDENZA CONTRATTUALE»

1. Gli aspetti di *policy* a sostegno della «previdenza contrattuale»: volontà di sostituire le tradizionali forme con altre ispirate all'iniziativa privata o volontà di trovare soluzioni originali e innovative ai problemi del *welfare*?----- **128**
2. Previdenza contrattuale e flussi migratori quali soluzioni alla sostenibilità del sistema previdenziale e al contrasto dell'invecchiamento della popolazione. ----- **129**
3. Le aree di un possibile intervento riformatore. ----- **131**

<i>Literature Review</i> -----	136
<i>Bibliografia Generale</i> -----	175

Introduzione

Oggetto della presente ricerca è la riconduzione ad uno schema unitario di previdenza, segnatamente da definire di «previdenza contrattuale», di forme decentrate ed autogestite di tutela, finalizzate tanto al sostegno del reddito e dell'occupazione nei settori esclusi dall'ambito di applicazione degli ammortizzatori sociali pubblici quanto all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio e alla somministrazione di prestazioni sanitarie superiori, ai livelli minimi (ed uniformi), a quelle garantite dal Servizio Sanitario Nazionale. Una forma nuova di protezione sociale che, trovandosi nel mezzo di un crocevia funzionale, ponendosi da un lato, come strumento e, dall'altro, come fine di tutela, si presenterebbe in grado di non replicare i percorsi di quelle tradizionali che hanno rivelato (o stanno) rivelando la loro insostenibilità. Uno schema che tiene conto della complessa fenomenologia del welfare aziendale (e territoriale), il cui profilo giuridico si presenta «disorganico e a-sistematico», essendo riconducibile a eterogenei ambiti normativi, spaziando dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione) al diritto non corrispettivo (ad esempio, il diritto al telelavoro), dalle politiche retributive propriamente dette alle politiche del lavoro (*work-life balance*, politiche *family-friendly*, ecc.).

L'analisi mira, in una prima fase, a ricostruire i singoli istituti oggetto di studio, definendone in dettaglio le caratteristiche strutturali e funzionali, sotto plurimi profili (tra i quali le fonti, le forme organizzative, la *governance*, la volontarietà/libertà individuale, il ruolo dell'autonomia collettiva, i sostegni e gli incentivi *lato sensu* contributivi e fiscali).

In una seconda fase, ci si interrogherà sulla loro riconducibilità, tra le pieghe della disciplina attualmente in vigore, a una nozione unitaria di «previdenza contrattuale», verificando l'attendibilità di una progettazione integrata di coperture previdenziali. Ciò postulerà uno sforzo ricostruttivo-sistematico, volto a collocare la nozione di «previdenza contrattuale» su un triplice sfondo: a) il dibattito teorico sulla nozione di «previdenza sociale e assistenza»; b) la complessa relazione tra previdenza (e assistenza) pubblica e previdenza (e assistenza) privata (art. 38, commi 2 e 5 della Cost.); c) la ripartizione di competenze legislative tra «previdenza sociale» e «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 2, *lett. o*) e comma 3, Cost.). Si tratterà anche di definire le condizioni di utilizzo della stessa nozione di «previdenza», onde renderla comprensiva di forme di tutela rivolte, per un verso, non ai soli «lavoratori», ma anche a soggetti in condizione non professionale (forme pensionistiche complementari rivolte a soggetti privi di reddito da lavoro o privi di reddito *tout court*), senza potersi escludere, anche sulla base di altre esperienze europee, la necessità di attingere a una nozione più generale di «*welfare* contrattuale».

Sul piano della politica legislativa, si tratterà di verificare se la riduzione o l'assenza delle prestazioni del regime obbligatorio di base sia giustificata dalla volontà di sostituire queste forme con altre ispirate all'iniziativa privata, ovvero se tale riduzione o la mancata regolazione sia, per converso, il risultato della volontà di trovare soluzioni originali e innovative ai problemi del welfare. Parallelamente occorrerà riscontrare se sia opportuno coniugare le politiche di «*total reward*», oramai consolidate nel welfare aziendale (e territoriale) in base alle quali strumenti di tipo monetario (salario e retribuzione variabile) sono affiancati da strumenti non monetari (*benefit* e servizi) al fine di perseguire obiettivi di ottimizzazione fiscale e contributiva, di fidelizzazione, di motivazione e di attrazione delle risorse umane nonché di costruzione di una solida e duratura *corporate identity*, con la sussidiarietà orizzontale e con la bilateralità rispetto al tentativo di condurre ad un'unità la varietà fenomenologica della «previdenza contrattuale».

Infine, dal nucleo delle idee maturate dalla dottrina si indagherà sull'opportunità di impiegare la «previdenza contrattuale» (congiuntamente al fenomeno dei flussi migratori), quale modello di sostenibilità del sistema previdenziale obbligatorio e di contrasto al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione e della riduzione del tasso di fertilità, ovvero sulla ammissibilità di destinare parte della contribuzione obbligatoria del lavoratore al finanziamento della «previdenza contrattuale» o sulla possibilità di prevedere una specifica contribuzione al fine di autofinanziare interamente, o in parte, le misure di «previdenza contrattuale».

PARTE PRIMA

GLI AMBITI DELLA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

CAPITOLO PRIMO

LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE DI FONTE CONTRATTUALE

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

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

La genesi contrattuale-sindacale della previdenza complementare costituisce un dato giuridico che non è revocabile in dubbio ⁽¹⁾.

Nonostante il proliferare di leggi degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso e l'esigenza di regolare un numero sempre crescente di rapporti sociali, il diritto legislativo non ebbe interesse a disciplinare «uno strumento complementare di realizzazione della sicurezza sociale secondo il disegno costituzionale» ⁽²⁾, giacché forte era il convincimento che l'autonomia negoziale fosse sufficientemente idonea, in termini di economie (derivanti dall'aggregazione dei soggetti) e di potenzialità (risultante dal rapporto costi/benefici), a soddisfare bisogni previdenziali privati – sociali a favore di un gruppo di lavoratori, contrattualmente o professionalmente definito ⁽³⁾.

L'ampia libertà di definire i propri bacini di utenza, le modalità di adesione e di collocamento, le forme e i contenuti della partecipazione dei lavoratori ai fondi di previdenza, i limiti territoriali d'azione, i contenuti della promozione e del sostegno all'iniziativa previdenziale, il ricorso al sistema a capitalizzazione, erano aspetti, non solo esclusivamente economici, che suggerivano di privilegiare la fonte contrattuale-sindacale rispetto all'ipotesi di codificare o, più naturalmente, di disciplinare la materia, così da non contribuire all'esaltazione

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

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

(3) Scrive ZAMPINI G. (*La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 37) «la configurazione dell'autonomia collettiva, quale fonte assolutamente preminente [...] era indice in equivoco di una politica del diritto [...] che continuava a riporre nelle organizzazioni sindacali una forte speranza per la modernizzazione della società italiana sulla rotta segnata dalla bussola di valori costituzionali forti, quali la solidarietà sociale e l'uguaglianza sostanziale [...]».

del diritto legislativo. Insomma, il centro di gravità dell'azione di tutela dei lavoratori in ambito previdenziale non obbligatorio viene a collocarsi nella sfera sociale, anziché chiudersi esclusivamente nella sfera politica.

Fenomeni di «produzione giuridica extra statuale del diritto» ⁽⁴⁾ sono ravvisabili nel settore bancario all'interno del quale «la previdenza aziendale» aveva suscitato l'interesse della totalità delle imprese e dei lavoratori e i cui contratti collettivi contemplavano l'eventualità di istituire fondi pensione negoziali, rielaborando pionieristicamente le esperienze previdenziali preesistenti [i fondi pensione cd. interni ⁽⁵⁾] nell'ambito della propria realtà aziendale, modellandole segnatamente alla prospettiva costituzionale e alle esigenze dei lavoratori iscritti ⁽⁶⁾. Si trattava di esperienze che soggiacquero all'influenza del processo di trasformazione e di ammodernamento cui fu coinvolto il complessivo sistema bancario italiano. La legge del 30 luglio 1990 n. 218 e il successivo decreto legislativo del 20 novembre 1990, n. 356 promossero la trasformazione delle casse di risparmio e degli istituti di credito di diritto pubblico in società costituite unilateralmente (salvo nei casi di struttura già intrinsecamente corporativa) secondo criteri di conduzione privatistici e imprenditoriali ⁽⁷⁾ nonché prescrissero l'ingresso di enti conferenti ⁽⁸⁾ con il compito, da un lato, di proseguire le originarie funzioni non creditizie e di utilità sociale e, dall'altro, di conservare, obbligatoriamente per legge, il controllo pubblico sulle banche scorporate relativamente alla partecipazione, ma non anche in ordine alla loro gestione.

Solo agli inizi degli anni Novanta, le esperienze contrattuali vennero assecondate dal diritto legislativo, costituendo parte integrante di un disegno più ampio avente ad oggetto la modifica strutturale del sistema pensionistico obbligatorio di base ⁽⁹⁾. Se con l'art. 3, comma 1, *lett. v)*

⁽⁴⁾ MENGONI G., *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. Soc.*, 1971, 16; F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1980, 50.

⁽⁵⁾ Come si vedrà più avanti, i fondi interni si caratterizzano per l'assenza di autonoma soggettività giuridica. La natura dei predetti fondi, strettamente connessa ai c.d. fondi pensione preesistenti, ha diviso la dottrina. Da una parte, vi è stato chi ha qualificato il fenomeno come associazione non riconosciuta; dall'altra, chi vi ha identificato una ipotesi di fondazione di fatto ovvero ha individuato un patrimonio separato e autonomo e chi, infine, ammettendo la possibilità che i fondi interni non avessero una struttura data, non necessariamente li riconduceva alla garanzia di cui all'art. 2117, del codice civile.

⁽⁶⁾ Né si possono trascurare le esperienze storiche del Fondo Nazionale di Previdenza per i lavoratori dei giornali quotidiani «Fiorenzo Casella», il cui accordo collettivo fu stipulato in data 26 febbraio 1958, in favore di tutti gli impiegati e operai delle aziende editrici e stampatrici di giornali quotidiani e delle agenzie di stampa operanti sull'intero territorio nazionale o del Fondo di previdenza «Mario Negri», costituito con atto del 19 giugno 1956, in favore dei dirigenti di aziende commerciali e di spedizione e trasporto.

⁽⁷⁾ Venne così individuata nella società per azioni la struttura più adatta a organizzare ogni tipo di attività imprenditoriale e a promuovere la riallocazione delle risorse in un sistema economico-finanziario di cui era necessario migliorare l'efficienza e la flessibilità. Si contano circa centocinquanta banche, riconducibili ad aziende di natura pubblica, che saranno, nei primi anni '90, trasformate in società per azioni.

⁽⁸⁾ Con l'entrata in vigore della legge 23 dicembre 1998, n.461 alle fondazioni di origine bancaria, chiamate a perseguire i predetti fini di interesse pubblico e di utilità sociale, verrà riconosciuta la natura privata con piena autonomia gestionale e statutaria, facendo loro perdere la caratteristica di ente pubblico riconosciuta dalla legge del 30 luglio 1990 n. 218.

⁽⁹⁾ Come è noto, il decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 503 (c.d. Riforma Amato), oltre a modificare i requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche obbligatorie (l'età pensionabile è innalzata da 55 a 60 anni per le donne e da 60 a 65 per gli uomini mentre la contribuzione minima per la pensione di vecchiaia viene portata da quindici a venti anni), l'indicizzazione annuale all'inflazione e l'integrazione al trattamento minimo (tenendo conto anche del reddito

della legge 23 dicembre 1992, n. 421, il legislatore delegante attribuisce al Governo la delega ad emanare uno o più decreti legislativi con «la previsione di più elevati livelli di copertura previdenziale, disciplinando la costituzione, la gestione e la vigilanza di forme di previdenza, anche articolate secondo criteri di flessibilità e diversificazione per categorie di beneficiari, per la erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico per i lavoratori dipendenti, i lavoratori autonomi ed i liberi professionisti, su base volontaria, collettiva o individuale...»; il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124, assegnando agli attori sociali l'onere e la responsabilità della valutazione, dell'opportunità e della fattibilità di forme pensionistiche complementari all'interno di un dato ambito contrattuale, escludeva, di fatto, la via della decisione unilaterale come atto fondativo di un fondo di previdenza complementare che costituiva ipotesi da relegare a fattispecie di chiusura del sistema.

Il caso, limitato e circoscritto, riguardava segnatamente i regolamenti di enti o aziende i cui rapporti di lavoro non erano disciplinati da contratti e accordi collettivi, anche aziendali (art.3, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 21 aprile 1993, n.124). La possibilità di porre in essere detta fonte istitutiva era dunque subordinata dalla legge all'esistenza di una condizione negativa, l'inesistenza di contratti e accordi collettivi, di qualunque livello, volti a disciplinare nemmeno indirettamente o *per relationem* i rapporti di lavoro dei soggetti destinatari della forma pensionistica che si intendeva porre in essere ⁽¹⁰⁾. In questi casi il regolamento aziendale, se sul piano giuridico si sostanziava (e si sostanzia) in un «contratto plurimo» poiché l'adozione del regolamento del datore di lavoro finiva per dar luogo ad una pluralità di contratti individuali di contenuto uniforme, predeterminato in relazione alle condizioni generali stabilite dall'imprenditore di cui all' art. 1341,c.c. ⁽¹¹⁾; sul piano pratico in quanto utile, almeno in astratto, per le piccole e medie imprese ⁽¹²⁾.

La netta prevalenza dei fondi pensione negoziali (o chiusi) era così frutto di processi di convergenza tra le imprese (appartenenti a diversi settori produttivi) sulle quali è presumibile si siano innestati fenomeni di isomorfismo normativo che hanno indotto imprese, organizzazioni sindacali, appartenenti a diversi settori produttivi, ma affiliati alle medesime confederazioni, a intraprendere scelte molto simili ⁽¹³⁾.

del coniuge), disciplina per la prima volta in Italia la previdenza c.d. complementare. Per un'analisi degli effetti generati dalla riforma si v. PADOA F., *Riforma della previdenza - Un'Italia diversa a portata di mano*, Bologna, 1992.

⁽¹⁰⁾ Cfr. anche Documento Covip approvato nella seduta del 25 settembre 2001.

⁽¹¹⁾ Cfr. VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, 27.

⁽¹²⁾ TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 203; *contra* BESSONE M., *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 110 secondo cui «l'attivazione dei fondi pensione mediante fonte unilaterale presentava (e presenta) tutti i caratteri di una fattispecie relativamente marginale».

⁽¹³⁾ Si veda, già, POWELL W., DiMAGGIO P. J. (a cura di), *La gabbia di ferro rivisitata. Isomorfismo istituzionale e razionalità collettiva nei tempi organizzativi, Il neoistituzionalismo nell'analisi organizzativa*, Comunità, Torino, 1983, 88 e ss..

Ulteriore riscontro della prevalenza assicurata ai fondi negoziali era rappresentata dall'impossibilità di aderire ad un fondo pensione aperto in presenza di un fondo aziendale o di categoria ⁽¹⁴⁾: l'art. 9, comma 2, primo periodo, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 suggellava questo principio. La norma assegnava ai fondi aperti una funzione residuale, segnatamente di chiusura del sistema previdenziale, riservando ad essi un «ruolo di ammortizzatori previdenziali connesso alle finalità di incentivazione della previdenza complementare» ⁽¹⁵⁾.

Pare cogliere nel segno la dottrina che sostiene che l'autonomia collettiva si presenta allora «come la fonte più adatta ad affrontare contestualmente i problemi della nascita dei fondi e del loro finanziamento» ⁽¹⁶⁾, ma anche «la necessità della solidarietà collettiva come indice dell'esistenza di bisogni ai quali possono trovarsi esposti tutti gli appartenenti al gruppo di solidarietà» ⁽¹⁷⁾. La stessa legislazione di sostegno alla previdenza complementare presuppone che l'attività sindacale non sia predeterminata entro schemi normativi eteronomi. E' questa una lettura che riattualizza la conclusione da sempre acquisita in dottrina che lo strumento legislativo può e deve operare come un fattore di potenziamento della stessa autonomia collettiva sia nel senso di consolidarne i risultati sia di garantirne l'effettiva funzionalità, rimuovendo gli ostacoli che si frappongono alla sua piena esplicazione ⁽¹⁸⁾.

La riprova è nel decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47: nonostante il tentativo di attenuare il predominio della previdenza collettiva a favore delle forme pensionistiche individuali (cfr. gli artt. 9 *bis* e 9 *ter*, del decreto legislativo n. 124 del 1993, introdotti dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47), segnando una «vera e propria frattura all'interno del sistema che può segnare l'inizio di una biforcazione [...] a favore di

⁽¹⁴⁾ Il ricorso ai fondi pensione aperti era ammesso anche nel caso in cui il contratto collettivo o gli accordi aziendali consentivano l'adesione collettiva ovvero a favore di lavoratori che, già iscritti ad un fondo pensione chiuso, vedevano venir meno i requisiti di partecipazione senza la possibilità di aderire ad un nuovo fondo e, infine, a favore di coloro che, iscritti ad un fondo chiuso, decidevano individualmente di trasferire la loro posizione ad un fondo aperto indipendentemente dal venir meno dei requisiti di partecipazione (art. 9, comma 2, secondo periodo, art. 10, comma 1, lett. b), e comma 3 *bis*).

⁽¹⁵⁾ FANIN G., *Alcune considerazioni sul decreto istitutivo dei fondi pensione e sulla sua applicabilità* in GABRIELLI, LANZONI (a cura di), *Le prospettive di sviluppo dei fondi pensione in Italia*, Milano, 1994, 153.

⁽¹⁶⁾ VIANELLO R., *La previdenza complementare nel sistema della previdenza sociale*, Padova, 2005, 156.

⁽¹⁷⁾ PESSI R., *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in AA. VV. (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro – Previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, supp. 2, 278.

⁽¹⁸⁾ TREU T., *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1663 e ss. che in questi termini commentava l'autonomia e l'indipendenza dell'organizzazione sindacale per modo che il principio contenuto nell'art. 39, comma 1, Cost. assumerebbe significato più intenso di quello espresso nella formula generale di libertà sindacale. Cfr. in questi termini anche GIUGNI G., *Moderni indirizzi di legislazione sindacale*, in *Studi politici*, 1960, 462 e ss. e MANCINI G.F., *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 30.

quest'ultima»⁽¹⁹⁾, il risultato rimarrà quello di «indirizzare i contributi dei lavoratori dipendenti verso i fondi negoziali»⁽²⁰⁾.

Assegnare all'autonomia collettiva il compito di promuoverne l'attuazione, significava funzionalizzare l'autonomia collettiva ad «assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori in caso di invalidità e vecchiaia...» (art. 38, secondo comma, Cost.)⁽²¹⁾. Una conclusione che negli anni successivi sarà tuttavia sottoposta a diverse valutazioni critiche: l'evoluzione del quadro normativo, non solo nazionale, consigliava di trovare soluzioni volte al superamento delle diversità di trattamento giuridico presenti tra forme pensionistiche complementari (collettive e individuali) e della segmentazione del mercato, che in qualche misura potesse agevolare l'accesso e il passaggio da una forma pensionistica all'altra.

Di qui, la necessità di affermare la concorrenzialità del sistema per il tramite di un'attenta valorizzazione della libertà di scelta del lavoratore, che non poteva non riflettersi in un diverso equilibrio tra individuale e collettivo nella strutturazione degli interessi serviti dalla previdenza complementare⁽²²⁾. A tale risultato non si sarebbe potuti pervenire se non attraverso una nuova calibratura del sistema «verso un'effettiva equiordinazione tra le diverse forme di garanzia previdenziale complementare»⁽²³⁾.

Prima la legge delega 23 agosto 2004, n. 243 collega i temi dello smobilizzo del trattamento di fine rapporto maturando e della portabilità della posizione individuale al principio di libertà di scelta del soggetto⁽²⁴⁾ e poi il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 parifica sotto un unico regime, a forte vocazione concorrenziale, le forme pensionistiche individuali di nuova generazione, accomunate dal fine di erogare trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, scegliendo la strada di affiancare alla tradizionale fonte contrattuale altre tipologie di fonti.

⁽¹⁹⁾ ZAMPINI G., *La previdenza complementare...*, cit., 42.

⁽²⁰⁾ BOERI T., BRUGIAVINI A., *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 298. Sulla realizzazione solo in parte di questa riforma nelle concrete dinamiche dell'ordinamento, BESSONE M., *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portabilità della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DRI*, 2002, 565. Cfr. anche a riguardo la Deliberazione Covip 11 ottobre 2000.

⁽²¹⁾ Cfr. Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421; Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393. Secondo le argomentazioni svolte dalla Corte, la norma dell'art. 38 è «norma con carattere precettivo che impegna lo Stato [...] ad operare regolando la materia pensionistica di primo pilastro in modo tale da indicare l'erogazione di trattamenti pensionistici come oggetto di una aspettativa che è diritto di ricevere un sostegno finanziario a misura delle necessità dell'età anziana con tutta la consistenza dei diritti soggettivi costituzionalmente protetti». La Corte avverte «che non può essere messa in dubbio la scelta del legislatore di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare [...] e inscrivere quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione». Sulla natura e limiti di tale funzionalizzazione e sul dibattito che ne è conseguito v. *infra* Parte Seconda.

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

⁽²³⁾ GIUBBONI S., *Ibidem*, 23.

⁽²⁴⁾ Si trattò di conclusione raggiunta attraverso di diverse elaborazioni concettuali della quale deve dirsi, al di là di ogni giudizio critico, che concorsero a rinsaldare la convinzione che la equiordinazione di forme collettive e forme individuali, nel perseguimento del fine che la vigente disciplina si propone, si converta di fatto nell'accoglimento di una nozione «debole» di previdenza complementare (CINELLI M., *Art. 2123. La previdenza complementare...* op. cit.).

La scelta finisce per caratterizzare l'assetto complessivo e lo scenario di insieme sotto il profilo di una sostanziale riduzione degli elementi di differenziazione dell'offerta previdenziale ⁽²⁵⁾, oltre alla focalizzazione dell'attenzione del legislatore sulle modalità di finanziamento della previdenza complementare e di copertura degli oneri di amministrazione e gestione.

Dalla lettura del decreto attuativo della legge delega si constata più di una deviazione rispetto all'iniziale modello proposto dal legislatore delegante: se lo scopo ultimo è quello di eliminare gli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione all'interno del sistema della previdenza complementare, definendo regole comuni, in ordine alla comparabilità dei costi, alla trasparenza e alla portabilità, escludendo atti e comportamenti che pregiudichino significativamente e a lungo lo svolgimento della concorrenza nel mercato, esso finirà solo in parte per essere realizzato, presumibilmente a causa della fragilità concettuale della distinzione tra previdenza collettiva e individuale nel nuovo assetto giuridico imposto dalla riforma del 2004-2005.

Riprendendo in parte quanto in precedenza il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124 aveva stabilito a proposito delle fonti cd. «istitutive», l'art. 3 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, individua in via tassativa le fonti, di tipo oggettivo e soggettivo, abilitate alla creazione dei fondi di previdenza complementare: a) i contratti e accordi collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi, ovvero, in mancanza, accordi fra lavoratori, promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali di lavoro; accordi, anche interaziendali per gli appartenenti alla categoria dei quadri, promossi dalle organizzazioni sindacali nazionali rappresentative della categoria, membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; b) accordi fra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi da loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno regionale; c) i regolamenti di enti o aziende, i cui rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi, anche aziendali; d) le regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia; e) gli accordi fra soci lavoratori di cooperative, promossi da associazioni nazionali di rappresentanza del movimento cooperativo legalmente riconosciute; f) gli accordi tra soggetti destinatari del decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 565, promossi anche da loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno regionale; g) gli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, con l'obbligo della gestione separata, sia direttamente sia secondo le disposizioni di cui alle lettere a) e b); h) i soggetti di

⁽²⁵⁾ Il risultato sarà quello come scrive Tursi A. [*Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in Tursi A., (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, 544], «di un singolare affastellamento, in un unico elenco, di fonti istitutive in senso proprio (quali i contratti collettivi, gli accordi tra lavoratori, i regolamenti di enti o aziende), e di soggetti giuridici, privati o pubblici, che evidentemente fonti non sono».

cui all'articolo 6, comma 1, limitatamente ai fondi pensione aperti di cui all'art. 12; i) i soggetti di cui all'articolo 13, limitatamente alle forme pensionistiche complementari individuali.

Rispetto alla precedente impostazione e per i fini che interessano in questa sede, il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 prevede nel rinnovato assetto delle fonti l'istituzione di forme pensionistiche complementari mediante contratti e accordi collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi ⁽²⁶⁾.

Il centro di gravità continua a collocarsi nella sfera contrattuale a rilievo collettivo, sebbene sia inarrestabile il processo di pluralizzazione delle fonti istitutive. Peraltro, il rilievo attribuito alla fonte collettiva non ha indotto il legislatore a elaborare criteri di identificazione dei soggetti contrattuali o meccanismi di selezione degli stessi ⁽²⁷⁾.

E' stato sostenuto in dottrina che «il rapporto tra legge, contratto collettivo ed autonomia individuale nella vicenda istitutiva (...) della forma pensionistica complementare esibisce tratti di accentuata complessità, oltre di irriducibile difformità rispetto agli schemi del diritto sindacale generale» ⁽²⁸⁾. E' un'affermazione che può essere condivisa, alla luce delle innovazioni apportate dal decreto legislativo del 2005 e, più in generale, dal crescente interesse e dalla tendenza del legislatore al decentramento del sistema di contrattazione collettiva (aziendale e territoriale), di recente sublimato dall'art. 8, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148 ⁽²⁹⁾.

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

⁽²⁶⁾ Le altre novità attengono all'intervento delle Regioni le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale nel rispetto della normativa nazionale in materia e degli enti previdenziali di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509, e 10 febbraio 1996, n. 103, con l'obbligo della gestione separata, sia direttamente sia secondo le disposizioni di cui alle lett. a) e b) (art. 3, lett. d) e g) del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

⁽²⁷⁾ Cfr. anche la risposta della Covip ad un quesito inoltrato da un'organizzazione sindacale nel mese di gennaio del 2000 secondo cui «la ricorrenza di fattispecie contrattuali, che sotto il profilo contenutistico rispondono alle indicazioni fornite dal decreto legislativo n. 124 del 1993, costituisce per la Commissione elemento sufficiente in sede di istruttoria delle istanze di autorizzazione all'esercizio dell'attività, senza che si possa procedere a verifiche concernenti la rappresentatività dei sindacati stipulanti, tanto più se, come accade nel caso di specie, si tratta di associazioni che partecipano normalmente al sistema contrattuale di cui fa parte la fonte istitutiva del fondo pensione in questione».

⁽²⁸⁾ GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...* op. cit., 50.

⁽²⁹⁾ L'art. 8, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», stabilisce che i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali. Il medesimo articolo, contiene un nutrito elenco di istituti potenzialmente oggetto delle specifiche intese in deroga tra i quali però non è ricompresa la materia previdenziale. Per un commento critico sull'art. 8, s. v. FILI V., *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di ferragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)* in *Lav. Giur.*, 2011, 10, 977; TIRABOSCHI M., *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 5 settembre 2011, n. 28, in *www.adapt.it.*; TURSI A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva in DRI*, 3, 2013; VALLEBONA A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011. Sulla questione si veda ora la recente pronuncia della Corte Costituzionale del 4 ottobre 2012, n. 221 in *RIDL*, 2012, II 903, con nota di COVI M..

Precisamente, trattandosi di accordi aziendali che intervengono direttamente tra datori di lavoro e lavoratori senza l'intermediazione della rappresentanza sindacale, l'idea che se ne trae è che si è alla presenza di accordi che, qualificandosi come «manifestazione della sommatoria delle autonomie contrattuali dei soggetti firmatari» ⁽³⁰⁾, determinano una emblematica «erosione della centralità della fonte collettiva» ⁽³¹⁾, nel modello tradizionalmente assunto dal legislatore. Si aggiunga poi che essi (al pari della fonte contrattuale collettiva) prevalgono sugli atti unilaterali dei datori di lavoro istitutivi dei fondi pensione di cui all'art. 3, comma 1, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

Ad ogni modo, lo schema dualistico di genesi e di costituzione attraverso il rimando alla fonte «contrattazione collettiva», se trascina la previdenza complementare all'interno dei diversi profili critici che regolano la materia, con tutte le sue luci ed ombre, assegna alle parti sociali l'onere della responsabilità della valutazione e dell'opportunità e della fattibilità di forme pensionistiche complementari all'interno di un dato ambito contrattuale ⁽³²⁾.

E' l'analisi delle norme a confermare tale assunto. Se l'art. 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, attribuisce ai contratti ed agli accordi collettivi (fonti istitutive) poteri di normazione nella definizione della forma pensionistica, nella modalità di partecipazione e nel regime delle contribuzioni, l'art. 4 del medesimo decreto stabilisce che i fondi pensione sono «costituiti» come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa ovvero come soggetti dotati di personalità giuridica ⁽³³⁾.

All'evidenza, le fonti istitutive sono gli atti negoziali che configurano la maturata volontà per l'appunto di istituire una forma pensionistica complementare, definendone identità e

⁽³⁰⁾ BETTI A., *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare* in Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, 800.

⁽³¹⁾ BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva*..op. cit., 596.

⁽³²⁾ A differenza di altre esperienze europee nelle quali non è riscontrabile una regolamentazione promozionale delle forme pensionistiche complementari istituite dalla contrattazione collettiva. Si prenda ad esempio la Svezia: la legislazione statale sostiene «la diffusione e il consolidamento della previdenza complementare, offrendo gli strumenti per garantire che l'obbligazione pensionistica sia adeguatamente compiuta, ma non c'è quasi alcuna disciplina di favore per i piani pensionistici generati dalla contrattazione collettiva» (CORTI M., SARTORI A., *La previdenza complementare in Svezia* in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 301 e ss.). Del pari in Germania dove «le fonti collettive (accordo aziendale e contratto collettivo) non hanno mai acquisito centralità nel sistema, con le sole eccezioni rappresentate dal settore edilizio e dal pubblico impiego» (FERRARESI M., VASCHELLO N., *Fonti normative e negoziali della previdenza complementare nell'ordinamento tedesco*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 235 e 239). Analogamente potrebbe argomentarsi nell'ordinamento britannico e «all'estranità della contrattazione collettiva alla fase tanto genetica che a quella di gestione degli *Occupational Pension Schemes*», sebbene in questo caso essa sia da ricondurre alle singolari caratteristiche del sistema delle relazioni industriali (TOZZOLI S., *Gli Occupational Pension Schemes nel Regno Unito*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 163 e ss.).

⁽³³⁾ E' utile rammentare che in deroga alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, il riconoscimento della personalità giuridica consegue al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività adottato dalla Commissione di Vigilanza; per tali fondi pensione, la Covip cura la tenuta del registro delle persone giuridiche e provvede ai relativi adempimenti.

programma, ambito e modalità dei soggetti legittimati ad aderire, regime delle contribuzioni e quant'altro rappresenti iniziale regolazione dell'istituenda iniziativa previdenziale. Le fonti costitutive sono atti, anch'essi negoziali, che organizzano la forma pensionistica attraverso la disciplina di uno statuto (e di un parallelo regolamento) configurandola come soggetto di diritto⁽³⁴⁾. A differenza delle fonti istitutive, quelle «costitutive» hanno il compito di organizzare la forma pensionistica, rappresentando lo strumento di attuazione del disegno previdenziale delle fonti istitutive. Un momento che si presenta distinto e che coincide con l'atto formale che traduce la volontà delle parti nella concreta creazione di un fondo pensione in modo da rappresentare lo strumento tecnico attraverso cui si realizza la previdenza complementare.

Anche in tale rapporto l'autonomia delle organizzazioni sindacali ne risulta esaltata, dal momento che l'autonomia costituirebbe il vertice della «gestione accorpata dei rapporti di lavoro e il *proprium* dell'organizzazione e dell'azione sindacale»⁽³⁵⁾, per modo che la valorizzazione dell'autonomia collettiva si traduce nella «volontà di fare dei fondi pensione controllati dalle organizzazioni sindacali quasi degli strumenti di palingenesi sindacale»⁽³⁶⁾.

Ed è questione che nei suoi profili essenziali, appare rilevante nella ricostruzione delle fonti, per modo che sembra corretto affermare che il rapporto tra le fonti istitutive e le fonti negoziali è da concepire non in termini di svuotamento delle competenze bensì semplicemente di subordinazione gerarchica con la conseguenza per le fonti costitutive, per un verso, di subire la disciplina di quelle istitutive e, per un altro, di essere coinvolte nella loro connaturata complessità⁽³⁷⁾.

Ne discende che «in caso di contrasto o di indebita intromissione delle fonti costitutive, la preminenza delle fonti istitutive dovrebbe essere preservata attraverso il meccanismo di controllo che fa capo alla Commissione di vigilanza alla quale è riconosciuto un paralizzante potere di veto e di coazione indiretta....»⁽³⁸⁾. Da tale impostazione deriva anche un altro risultato: l'art. 39, comma 1, Cost. e con esso il principio di libertà sindacale dell'autonomia collettiva sancisce la competenza delle organizzazioni sindacali contrapposte di regolare i bisogni previdenziali dei lavoratori, trattandosi di una specificazione di quella funzione economica sociale cui una nota dottrina⁽³⁹⁾ non aveva esitato a definire «funzione di tutela degli interessi tipici dell'individuo lavoratore». Dunque, se le fonti costitutive e regolamentari dei fondi pensione hanno competenze coestese a quelle delle fonti istitutive, ma a queste

⁽³⁴⁾ Sotto questo profilo gli atti di costituzione e di statuto della forma previdenziale complementare sono in ogni loro parte deliberazioni a forte contenuto normativo.

⁽³⁵⁾ DELL'OLIO M., *L'organizzazione sindacale e l'azione sindacale*, in MAZZONI G., (diretta da) in *Enc. giur. lav.*, I, Padova, 1980, 290.

⁽³⁶⁾ ZAMPINI G., *La previdenza complementare....*, op. cit., 38.

⁽³⁷⁾ Argomenta diversamente BESSONE M. (*Previdenza complementare*, Torino, 2000) secondo cui «la fonte costitutiva opera secondo un'obbligata posizione di dipendenza funzionale dall'atto fonte istitutiva».

⁽³⁸⁾ VIANELLO R., *Previdenza complementare ..*, op. cit., 155.

⁽³⁹⁾ BALLETTI E., *Contributo alla teoria dell'autonomia sindacale*, Milano, 1963, 174.

subordinate, è proprio in questa relazione gerarchica che è dato rilevare uno degli aspetti promozionali che la legge assegna al contratto collettivo quale fonte istitutiva della previdenza complementare, sul duplice presupposto della garanzia della libertà consacrata nel predetto art. 39, comma 1, Cost. e nell'art. 38, comma 5, della Cost. ⁽⁴⁰⁾.

L'effetto di trascinamento generato dalla natura negoziale dei fondi pensione di fonte contrattuale coinvolge anche la responsabilità delle parti sociali nell'individuare le fonti di finanziamento della previdenza complementare relativamente ai lavoratori dipendenti che aderiscono ai fondi di cui all'art. 3, comma 1, lett. da a) a g) e di cui all'art. 12 con adesione su base collettiva (i c.d. fondi aperti ad adesione collettiva).

Un'attribuzione che nasce dal disposto dell'art. 8, comma 2, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, secondo cui della le misura minima della contribuzione (a carico del datore di lavoro e del lavoratore) «possono essere fissati dai contratti collettivi, anche aziendali nel caso di forme pensionistiche con adesione su base collettiva» ⁽⁴¹⁾. Un riconoscimento che, sotto certi versi, ratifica le aspettative che il legislatore ripone nella materia della previdenza complementare: trovare le risorse adeguate per finanziare la forma pensionistica è esigenza che si connatura con la logica e le dinamiche dell'autonomia collettiva, sebbene riveli l'onere di compiere scelte che attengono alla formazione del «risparmio previdenziale» e alla realizzazione di accantonamenti fruibili, di norma, al momento del collocamento a riposo attraverso un meccanismo di gestione che si presenta a capitalizzazione e che, come è stato suggerito da taluni autori ⁽⁴²⁾, finisce per assegnare natura imprenditoriale alle forme pensionistiche complementari.

In tale contesto, l'autonomia collettiva (e come si vedrà con il principio di libertà e di volontarietà di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252) ha ricevuto un apprezzabile rinvigorimento anche per effetto del meccanismo del «conferimento tacito» del trattamento di fine rapporto che «trae luce dalle ulteriori modalità con le quali si determina, in futuro, l'alternativa tra il regime codicistico del trattamento di fine rapporto e quello pensionistico complementare» ⁽⁴³⁾.

Il meccanismo del conferimento tacito del trattamento di fine rapporto finisce per essere l'effetto di una estensione dell'efficacia delle fonti istitutive, intese in senso oggettivo, vale a dire secondo la loro ordinaria configurazione di contratto collettivo volto alla istituzione e regolazione di una forma pensionistica complementare che deve confrontarsi con il problema

⁽⁴⁰⁾ TURSÌ A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 232 ss..

⁽⁴¹⁾ E' constatazione dubbia alla giurisprudenza la qualificazione giuridica del conferimento datoriale, ovvero la sua natura retributiva o contributiva: cfr. Cass. Civ., 17 gennaio 2006, n. 783, in *RIDL*, 2006, II, 701 ss..

⁽⁴²⁾ ZAMPINI G., *La previdenza complementare.....*, op. cit., 52.

⁽⁴³⁾ SANDULLI P., *Il conferimento tacito e non del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 165.

dell'estensione di efficacia del contratto collettivo anche ai soggetti non iscritti all'organizzazione sindacale stipulante.

La nuova disciplina, contenuta nell'art. 8, comma 7, lett. b) n. 1 e 2 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, prevede che le modalità c.d. tacite di adesione alla previdenza complementare operino secondo una precisa «gerarchia» nella sequenza delle fonti, ovvero intervengano «nel concorso –conflitto tra fonti contrattuali collettive» ⁽⁴⁴⁾, privilegiando gli accordi raggiunti a livello aziendale ⁽⁴⁵⁾, rispetto ai contratti collettivi anche territoriali.

A tale risultato non si sarebbe potuto pervenire se non delineando un quadro regolatorio nel quale individuare, a seguito dell'avvenuta moltiplicazione di forme pensionistiche complementari, un meccanismo idoneo a stabilire un congruo collegamento causale per modo che all'inerzia si attribuisse l'effetto di conferimento tacito del trattamento di fine rapporto.

Il *favor* verso la fonte contrattuale decentrata è sancito sia nel caso in cui sussista un accordo aziendale che stabilisce espressamente, in luogo di quella individuata dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, la destinazione del trattamento di fine rapporto ad una forma collettiva tra quelle previste dall'art. 1, comma 2, lett. e), della legge 23 agosto 2004, n. 243 (trattasi del fondo pensione negoziale o del fondo pensione aperto), purché notificata dal datore di lavoro al lavoratore, «in modo diretto e personale»; sia nel caso in cui, alla presenza di più forme pensionistiche, l'accordo aziendale individui quella su cui far confluire il trattamento di fine rapporto maturando, derogando al criterio oggettivo in base al quale occorrere prediligere, in sua assenza, la forma pensionistica complementare alla quale abbia aderito il maggior numero dei lavoratori dell'azienda ⁽⁴⁶⁾. La notificazione consente segnatamente di rimediare alla vulnerabilità dell'efficacia dell'accordo aziendale, che *iure* comuni non sarebbe notoriamente estesa a tutti i lavoratori.

La disposizione non si presenta singolare nell'ambito della teoria della contrattazione collettiva di diritto comune *ex se* considerata; è invece distonica ove si provi ad operare un coordinamento razionale con l'art. 3, comma 1, del medesimo decreto che specifica che «i contratti e gli accordi collettivi, istitutivi dei fondi pensione negoziali possono essere anche aziendali limitatamente per questi ultimi anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli

⁽⁴⁴⁾ SANDULLI P., *Ibidem*, 178 e 179.

⁽⁴⁵⁾ Conformemente all'idea secondo cui il contratto collettivo aziendale esprima «una maggiore vicinanza ai diretti interessati» (PANDOLFO A., *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mò di (parziale) commento del d.lgs. n. 252/2005 In Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2006, 189).

⁽⁴⁶⁾ Ai fini del criterio da seguire nel caso in cui un'impresa abbia proprie unità produttive ubicate in più regioni d'Italia, regioni nelle quali operano diversi fondi pensione negoziali, si prenderà a riferimento, in difetto di diversi accordi aziendali, il complesso dei lavoratori, su scala nazionale, di una medesima impresa e non già, di volta in volta, quelli delle sue articolazioni operative a livello territoriale (Deliberazione Covip 13 giugno 2007). Per completezza si aggiunga che l'art. 8, comma 7, lett. b), n. 3 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 stabilisce che qualora non siano applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1 e 2, il datore di lavoro trasferisce il trattamento di fine rapporto maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso l'Inps.

stessi». Questa norma in dottrina ⁽⁴⁷⁾ è stata criticata, osservandosi che non vi è alcuna necessità di prevedere per i lavoratori una facoltà di *opting out*, trattandosi di una facoltà che è già riconosciuta dal diritto comune, e che neppure è utile dal momento che l'istituzione di un fondo pensione riconosce al lavoratore un diritto di aderire, ma non un obbligo o un vincolo. Così, il legislatore quando si tratta di conferire il trattamento di fine rapporto maturando adotta la regola «di diritto speciale» dell'efficacia *erga omnes*; mentre quando si tratta di istituire una forma pensionistica complementare ammette un accordo aziendale di efficacia soggettivamente limitata. Una contraddizione che palesa l'errata ricostruzione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale. E', dunque, ragionevole ritenere che il legislatore sia stato indotto a ciò dalla tendenza a concepire l'autonomia collettiva come vincolo all'autonomia negoziale, piuttosto che come espressione dell'autonomia negoziale essa stessa ⁽⁴⁸⁾ e, conseguentemente, il meccanismo del (l'adesione tramite) tacito conferimento del trattamento di fine rapporto in termini di applicazione «di una fonte normativa, che prescinde dalla sussistenza di canali negoziali di collegamento alla volontà individuale»⁽⁴⁹⁾.

Un altro aspetto su cui è possibile rilevare un travisamento della natura negoziale dell'autonomia collettiva attiene la portabilità del contributo datoriale.

Non solo l'art. 14, comma 6, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 stabilisce che in caso di esercizio della facoltà di trasferimento della posizione individuale, il lavoratore abbia diritto al versamento alla forma pensionistica da lui prescelta del trattamento di fine rapporto maturando «nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti e accordi collettivi anche aziendali»; ma l'art. 8, comma 10, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 stabilisce anche che ove il lavoratore abbia diritto, in base al contratto o agli accordi collettivi, anche aziendali, ad un contributo a carico del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare questo affluisca alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso «nei limiti e secondo le modalità stabilite dai predetti contratti e accordi».

Alla stregua di tali premesse, la conclusione che se ne trae è che ai contratti collettivi sarebbe data in entrambe le fattispecie la piena facoltà di escludere (o finanche di negare) la portabilità del contributo datoriale, dando luogo «ad una serie di opzioni libere che costituiscano scelte che sembrano del tutto coerenti con l'impianto complessivo di legge delega e di legge

⁽⁴⁷⁾ Cfr. TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 544.

⁽⁴⁸⁾ E' convinzione pressoché comune che il contratto collettivo è «atto» che assume per l'ordinamento statuale efficacia regolativa dei rapporti di lavoro, analoga all'efficacia comune (GALANTINO L., *Sui trattamenti retributivi individuali più favorevoli*, in *RIDL*, 1980, 135).

⁽⁴⁹⁾ TURSI A., *Ibidem*, 544.

delegata, a parte ovviamente le implicazioni di carattere fiscale e le considerazioni di chi riterrà essenziale il bilateralismo contributivo» ⁽⁵⁰⁾.

Parrebbe allora che la disposizione possa far nascere dei dubbi di legittimità nel momento in cui la scelta del conferimento si consumi al di fuori delle relazioni industriali e contrattuali collettive, mentre «tale dubbio non si estende(rebbe) nel caso del conferimento tacito che resta tutto nella logica del sistema contrattuale collettivo» ⁽⁵¹⁾.

Secondo un autorevole previdenzialista ⁽⁵²⁾, ogni altra diversa interpretazione volta in particolare a liberalizzare la scelta di destinazione del contributo datoriale sulla base delle preferenze individuali del singolo lavoratore rappresenterebbe «un attentato alle prerogative dell'autonomia collettiva e alla sua libertà più grave di quello derivante dalla previsione della libertà di adesione individuale». In effetti,

In effetti, la questione si pone non solo con riferimento alle citate ipotesi dell'adesione tramite conferimento del trattamento di fine rapporto e del trasferimento da un fondo pensione negoziale ad altra forma pensionistica complementare, ma anche nel caso di adesione ad una forma pensionistica individuale. In particolare in quest'ultimo caso, l'assenza del predetto vincolo assegnato alla contrattazione collettiva farebbe presumere che il contributo datoriale possa essere liberamente destinabile qualora il lavoratore decida di passare ad una forma di previdenza complementare individuale. Contro questa interpretazione si è evidenziato che la previsione dell'art. 14, comma 6, del decreto legislativo n. 252 del 2005 ha una «valenza regolativa, al contempo omnicomprensiva e specifica, di ogni trasferimento della posizione soggettiva da una forma all'altra» ⁽⁵³⁾.

2. La forma giuridica e lo scopo previdenziale dei fondi pensione quale «vincolo di carattere teleologico».

In linea generale, scegliere un modello organizzativo significa tenere conto di implicazioni organizzative di diversa natura che attengono non solo al modo in cui gestire le risorse, ma

⁽⁵⁰⁾ SANDULLI P., *Il conferimento tacito e non del tfr al sistema di previdenza...* op. cit., 183. Concetti peraltro già affermati nel precedente contributo dello stesso Autore, *Il ruolo delle fonti istitutive nel sistema pensionistico complementare: il caso del fondo cd. preesistente a regime misto*, in RIDL, 2005, 3.

A nostro avviso, i dubbi di costituzionalità attengono alla questione opposta: se cioè sia legittima la previsione del decreto attuativo, limitativa della concorrenza coi fondi non negoziali, anche sotto il profilo dell'eccesso di delega.

⁽⁵¹⁾ SANDULLI P., *Ibidem*, 184. Contra TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 546; PALLINI M., *La "mobilità" tra le forme pensionistiche complementari – Sub. Art. 14*, in TURSI A., (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 789.

⁽⁵²⁾ PERSIANI M., *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2006, 1479 e ss..

⁽⁵³⁾ FERRANTE V., *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del tfr* in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 721.

anche l'individuazione dei soggetti, delle strutture eventualmente preposte a tal fine nonché degli strumenti di controllo e di responsabilità ⁽⁵⁴⁾.

L'art. 4, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, ai fini dell'individuazione della forma giuridica sulla base della quale configurare l'autonomia giuridica dei fondi pensione negoziali, ricorre alle fattispecie disciplinate dal titolo II del libro I del codice civile. E' principio unanimemente condiviso ⁽⁵⁵⁾ che il ricorso ad esso non mina la convinzione che il fondo pensione si configuri, nella variegata schiera di organizzazioni collettive, come forma tecnica originale e autonoma, avvalorando piuttosto la tendenza alla parcellizzazione e alla ipertipizzazione degli schemi legislativi codificati.

In passato la previdenza complementare si è caratterizzata per la compresenza di una pluralità di modelli: accanto ai fondi in possesso di autonomia giuridica, denominati fondi «esterni», si erano sviluppati i fondi che ne erano privi, qualificati come «interni». Le due forme presentavano differenze in termini di autonomia patrimoniale e decisionale, posto che solo i primi erano dotati di un patrimonio del fondo ⁽⁵⁶⁾ e di organi amministrativi in grado di elaborare formalmente una strategia decisionale. Nei fondi interni la configurazione come patrimonio di destinazione costituiva l'unica forma di tutela dell'iscritto che potesse in qualche modo compensare la mancanza di una vera e propria autonomia patrimoniale e lo salvaguardasse dalla eventuale evoluzione negativa delle vicende aziendali ⁽⁵⁷⁾. Il ricorso all'art. 2117, c.c. comportava (e comporta) l'indisponibilità da parte dei creditori (sia del lavoratore, sia del datore di lavoro) delle somme destinate a fondi di previdenza complementare, risultando intangibili i montanti tesaurizzati nella fase di accumulo ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Secondo la Covip la strutturazione di un adeguato assetto organizzativo e di un efficiente sistema di controlli interni costituisce una delle principali attribuzioni degli organi preposti allo svolgimento di funzioni amministrative, direttive e di controllo nell'ambito dei fondi pensione negoziali (Deliberazione Covip 4 dicembre 2003 in *G.U.* del 16 dicembre 2003 n.291).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. BRUNI R., *La governance delle forme pensionistiche complementari*, in TURSÌ A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 622 e ss..

⁽⁵⁶⁾ Con la conseguenza che gli accantonamenti effettuati a garanzia delle prestazioni erano inseriti all'interno del patrimonio del soggetto titolare della forma pensionistica.

⁽⁵⁷⁾ FANIN G., *La costituzione e la gestione dei fondi pensione: un'analisi dei bisogni - Atti del 1° Forum Previdenza e assistenza collettiva*, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 1993; BRUNI R., SCHIAVO F. P., *Capire e gestire i fondi pensione*, Roma, 1999, 63 e ss..

⁽⁵⁸⁾ Sulla possibilità dei fondi pensioni c.d. preesistenti, come si è anticipato in precedenza, di configurarsi almeno come patrimoni di destinazione al fine di ricevere il trattamento di fine rapporto degli iscritti, v. OCCHINO A., *Le forme pensionistiche cdd. preesistenti* in TURSÌ A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 847). La prevalente dottrina (ROMAGNOLI U., in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1960, 858 e ss.; COSTI R., *Fondazione e impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, 41) e, in parte, la giurisprudenza (Trib. Roma, 26 giugno 1981, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, 265, con nota di CHIOMENTI F.; App. Genova, 12 giugno 1982, in *Vita Not.*, 1983, 1112; App. Torino, 10 febbraio 1983, in *Foro It.*, 1983, I, 1095; Trib. Torino, 31 marzo 1983, in *Dir. Fall.*, 1983, II, pag. 784) hanno qualificato i predetti fondi pensione come «associazioni non riconosciute di mutua assicurazione», ritenendo che l'intero fenomeno trovi il suo momento qualificante nell'esistenza di un gruppo di soggetti, legati da un interesse collettivo aziendale a struttura comunitaria, organizzato a scopo mutualistico.

Il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 ⁽⁵⁹⁾ stabilisce che i fondi pensione possono essere costituiti: a) come soggetti di natura associativa, ai sensi dell'articolo 36 del c.c., distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa; b) come soggetti dotati di personalità giuridica (sebbene il riconoscimento della personalità giuridica consegua al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività della Covip); c) come patrimonio di destinazione, autonomo e separato, ai sensi dell'art. 2117, c.c. limitatamente ai fondi pensione, istituiti dagli enti di diritto privato, di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103 (con l'obbligo della gestione separata), ai fondi pensione aperti e alle forme pensionistiche complementari individuali.

E' stata dunque percorsa la strada dell'indicazione analitica dei soggetti giuridici in cui incorporare un fondo pensione in modo da escludere tutti i soggetti che non rientrano nell'elenco definito dal legislatore (si pensi anche solo alla forma consortile o della società cooperativa). Peraltro il comma 5 del medesimo art. 4 decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, stabilisce nel caso in cui si tratti di fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, sia per i lavoratori subordinati ed autonomi, l'obbligo della costituzione come soggetto dotato di personalità giuridica ⁽⁶⁰⁾.

A ben vedere, la forma «soggetto dotato di personalità giuridica» ricomprende sia le associazioni riconosciute sia le fondazioni. Queste ultime si presentano come «un'alternativa di modello che ormai sembra interessare esclusivamente gli studiosi di teoria generale» ⁽⁶¹⁾ posto che esse non sono state concretamente utilizzate, presumibilmente a causa dell'assenza di un organo assembleare e dalla controversa convergenza delle parti firmatarie delle fonti istitutive con i soci fondatori del fondo pensione ⁽⁶²⁾.

Si aggiunga che la disciplina definita per le associazioni e le fondazioni non trova totale applicazione nell'ambito dei fondi pensione, ma solo in quanto coerente con le caratteristiche e le specificità della previdenza complementare. Ne sono esempio, oltre quella già riferita del riconoscimento della personalità giuridica o dell'associazione non riconosciuta con soggettività distinta da quella dei soggetti promotori, l'art. 1, comma 4, del decreto legislativo 5 dicembre

⁽⁵⁹⁾ V. anche il successivo decreto ministeriale 10 maggio 2007, n. 62, recante il «Regolamento per l'adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, in materia di forme pensionistiche complementari preesistenti alla data di entrata in vigore della legge. 23 ottobre 1992, n. 421».

⁽⁶⁰⁾ Dopo l'emanazione della direttiva ministeriale 28 aprile 2006, la competenza, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica dei fondi pensione, spetta alla Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione e non più al Ministero del Lavoro (cfr. anche deliberazione Covip 28 giugno 2006).

⁽⁶¹⁾ BESSONE M., *Fondi pensione « chiusi ». Le regole di organizzazione e le attività degli amministratori*, in ADL, 2001, 746.

⁽⁶²⁾ Cfr. TURSI A., *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche* in BESSONE M., CARINCI F. (a cura di), *Commentario diretto da CARINCI F.*, Torino, 2004, 285 e ss..

La forma della fondazione è usualmente impiegata in Olanda per i fondi pensione di categoria il cui organo direttivo è composto pariteticamente di rappresentanti delle parti sociali (v. FERRANTE V., *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese* in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 125).

2005, n. 252 che impone l'obbligo delle forme pensionistiche complementari di contenere la dizione di «fondo pensione», nonché l'art. 6, comma 4, che qualifica patrimonio separato e autonomo i valori e le disponibilità da questo soggetto affidate in gestione a scopo previdenziale⁽⁶³⁾. Si tratta di un tributo alle originarie idee sulla disciplina della previdenza complementare che vorrebbero in qualche modo suggellato il vincolo imposto dal legislatore in base al quale il fondo pensione è patrimonio destinato ad un fine previdenziale e come tale separato da altri patrimoni di impresa con i quali viene in relazione per il fatto di essere gestito con l'intervento di molteplici attori. Un vincolo, più marcato rispetto a quello di un comune fondo di investimento⁽⁶⁴⁾, che presenterebbe carattere teleologico, accordando all'ordinamento di assegnare al risparmio previdenziale l'effetto dell'indisponibilità delle somme raccolte ovvero di riconoscergli «efficacia reale, privandolo di qualsiasi connotato lucrativo o speculativo sempreché sussista una relazione di identità o di stretta pertinenza... tra i soggetti destinatari della tutela... e quelli che imprimevano al proprio risparmio il vincolo di destinazione in funzione della finalità previdenziale normativamente qualificata»⁽⁶⁵⁾.

3. La libertà individuale all'adesione quale «principio costitutivo del sistema della previdenza complementare».

Si è detto che nella previdenza complementare, l'iniziativa per l'istituzione dei fondi pensione è affidata ai sensi dell'art. 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, lett. a), ai contratti (o accordi) collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi – ovvero, in mancanza, agli accordi tra lavoratori promossi da sindacati firmatari dei contratti collettivi nazionali di lavoro o agli accordi, anche interaziendali, per gli appartenenti alla categoria dei quadri, promossi dalle organizzazioni sindacali rappresentative della categoria, membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro – che ne definiscono l'ambito soggettivo di applicazione, le modalità di partecipazione e il regime delle contribuzioni.

Il principio volontaristico previsto da tutte le fonti legislative che hanno disciplinato la materia fino alla legge delega 23 agosto 2004, n. 243 rimane inalterato anche in sede di attuazione della stessa, almeno ove si consideri la fase costitutiva ed iniziale del rapporto.

Difatti, se l'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, riferendosi ai destinatari del sistema, sancisce che «l'adesione alle forme pensionistiche complementari è

⁽⁶³⁾ Per fondi pensione aperti, si v. l'art. 4, comma 2, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 secondo cui essi possono essere costituiti con un apposita delibera di un patrimonio di separazione, separato e autonomo, nell'ambito della medesima società od enti, con gli effetti di cui all'art. 2117, c.c..

⁽⁶⁴⁾ BESSONE M., *Previdenza complementare*, op. cit., 419.

⁽⁶⁵⁾ TURSÌ A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 111.

libera e volontaria», è l'art. 3, comma 3, del medesimo decreto, che individua il criterio di libertà di adesione, proponendosi «alla stregua di un vincolo statutario e contrattuale collettivo»⁽⁶⁶⁾, in base al quale «le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari [...] garantiscono la libertà di adesione individuale»⁽⁶⁷⁾.

Nella fase costitutiva la volontarietà attiene più propriamente all'efficacia oggettiva (o all'inderogabilità) del contratto collettivo, giacché interviene sul rapporto diretto che intercorre tra la norma e il destinatario della forma pensionistica complementare, piuttosto che sul collegamento negoziale tra il contratto collettivo (fonte istitutiva) e la volontà individuale. Ciò comporta che la volontarietà subordina l'efficacia di un contratto, soggettivamente applicabile, al consenso dell'individuo, rendendo impossibile l'iscrizione automatica alla forma pensionistica, che invece dovrebbe scaturire dall'efficacia inderogabile del contratto collettivo.

Una recente dottrina⁽⁶⁸⁾ ricostruisce il diritto di aderire ad un fondo pensione «non come un diritto legale attivabile sul presupposto di una fonte istitutiva che si dichiara applicabile al suo titolare», bensì come «un diritto contrattuale attribuito dalla fonte istitutiva ai lavoratori che sono parte di rapporti di lavoro negozialmente collegati con essi».

Analogamente secondo altri commentatori⁽⁶⁹⁾ il principio di libertà di adesione individuale opera nel senso di impedire – mediante la previsione di una necessaria e specifica dichiarazione di volontà del lavoratore – «che il contratto collettivo produca i suoi consueti effetti normativi all'interno della cerchia di soggetti cui esso trova applicazione». In questo modo resta così confermato che «uno solo sarà il contratto collettivo istitutivo di un fondo pensione, applicabile al rapporto, in virtù del collegamento negoziale consistente, di volta in volta, nell'affiliazione sindacale, o della sua recezione espressa o per fatti concludenti»⁽⁷⁰⁾.

E' una ricostruzione che può essere condivisa: i contratti o gli accordi collettivi istitutivi non paiono possedere un'efficacia, per così dire, generalizzata desumibile dall'assetto regolatorio del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, così da ammettere che il lavoratore possa scegliere un fondo pensione negoziale diverso da quello contrattualmente collegato al suo rapporto di lavoro⁽⁷¹⁾, bensì sarebbero da ricondurre nell'alveo della disciplina di diritto comune e, come tali, meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico⁽⁷²⁾. In questi termini, il diritto di adesione alle forme pensionistiche complementari si presenta come un diritto

⁽⁶⁶⁾ SANDULLI P., *Il conferimento tacito e non del tfr al sistema di previdenza...* op. cit., 168.

⁽⁶⁷⁾ Sul regolamento delle modalità di adesione alle forme pensionistiche complementari si veda la Deliberazione Covip del 29 maggio 2008 in G.U. 19 giugno 2008 n. 142.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. TURSÌ A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 236.

⁽⁶⁹⁾ BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva* in TURSÌ A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 605 e ss..

⁽⁷⁰⁾ TURSÌ A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, op. cit., 237.

⁽⁷¹⁾ Cfr. V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare* ...op. cit., 722 e ss..

⁽⁷²⁾ Si tratta di una conclusione raggiunta attraverso diverse elaborazioni concettuali operate dalla dottrina. Si v. PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, 46; PERA M., *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 106.

soggettivo di carattere individuale di cui l'autonomia collettiva ha il compito di promuovere l'attuazione ⁽⁷³⁾. Si comprende allora come il principio di adesione individuale interessa relativamente i datori di lavoro: questi ultimi sono vincolati agli obblighi che discendano dal contratto o dall'accordo collettivo istitutivo della forma pensionistica complementare sempreché risultino affiliati all'organizzazione sindacale firmataria ⁽⁷⁴⁾.

In linea generale, lo schema fin qui delineato si presenta analogo, almeno sul piano dei concetti, negli enti bilaterali ⁽⁷⁵⁾: alla fase volontaria dell'istituzione deducibile dall'autonomia contrattuale, si accompagna quella della volontarietà all'adesione al regolamento contrattuale, ad opera delle imprese datrici di lavoro nel settore di riferimento ⁽⁷⁶⁾ cui consegue l'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dal contratto, ivi compreso quello contributivo ⁽⁷⁷⁾. Da questo profilo, se sussiste una differenza con i fondi di previdenza complementare, essa attiene al canale di finanziamento che è riferibile all'impresa ⁽⁷⁸⁾ e non al singolo lavoratore.

La questione che interessa i citati fondi di previdenza complementare o gli enti bilaterali sull'irrisolto nodo dell'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva non assume però rilevanza nell'analisi dei Fondi interprofessionali per la formazione continua cui è la legge ad

⁽⁷³⁾ Anteriormente all'emanazione del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, già qualche commentatore, sosteneva l'ammissibilità di introdurre, ad opera delle fonti istitutive, meccanismi di silenzio assenso (v. PANDOLFO A., *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare in Dir. Prat. Lav.*, 1993, 13, X).

⁽⁷⁴⁾ Semmai la questione dell'assenso datoriale assume rilievo nel caso di accordo aziendale che istituisce il fondo pensione.

⁽⁷⁵⁾ La tendenza oramai espansiva della bilateralità trova conferma nella sempre maggiore ampiezza dell'intervento cui essa è chiamata ad intervenire (servizi per l'impiego, ammortizzatori sociali, formazione professionale, mercato del lavoro, welfare aziendale) per scelta autonoma delle parti sociali o per valutazione del legislatore. Cfr. BELLARDI L., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettiva* in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 8 e ss.. Sulla rilevanza della bilateralità negli ammortizzatori contrattuali o nel welfare aziendale v. *infra* in questa stessa Parte, rispettivamente capitolo secondo e quarto.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. MARTINENGO G., *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in LD, 2003, 180 secondo cui gli enti bilaterali si presentano sì di derivazione contrattuale, ma essendo perciò contrattualmente obbligatori per le aziende di fatto, almeno in prima battuta, l'efficacia appare circoscritta alle aziende iscritte alle parti datoriali stipulanti.

⁽⁷⁷⁾ Intanto traspare l'acquisita consapevolezza che l'ente bilaterale per erogare le prestazioni individuate dalla contrattazione collettiva debba essere alimentato da contributi al cui obbligo soggiacciono i datori di lavoro che volontariamente si sottopongono all'applicazione del regolamento contrattuale. Trattandosi di un obbligo che discenderebbe da norme dei contratti collettivi istitutive degli enti bilaterali e, come tali, rientranti nelle clausole cd. obbligatorie, è controverso se esse debbano ritenersi vincolanti per i datori di lavoro. La soluzione individuata dall'art. 10, della legge 14 febbraio 2003, n. 30, che ha sostituito l'art. 3, decreto legge 22 marzo 1993, n. 71, in base alla quale «per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», pone fine alle numerose perplessità emerse in sede giurisprudenziale (cfr. Cass. Civ. 10 maggio 2001, n. 6530 in *Mass. Giur. It.*, 2001; Pret. Verona 10 settembre 1997 in *RIDL*, 1998, II, 468 con nota di BELLAVISTA A.) e dottrinale (per tutti, M. MISCIONE, *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, 2577; BELLAVISTA A., *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, 468). Sulla nuova disciplina, si v. TIRABOSCHI M., *Il sostegno alla contrattazione collettiva e alla bilateralità nella riforma Biagi: alcune osservazioni critiche sull'articolo 10 della legge 14 febbraio 2003*, n. 30 in *Guida Lavoro*, 2003; BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 38 e ss..

⁽⁷⁸⁾ Secondo VALLEBONA A., *Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare*, in *DRI*, 2006, 1048 la contribuzione per il finanziamento degli enti bilaterali non è una quota associativa, bensì una quota contrattuale di servizio compensativa dell'attività degli enti bilaterali.

assegnare specifiche funzioni ⁽⁷⁹⁾. In questo caso, la mancata applicazione del contratto collettivo non esime il datore dall'obbligo di versare il contributo integrativo, presentandosi come obbligatorio per effetto della previsione di cui all'art. 118, comma 5, della legge 23 dicembre 2000, n. 388. Tant'è che in caso di mancata adesione ad un Fondo autorizzato permane a carico del datore di lavoro l'obbligo di versare i contributi alla pubblica amministrazione. In sostanza, si può ritenere che l'obbligo di contribuzione non discenda dal vincolo derivante dall'applicazione del contratto collettivo. Rispetto alla tradizionale impostazione sulla bilateralità e, più in generale, della relazione tra fonti legali e contrattuali, la questione invade il campo di indagine della dimensione oggettiva del contratto collettivo: nel caso dei Fondi interprofessionali, il datore di lavoro è libero di aderire al Fondo del proprio ambito di appartenenza, ma resta libero di aderire anche ad un Fondo interprofessionale diverso da quello istituito dal proprio settore merceologico nonché di decidere di trasferire ad un altro Fondo il settanta per cento delle somme versate nel triennio antecedente, al netto dell'ammontare eventualmente già utilizzato per il finanziamento dei propri piani formativi (cfr. l'art. 19, comma 7 *bis*, decreto legge 28 novembre 2008, n. 185 che esclude dalle quote da trasferire i versamenti del datore di lavoro riversati dall'Inps al Fondo di provenienza prima del 1° gennaio 2009) ⁽⁸⁰⁾.

4. Il modello di *governance* e il sistema *two-tier system* «di tipo orizzontale».

Altro elemento da considerare riguarda il coinvolgimento degli attori sociali nella vita del fondo e quindi di una fase che va al di là dell'iniziale momento costitutivo. Non può trascurarsi la funzione di garanzia che le parti sociali svolgono per il tramite degli organi paritetici e consultivi, individuati negli accordi collettivi e recepiti nelle fonti regolamentari delle forme pensionistiche complementari ⁽⁸¹⁾. Nell'ambito della classificazione dei modelli di *corporate governance* in funzione del diverso grado di separazione tra proprietà e controllo e del diverso modo in cui essa opera, i fondi pensione negoziali si possono far rientrare nello schema del «*two-tier system*» nel quale il potere di gestione e di controllo è devoluto a due organi separati: il «*supervisory board*» (consiglio di sorveglianza), nominato dall'assemblea e privo di poteri

⁽⁷⁹⁾ Precisamente «funzioni a rilevanza pubblica», trattandosi di attività formative rivolte prevalentemente (se non esclusivamente) a lavoratori occupati che richiedono il coinvolgimento diretto delle stesse parti che regolano il rapporto di lavoro (PROIA G., *I fondi interprofessionali per la formazione continua: natura, problemi e prospettive*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 2006, 474).

⁽⁸⁰⁾ SQUEGLIA M., *Contribuzione dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua e ricorso all'art. 6, comma 2, d.l. n. 78 del 2010*, in *DRI*, 2, 2012, 544e ss..

⁽⁸¹⁾ Secondo l'OCSE la struttura di *governance* dovrebbe assicurare un'adeguata suddivisione delle regole di responsabilità operative e di controllo nonché per coloro a cui fanno capo il dovere di rispondere del proprio operato e requisiti di adeguatezza (OCSE, *Linee Guida Ocse per la governance dei fondi pensione*, luglio, 2002).

esecutivi, che approva il bilancio, nomina, controlla e revoca il «*management board*» (consiglio di gestione) che è invece l'organo con responsabilità meramente esecutive ⁽⁸²⁾.

Che la forma pensionistica si presenti originale rispetto al tradizionale schema civilistico dell'associazione, ne sono prova le previsioni legislative sulla composizione degli organi della vita associativa e, in particolare, del consiglio di amministrazione e di controllo. L'istituzione di organi di indirizzo, amministrazione e di controllo, peraltro investiti di un importante ruolo di coordinamento tra i diversi operatori coinvolti nell'attività del fondo, deve essere vista con funzione di tutela verso i partecipanti. Il legislatore non si è distaccato da questa impostazione nemmeno per quel che concerne la figura di responsabile della forma pensionistica complementare che, secondo l'art. 5, commi 2 e 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, «[...] svolge la propria attività in modo autonomo e indipendente, riportando direttamente all'organo amministrativo della forma pensionistica complementare relativamente ai risultati dell'attività svolta [...] verifica che la gestione della stessa sia svolta nell'esclusivo interesse degli aderenti, nonché nel rispetto della normativa vigente e delle previsioni stabilite nei regolamenti e nei contratti; sulla base delle direttive emanate da Covip provvede all'invio di dati e notizie sull'attività complessiva del fondo richieste dalla stessa Covip». In ciò non pare possa dedursi la possibilità di optare per una struttura collegiale, anziché individuale.

Che poi questo apparato organizzatorio si traduca in «concreto in un rafforzamento della separazione patrimoniale e dei vantaggi ad essa legati dipende dall'effettivo funzionamento dei sistemi di *accountability* e delle regole di responsabilità per lo più associate a queste discipline» ⁽⁸³⁾. A questo riguardo, la Commissione di Vigilanza ha richiamato l'attenzione dei componenti gli organi collegiali sulla necessità che l'assetto organizzativo interno del fondo, con particolare riferimento al sistema informativo ed a quello delle rilevazioni contabili e gestionali, nonché alle risorse umane incaricate di curare le funzioni operative e di controllo, sia configurato in modo adeguato alle caratteristiche del fondo e, comunque, tale da assicurare che lo svolgimento delle attività gestionali avvenga nel rispetto dei criteri di sana e prudente gestione ⁽⁸⁴⁾.

L'art. 5, comma 1, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, impone la pariteticità della rappresentanza tra lavoratori e datori di lavoro sia per la partecipazione negli organi di

⁽⁸²⁾ Siffatto modello si distingue da quello denominato «*one-tier system*» che prevede un unico organo di governo, nominato dall'assemblea, al quale sono conferite le funzioni di gestione dell'azienda e di controllo della gestione. In specie, l'organo rilevante è il «*board of directors*» in cui si rinviengono sia gli «*executive directors*», espressione del *management*, sia i «*non executive directors*», espressione invece degli azionisti e responsabili del ruolo di controllo (tramite ad esempio i comitati per le nomine e la remunerazione del management o per il funzionamento del controllo interno). Tali sistemi sono tipici soprattutto dei paesi anglosassoni (sul tema cfr. FERRARIS FRANCESCHI R., *Il percorso scientifico dell'economia aziendale*, Torino, 1994, CERIANI G., *Lezioni di Economia Aziendale*, Padova, 1996).

⁽⁸³⁾ CAFAGGI F., IAMICELI P., *I patrimoni separati nella previdenza complementare: scenari attuali e prospettive di riforma*, in *Banca Impresa e Società*, 2004, I, 19.

⁽⁸⁴⁾ Deliberazione Covip 4 dicembre 2003 in G.U. del 16 dicembre 2003 n. 291.

amministrazione sia per quelli di controllo dei fondi pensione negoziali ⁽⁸⁵⁾, ivi comprese le fondazioni di previdenza complementare ⁽⁸⁶⁾. L'applicazione del criterio della pariteticità è interpretato come uno degli elementi fondativi del modello di *governance* dei fondi pensione, giustificato dalla necessità di assicurare pari dignità e pari potere a tutti i soggetti che contribuiscono al finanziamento della forma pensionistica ⁽⁸⁷⁾. E' certo che la regola della pariteticità assume una peculiare posizione, ancorché non impedisca la paralisi operativa ove sia presente uno *empasse* decisionale di cui sia responsabile l'organo di amministrazione ⁽⁸⁸⁾.

Il medesimo comma 1, ultimo periodo, dell'art. 5 stabilisce che «Per la successiva individuazione dei rappresentanti dei lavoratori è previsto il metodo elettivo secondo modalità e criteri definiti dalle fonti costitutive» ⁽⁸⁹⁾. La norma costituisce un principio inderogabile che rende non ammissibili eventuali previsioni che dispongano la nomina diretta di una quota dei componenti degli organi del fondo pensione da parte delle organizzazioni sindacali firmatarie delle fonti istitutive ⁽⁹⁰⁾. Peraltro, la definizione di strutture minime di rappresentanza e di tutela delle minoranze dovrebbe avvenire a livello di formazione primaria o secondaria, attribuendo all'autonomia collettiva il compito di specificarne l'assetto ovvero di scegliere tra una o più soluzioni alternative, spettando all'autorità di vigilanza il controllo sulle modifiche (statutarie e regolamentari) apportate ⁽⁹¹⁾.

La creazione del patrimonio di destinazione, che costituisce patrimonio separato del fondo pensione, sebbene segua un sentiero che conserva i tratti della tipizzazione, non preclude l'applicazione rigorosa della disciplina delle regole societarie prevista a garanzia dei soci e dell'integrità del patrimonio ai sensi degli artt. 2392, 2393, 2394, 2394 *bis*, 2395 e 2396 del c.c. (cfr. a riguardo l'art. 5, comma 7, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252) ⁽⁹²⁾. In specie, assume rilievo l'azione di responsabilità di cui all'art. 2393, c.c. che ammette la reintegrazione

⁽⁸⁵⁾ L'obbligo, come noto, non sussiste per i fondi pensioni aperti di cui all'art. 12 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 e per le forme pensionistiche individuali di cui all'art. 13 del medesimo decreto.

⁽⁸⁶⁾ TURSI A., *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche* ...op. cit., 285 e ss..

⁽⁸⁷⁾ Per quelle caratterizzati da contribuzione unilaterale a carico dei lavoratori, la composizione degli organi collegiali risponde al criterio rappresentativo di partecipazione delle categorie e raggruppamenti interessati.

⁽⁸⁸⁾ In assenza di previsioni normative, la maggioranza delle fonti statutarie e regolamentari dei fondi pensione negoziali riconoscono valore doppio al Presidente in caso di parità di voti. Sulla stessa lunghezza d'onda v. anche Delibera Covip 18 giugno 1997, titolo III, punto 6, comma 4.

⁽⁸⁹⁾ Per l'individuazione dei soggetti competenti a designare, per la parte datoriale, i componenti dei primi organi collegiali dei fondi pensione per i pubblici dipendenti, si v. il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 ottobre 2008.

⁽⁹⁰⁾ Si consideri che è lasciata all'autonomia statutaria del fondo pensione la possibilità di consentire ai familiari, fiscalmente a carico dell'iscritto, aderenti ai sensi dell'art. 8, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, la partecipazione all'elezione degli organi collegiali dei fondi pensione negoziali e preesistenti, purché abbiano raggiunto la maggiore età (cfr. risposta Covip quesito novembre 2013).

⁽⁹¹⁾ CAFAGGI F., IAMICELI P., *I patrimoni separati nella previdenza complementare*...op. cit., I, 32.

⁽⁹²⁾ V. conformemente la tesi di 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*, 2006, 349 e ss.. Secondo l'autore «l'estensione delle regole societarie al gracile corpo del Fondo pensione deve spingere a collaudare prassi condivise che eliminino il più possibile i rischi di instabilità sia per il fondo sia per il percorso pensionistico degli aderenti».

del patrimonio del fondo pensione a carico degli amministratori responsabili per i danni eventualmente arrecati a seguito dell'attività gestoria e la responsabilità degli amministratori sulla base dell'art. 2395, c.c. nei confronti degli aderenti ⁽⁹³⁾.

5. Previdenza complementare di fonte contrattuale e art. 39, Cost.: il diverso ruolo dell'autonomia collettiva sui fondi pensione cd. aperti.

Il sistema della previdenza complementare, così come erompe dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, resta comunque caratterizzato per la centralità del ruolo svolto dall'autonomia collettiva, ancorché si è già riferito della volontà di garantire all'autonomia uno spazio che rimane comunque notevole, sebbene non più privilegiato, in coerenza con l'affermata evoluzione policentrica della previdenza complementare.

Peraltro, in seguito alla nota pronuncia della Corte Costituzionale ⁽⁹⁴⁾, di cui si dirà in seguito, eventuali limiti e vincoli addotti all'autonomia collettiva ad opera del legislatore specie in materia di accesso ai trattamenti di previdenza complementare sono giustificati sulla convinzione che essi sono confermativi dell'esistenza di un nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare e sulla base della considerazione che l'autonomia collettiva non esclude la configurazione di limiti legali, dovendo temperarsi ovvero piegarsi al fine di soddisfare i bisogni socialmente rilevanti della generalità ⁽⁹⁵⁾.

Coerentemente a questo angolo visuale occorre allora esaminare la previsione che sancisce la facoltà di adesione ai fondi pensione aperti «su base contrattuale collettiva», oltre che naturalmente su base individuale (art. 12, comma 2, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252). L'espressione richiama evidentemente meccanismi di carattere contrattuale a valenza collettiva che sono immediatamente riscontrabili negli accordi e contratti collettivi di lavoro e che, comunque, presuppongono un incontro delle volontà dei soggetti rappresentativi della parte datoriale e dei lavoratori. Pensati inizialmente come anello di chiusura del sistema complementare, posto che l'art. 9, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 ne condizionava l'adesione all'insussistenza o inoperatività di fonti istitutive della previdenza

⁽⁹³⁾ Cfr. RIGHINI E., *La responsabilità per la gestione dei fondi pensione*, in *Banca, Impresa e Società*, n. 3, 436; CAFAGGI F., IAMICELI P., *I Fondi pensione: struttura di governo e regole di responsabilità*, in *Quaderni Mefop*, 5, 2002, 20; SQUEGLIA M., *Gestione finanziaria dei fondi pensione negoziale tra vincolo previdenziale, massimizzazione dei rendimenti e modelli alternativi di gestione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 5, 2011, 345 e ss..

⁽⁹⁴⁾ Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393 in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 955.

⁽⁹⁵⁾ Sul punto diffusamente, SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in R. PESSI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Tomo I, Torino, 2013, 35.

complementare, i fondi aperti competono ora sul medesimo mercato alla pari con le altre forme pensionistiche ⁽⁹⁶⁾.

Essi originano per specifica iniziativa dei singoli operatori finanziari e assicurativi, senza alcuna previsione di riferimento ad una base contrattuale. L'art. 12, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 si limita a consentire l'istituzione di un fondo destinato esclusivamente all'adesione (individuale e volontaria) degli appartenenti ad una «collettività» di lavoratori subordinati o autonomi delimitata in ragione dei criteri più vari.

Alla base di questa istituzione non sussiste però alcuna iniziativa delle parti sociali protesa a realizzare una copertura previdenziale a favore di una determinata platea di possibili destinatari.

E' stato efficacemente sostenuto che nei fondi pensione aperti la fonte istitutiva non si basa, come nei fondi ordinari, su una correlazione fra beneficiari e promotori, dal momento che questi ultimi non sono soggetti collettivi esponenziali dei destinatari bensì si identificano semplicemente come «gestori». Si intende alludere al rinvio dell'art. 12, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, ai fini dell'individuazione dei soggetti promotori dei fondi pensione aperti, ai soggetti di cui all'art. 1, comma 1, lett. e) e o), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (ad esempio, società di intermediazione mobiliare, ecc.), all'art. 1, comma 2, lett. d), del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (banche autorizzate in Italia e, infine, all'art. 1, comma 1, lett. u), del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (impresa di assicurazione autorizzata in Italia ovvero impresa di assicurazione italiana).

In tutti questi casi, il singolo operatore provvede con una delibera del consiglio di amministrazione ad istituire un fondo, approvando l'apposito regolamento: a differenza dei fondi pensione di fonte contrattuale non si viene a determinare la nascita di un soggetto autonomo, ma il fondo si costituisce all'interno del patrimonio del soggetto promotore. Le parti sociali possono così decidere, attraverso un accordo collettivo, di prevedere l'adesione ad un fondo aperto, anziché ricorrere alla costituzione di un fondo di natura contrattuale e sindacale. Questi accordi non devono, però, essere confusi con i contratti o gli accordi collettivi istitutivi della forma pensionistica di cui all'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252: nel caso dei fondi aperti è soggetto istitutore soltanto il soggetto imprenditoriale gestore del fondo così come non vi è distinzione tra fonte istitutiva e fonte costitutiva del fondo, identificandosi funzionalmente entrambe nella delibera di adozione del regolamento del fondo.

⁽⁹⁶⁾ Secondo la Covip, la possibilità di attivare tali forme collettive anche mediante regolamenti di enti o aziende potrà essere tutt'al più valutata in specifiche situazioni in cui non solo i rapporti di lavoro dei dipendenti non siano disciplinati, nemmeno in via indiretta, da accordi o contratti collettivi di lavoro, ma anche nel caso in non esista una prassi di relazioni sindacali alla quale fare riferimento per il conseguimento del «consenso» all'attivazione della forma pensionistica collettiva e non si versi, comunque, in un ambito in cui siano praticabili altre soluzioni previste dalla normativa per l'attivazione di forme pensionistiche collettive (Documento Covip approvato nella seduta del 25 settembre 2001).

Considerata la delicatezza riconducibile all'adesione di un fondo pensione aperto, il legislatore ha subordinato il momento della promozione alle regole che presiedono alla sollecitazione del pubblico risparmio ⁽⁹⁷⁾ nonché ha sganciato la struttura di *governance* dei fondi aperti dalle regole generali previste per i fondi pensione negoziali ⁽⁹⁸⁾.

6. L'impianto regolatorio degli incentivi contributivi e (lato sensu) fiscali quale effetto dell'accantonamento del «risparmio non disponibile».

Il regime contributivo e tributario accordato alle forme pensionistiche complementari si presenta «speciale», trattandosi di risparmio che ha bisogno di regole rigorose, vincoli specifici e percorsi obbligati. A tale risultato non si sarebbe potuti pervenire se non distinguendo tra il «risparmio previdenziale», consistente in quella parte di reddito non consumata che è finalizzata alla copertura dei rischi protetti dall'art. 38 della Cost., e «risparmio finanziario» (o risparmio *tout court*), intendendo per esso quella parte di reddito non consumato che non costituisce un mera tesaurizzazione, ma è utilizzato per investimento, rientrando nella diversa tutela costituzionale di cui all'art. 47, della Costituzione ⁽⁹⁹⁾.

Ciò che distingue la previdenza privata dal risparmio volontario è dunque «il vincolo di destinazione» che il fine previdenziale imprime all'accantonamento. Scrive una nota dottrina ⁽¹⁰⁰⁾ che «la promozione del secondo pilastro previdenziale, è coerente laddove il risparmio sia funzionale a sostituire, seppur in parte, la previdenza obbligatoria che restringe la sua area di protezione...». Anticipando quanto si dirà profusamente nelle pagine successive, si tratta di una funzione confermata nella lunga serie di norme emanate negli anni che mentre devolvono al risparmio volontario il compito di giungere ad una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di risparmio, assegnano all'accantonamento previdenziale un vincolo oggettivo, rappresentato dalla protezione del lavoratore dai rischi di diminuzione (o perdita) della capacità di lavoro e guadagno. La finalità non è dunque quella di aumentare il volume complessivo di risparmio, quanto piuttosto quello di indirizzare il risparmio esistente verso l'impiego previdenziale, accordando ad esso un regime più favorevole rispetto ad impieghi alternativi.

⁽⁹⁷⁾ Il riferimento è alla vigente legge 28 giugno 2005, n. 262, rubricata «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari».

⁽⁹⁸⁾ Le principali deviazioni al modello tradizionale attengono precipuamente l'individuazione di un responsabile del Fondo aperto, nominato dal consiglio di amministrazione della società e di un organismo di sorveglianza, inizialmente designato dai soggetti istitutori dei fondi medesimi per un incarico non superiore ad un biennio (cfr. art. 5, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252). In linea generale sul ruolo delicato del responsabile del fondo pensione aperto, si rinvia a SQUEGLIA M., *La figura del responsabile del fondo pensione aperto quale interprete di interdisciplinarietà in Diritto&Diritti*, settembre 2002, ISSN 1127-8579.

⁽⁹⁹⁾ MARCHETTI F., *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997, 2.

⁽¹⁰⁰⁾ PESSI R., *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento* in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 328.

Va tuttavia detto che incoraggiare questo tipo di risparmio significa anche favorire una forma di opportunismo (il c.d. *moral hazard*) da parte di chi sceglie di non risparmiare in modo adeguato per la propria vecchiaia, contando di fare affidamento sulla previdenza obbligatoria ⁽¹⁰¹⁾.

E' chiaro, allora, che dall'opzione sull'inquadramento costituzionale del cosiddetto «risparmio previdenziale» dipende sia il trattamento fiscale delle somme accumulate dalle forme pensionistiche complementari sia l'imponibilità delle medesime dal punto di vista contributivo.

Proprio su quest'ultimo versante, l'intero importo dei contributi versati dal datore di lavoro alle forme pensionistiche complementari è deducibile sul piano fiscale dal reddito di impresa come costo di lavoro dipendente, in coerenza con il principio secondo cui tutto ciò che il lavoratore riceve (direttamente o indirettamente), in relazione al proprio rapporto di lavoro, costituisce reddito di lavoro dipendente. Sulle contribuzioni o somme a carico del datore di lavoro destinate alla previdenza complementare, diverse da quella costituita dalla quota di accantonamento al trattamento di fine rapporto, l'art. 16, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 dispone la detassazione della contribuzione ordinaria e la contestuale applicazione di un contributo di solidarietà, peraltro, già previsto dall'art. 9 bis, del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito con modificazioni, dalla legge del 1 giugno 1991, n. 166.

Sul piano fiscale, assumono invece particolare interesse gli aspetti che caratterizzano il rapporto tra i soggetti iscritti alla forma di previdenza complementare e i rispettivi enti gestori: a) il trattamento tributario dei contributi versati; b) la tassazione delle prestazioni; c) il regime tributario del fondo pensione. Rispetto al previgente regime ⁽¹⁰²⁾, quello introdotto si presenta informato a criteri di regressività del prelievo in quanto incrementa i vantaggi fiscali con l'aumentare del reddito percepito sia per le contribuzioni sia per le prestazioni erogate.

Che tali misure siano anche efficaci, è però controverso in dottrina. In questa sede è sufficiente segnalare «che diversi studi mostrano un'incapacità della leva fiscale di sollecitare la partecipazione da parte degli individui più giovani, a basso reddito, con rapporti di lavoro saltuari., rischiando di tradursi per lo più in *bonus*, particolarmente costoso per la collettività, a favore di soggetti più agiati che risparmierebbero comunque» ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ GIANNINI S., GUERRA M. C., *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare* in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Europa*, Bologna, 2006, 477; PACE D. (a cura di), *Il risparmio previdenziale ed i fondi pensione*, Milano, 1993.

⁽¹⁰²⁾ Per un'analisi del quadro tributario antecedente al d.lgs. n. 47 del 2000, v. MARCHETTI F., *Il regime fiscale della previdenza complementare*, in *Bancaria*, n. 11, 1995.

⁽¹⁰³⁾ GIANNINI S., GUERRA M. C., *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare* in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 477.

6.1. La contribuzione di solidarietà per le somme a carico dei datori di lavoro destinate a finalità di previdenza complementare.

Come noto, l'art. 12, della legge 30 aprile 1969, n. 153 nello stabilire la regola dell'omnicomprensività della retribuzione («tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura in dipendenza del rapporto di lavoro») individuava alcune eccezioni, tra le quali non figuravano le somme destinate al finanziamento dei fondi di previdenza complementare. In assenza di disposizioni legislative, intervenute solo agli inizi degli anni Novanta, la questione aveva trovato una soluzione nell'ambito della giurisprudenza di merito la quale, partendo dal dato dell'autonomia del fondo pensione rispetto al rapporto di lavoro, escludeva che le somme versate fossero assoggettate a contribuzione in quanto esse stesse già rappresentavano un contributo in quanto finanziavano fondi che erogavano prestazioni previdenziali ⁽¹⁰⁴⁾. Da alcuni commentatori era evidenziato come i datori di lavoro e i lavoratori, iscritti a forme di previdenza complementare, fossero già sottoposti ad imposizione fiscale in ordine alle prestazioni complementari, oltre a contribuire solidariamente al regime generale previdenziale pubblico. Ragione per cui l'imposizione di un ulteriore contributo ai datori di lavoro avrebbe contrastato con la direttiva costituzionale che impone di favorire la previdenza integrativa privata, rispettandone la libertà e il risparmio in tutte le sue forme (artt. 38, comma 5, e 47, Cost.) ⁽¹⁰⁵⁾.

La Corte Costituzionale ⁽¹⁰⁶⁾, chiamata a pronunciarsi sulla questione, pur ammettendo in prima battuta che le somme versate al fondo non erano assoggettabili a contribuzione, giacché la previdenza privata integrativa doveva essere incoraggiata, anche in ossequio alla disciplina comunitaria, finiva per sostenere che il principio di solidarietà di cui all'art. 2, della Cost. non consentiva che il suo finanziamento, soprattutto se alimentato da redditi medio-alti, fosse interamente esentato da una forma di contribuzione della previdenza pubblica. Al fine di porre rimedio alla vicenda secondo le indicazioni dei giudici della Consulta, l'art. 9 bis del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito con modificazioni, dalla legge del 1 giugno 1991, n. 166 e, successivamente l'art. 12 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 e l'art. 16 del 5 dicembre 2005, n. 252 (nel riproporre il contenuto delle disposizioni recate dall'art. 9 bis) hanno finito per stabilire che «fermo restando l'assoggettamento a contribuzione ordinaria nel regime obbligatorio di appartenenza di tutte le quote ed elementi retributivi di

⁽¹⁰⁴⁾ Sulla complessa vicenda del «contributo sul contributo», v. ad esempio, Trib. Firenze 8 maggio 1988 in *RIDL*, II, 238; Trib. Milano 25 marzo 1987 in *OGL*, 1987, 532.

⁽¹⁰⁵⁾ PERSIANI M., *Previdenza pubblica e privata*, relazione al XIII congresso AIDLASS Ferrara, 11-13 maggio 2000, Milano, 2002, 38. Di diverso parere PESSI R., *Una lezione di etica alla politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, nota a Corte Costituzionale, 28 luglio 2000, n. 393 in *MGL*, 2000, 8/9, 968.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427 in *AC*, 1991, 535.

cui all'art.12 della legge 30 aprile 1969, n.153 e successive modificazioni, anche se destinate a previdenza complementare a carico del lavoratore, sulle contribuzioni o somme a carico del datore di lavoro, diverse da quella costituita dalla quota di accantonamento al TFR, destinate a realizzare le finalità di previdenza pensionistica complementare, è applicato il contributo di solidarietà previsto nella misura del 10 per cento»⁽¹⁰⁷⁾.

Rispetto a quanto disposto all'art. 6, comma 4, *lettera f)* del decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 314, ultima disposizione intervenuta nel tempo a disciplinare il contributo di solidarietà per finanziamenti datoriali alla previdenza complementare, la odierna disposizione non contempla più, al fine dell'applicazione della particolare tipologia di contribuzione in questione, l'elemento della previsione contrattuale collettiva di realizzazione delle finalità di previdenza complementare con versamenti a carico del datore di lavoro. La norma prevede come unico elemento determinante a fondare l'applicazione del particolare regime contributivo delle contribuzioni la destinazione a finalità di previdenza complementare⁽¹⁰⁸⁾. Permane tuttavia il dubbio, peraltro sottolineato da una parte della dottrina a proposito delle Casse edili⁽¹⁰⁹⁾, se i contributi versati alle forme pensionistiche complementari e le relative prestazioni siano oramai parte della previdenza pubblica e, in definitiva, sulla funzione previdenziale ad essi devoluta.

6.2. Il trattamento tributario dei contributi versati.

Circa la deducibilità dei contributi dal lavoratore e dal datore di lavoro alle forme di previdenza complementare, essi sono considerati deducibili dal reddito complessivo fino ad un limite di 5.164,57 euro, con la possibilità, per il contribuente, di comunicare alla forma pensionistica complementare, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui è stato effettuato il versamento (ovvero, se antecedente, alla data in cui sorge il diritto alla prestazione), la parte dei contributi versati non dedotta o che non sarà dedotta in sede di dichiarazione dei redditi.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. circ. Inps 2 luglio 2007, n. 98. Per l'applicazione del contributo di solidarietà anche per i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, v. il recente messaggio Inps 30 maggio 2013, n. 8831.

⁽¹⁰⁸⁾ Ai sensi del comma 2 dell'art. 16 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 una percentuale pari all'1 per cento del gettito del predetto contributo di solidarietà deve confluire presso l'apposito Fondo di garanzia previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, istituito mediante evidenza contabile nell'ambito della gestione delle prestazioni temporanee dell'Inps, e apprestato contro il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento da parte dei datori di lavoro sottoposti a procedura di fallimento, di concordato preventivo, di liquidazione coatta amministrativa ovvero di amministrazione controllata.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. MISCIONE M., *Il sostegno al reddito negli enti bilaterali* in DPL, 1997, 36, 2579 secondo cui «la previsione di un contributo previdenziale, anche se forfettario conferma in modo non equivoco che queste prestazioni fanno parte del trattamento retributivo in senso ampio: altrimenti l'assoggettamento a contribuzione sarebbe privo di qualunque giustificazione».

Il modello individuato è quello della contribuzione definita sia per le forme previdenziali complementari collettive sia per quelle individuali. La comunicazione dei contributi e dei premi non dedotti deve essere resa dalla persona per la quale è aperta la posizione previdenziale e, quindi, eventualmente anche dal familiare a carico, precisando che l'ammontare complessivo delle somme non dedotte dall'iscritto non sono state dedotte neanche dal soggetto di cui è a carico ⁽¹¹⁰⁾.

Per i lavoratori di prima occupazione successiva alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, è stato introdotto, limitatamente ai primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari, un regime di favore in quanto viene loro consentito, nei venti anni successivi al quinto anno di partecipazione a tali forme, dedurre dal reddito complessivo contributi eccedenti il limite di 5.164,57 euro per un importo pari alla differenza positiva tra 25.822,85 euro e i contributi effettivamente versati nei primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari e, comunque, per un importo non superiore a 2.582,29 euro annui. In caso di adesione a forme di previdenza complementari collettive quelle individuali risultano deducibili in via residuale e cioè per la parte non impegnata nelle prime ⁽¹¹¹⁾.

Ove siano versati contributi a favore di persone fiscalmente a carico, spetta al soggetto nei confronti del quale dette persone sono a carico la deduzione per l'ammontare non dedotto dalle persone stesse, fermo restando, in ogni caso, l'importo complessivamente stabilito di 5.164,57 euro ⁽¹¹²⁾. Infine, anche le somme versate dall'iscritto per reintegrare la propria posizione individuale, nel caso abbia usufruito delle anticipazioni della posizione individuale maturata, consentite per talune situazioni espressamente previste, concorrono a formare l'importo annuo dei contributi complessivamente deducibili, secondo il limite assoluto, già evidenziato in precedenza.

6.3. La tassazione dei rendimenti e delle prestazioni.

Nella fase di accumulo, i redditi finanziari (di capitale e diversi) percepiti dai fondi pensione (negoziali o aperti) sono soggetti a tassazione per il tramite di un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura dell'11 per cento applicata sul risultato netto annualmente maturato in ciascun periodo di imposta.

⁽¹¹⁰⁾ Ai fini del computo del menzionato limite si tiene conto anche delle quote accantonate dal datore di lavoro ai fondi di previdenza di cui all'art. 105, comma 1, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

⁽¹¹¹⁾ Ciò significa che i contributi versati nell'anno devono essere sommati per verificare il rispetto dei limiti di deducibilità.

⁽¹¹²⁾ Su tale opportunità si v. la recente risposta Covip dell'8 novembre 2013.

Diverso è il trattamento fiscale previsto per le prestazioni pensionistiche complementari, tanto se erogate in forma di rendita quanto in forma di capitale. Rispondendo alla natura di risparmio previdenziale, la disciplina si presenta sostanzialmente unitaria, segnatamente funzionalizzata a prolungare nel tempo la permanenza nella previdenza complementare.

In particolare, per le prestazioni in forma di rendita, esse sono imponibili per il loro ammontare complessivo, al netto della parte corrispondente ai redditi già assoggettati ad imposta (premi non dedotti dal reddito e rendimenti finanziari). Il regime è ispirato al principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali in base al quale l'onere impositivo cade solo nel momento finale dell'erogazione della prestazione pensionistica complementare. Sono altresì soggetti a tassazione, se determinabili, i rendimenti finanziari conseguiti successivamente alla maturazione del diritto di percezione della prestazione pensionistica in forma periodica ai quali si applica un'imposta sostitutiva con l'aliquota del 12,5 per cento.

Le prestazioni in capitale non possono essere corrisposte per un importo complessivamente non superiore al 50 per cento del montante finale accumulato.

Nel computo dell'importo complessivo erogabile sotto forma di capitale vengono detratte le somme erogate a titolo di anticipazione per le quali non si sia provveduto al reintegro. Inoltre, nel caso in cui la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70 per cento del montante finale risulti inferiore al 50 per cento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, commi 6 e 7, della legge 8 agosto 1995, n. 335, la stessa può essere erogata in capitale ⁽¹¹³⁾.

Sulle somme percepite a titolo di riscatto della posizione individuale, viene operata una ritenuta a titolo di imposta con l'aliquota del 15 per cento ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali. La ritenuta si applica sull'imponibile calcolato con le stesse modalità previste per le prestazioni erogate in forma di capitale. Sulle somme percepite a titolo di riscatto per cause diverse si applica una ritenuta a titolo di imposta del 23 per cento sull'imponibile calcolato con le stesse modalità previste per le prestazioni erogate in forma di capitale.

Le somme anticipate possono essere reintegrate, a scelta dell'aderente, in qualsiasi momento anche mediante contribuzioni annuali eccedenti il limite di 5.164,57 euro. Sulle eventuali somme eccedenti il predetto limite, corrispondenti alle anticipazioni reintegrate, è riconosciuto al contribuente un credito di imposta pari all'imposta pagata al momento della fruizione dell'anticipazione, proporzionalmente riferibile all'importo reintegrato.

⁽¹¹³⁾ Un diverso trattamento si applica ai cosiddetti vecchi iscritti che possono continuare a percepire la prestazione pensionistica, in forma di capitale, per l'intero importo maturato (purché lo statuto del fondo pensione di appartenenza lo consenta) e nel caso in cui la prestazione è corrisposta agli eredi.

Le operazioni di trasferimento delle posizioni pensionistiche – decorsi due anni dalla data di partecipazione ad una forma pensionistica complementare – sono esenti da ogni onere fiscale, a condizione che avvengano a favore di forme pensionistiche disciplinate dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

Sono altresì esenti da ogni onere fiscale i trasferimenti delle risorse o delle riserve matematiche da un fondo pensione o da una forma pensionistica individuale ad altro fondo pensione o ad altra forma pensionistica individuale.

6.4. Le misure compensative a favore delle imprese.

Restano da esaminare le misure finanziarie compensative per le imprese che, secondo il disposto dell'art. 10, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, sinteticamente si concretano in aumenti delle deduzioni fiscali, in un esonero dal versamento del contributo al fondo di garanzia, in compensazione del costo del lavoro attraverso la riduzione degli oneri impropri e, infine, in facilitazioni all'accesso al credito agevolato per le imprese.

Quale contropartita al conferimento del trattamento di fine rapporto alle forme pensionistiche complementari e al fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato del trattamento di fine rapporto, a favore delle imprese sono state previste alcune misure compensative. In specie, dal reddito di impresa viene considerato deducibile un importo pari al 4 per cento - importo elevato al 6 per cento per le imprese con meno di 50 addetti - del complessivo ammontare di trattamento di fine annualmente conferito; il datore di lavoro viene esonerato dal versamento del contributo destinato a finanziare il fondo di garanzia per il pagamento del trattamento di fine rapporto, nella stessa percentuale di trattamento di fine rapporto maturando complessivamente conferito; è, infine, sancita una riduzione, a partire dal 2008, del costo del lavoro attraverso un contenimento degli oneri impropri, sempre correlata al flusso di trattamento di fine rapporto maturando conferito.

7. Lo svolgimento di funzioni *extra* pensionistiche

Il modello della previdenza complementare non si presenta finalizzato unicamente ad assicurare rispettivamente adeguati livelli di copertura previdenziale, ma si presenta dischiuso allo svolgimento di funzioni anche diverse da quelle tradizionalmente loro assegnate. La questione, particolarmente significativa per il nostro tema di ricerca, merita di essere approfondito.

Le norme di riferimento attengono agli artt. 11, commi 4 e 7, e 14, comma 2, *lett. b) e c)* del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

L'art. 11, comma 4, consente alle forme pensionistiche complementari di prevedere che, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi, le prestazioni pensionistiche siano, su richiesta dell'aderente, consentite con un anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l'accesso alle prestazioni nel regime obbligatorio di appartenenza. In questo caso se, da un lato, è comprensibile la volontà del legislatore di assicurare all'aderente un sostegno economico nel periodo di non lavoro, anche in considerazione dell'indisponibilità del trattamento di fine rapporto conferito alla forma pensionistica, dall'altro, secondo alcuni autori ⁽¹¹⁴⁾ può risultare poco conforme ad essa la scelta di posticipare l'erogazione del trattamento «ad un momento significativamente successivo alla perdita dell'occupazione, quando l'esigenza di protezione del reddito si è già verificata e forse anche esaurita».

L'art. 14, comma 2, *lett. b) e c)* del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 ammette, in primo luogo, la possibilità di riscattare parzialmente, nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria. Presupposto comune a tutte le fattispecie individuate (inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, procedura di mobilità e cassa integrazione guadagni) è il verificarsi della cessazione del rapporto di lavoro.

Il riscatto di cui alla predetta norma è, quindi, ammissibile ogniqualvolta intervenga la cessazione del rapporto di lavoro e questa sia stata preceduta dall'assoggettamento lavoratore interessato ad una procedura di cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria, indipendentemente dalla durata della procedura medesima ⁽¹¹⁵⁾. Tuttavia, è da ritenersi consentito il riscatto per la predetta causale anche nel caso in cui, pur non intervenendo la cessazione del rapporto di lavoro, si determini, per effetto della cassa integrazione guadagni, una perdurante situazione di sospensione totale dell'attività lavorativa non inferiore a dodici mesi ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ TOZZOLI S., *Le prestazioni di previdenza complementare*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 759.

⁽¹¹⁵⁾ Per i concetti di Cassa Integrazione Guadagni, ordinaria e straordinaria, sia consentito rinviare a SQUEGLIA M., *Manuale del lavoro in crisi. Licenziamenti collettivi, integrazioni salariali, indennità di disoccupazione e di mobilità*, Torino, 2004, 54 e ss..

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. anche la Deliberazione Covip 28 novembre 2008.

Disoccupazione e ricorso all'integrazione salariale quali possibili motivazioni che inducono l'interessato a richiedere il riscatto parziale ai quali si aggiunge l'opportunità di riscattare totalmente la posizione individuale maturata nei casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi. Una facoltà che però non può essere esercitata nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari

Peraltro dall'impianto regolatorio (art. 14, comma 5 decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), non è neppure escluso la previsione di ulteriori cause di riscatto, anche della stessa tipologia di quelle espressamente elencate dal legislatore, la cui individuazione pratica è devoluta alle relative fonti statutarie e regolamentari sebbene penalizzate, sul piano tributario, rispetto alle generali ipotesi previste ⁽¹¹⁷⁾.

In materia di anticipazioni della posizione individuale maturata ⁽¹¹⁸⁾, l'art. 11, comma 7, lett. c), decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 consente di motivare una richiesta di anticipo «per un importo non superiore al 30 per cento per ulteriori esigenze degli aderenti»: la formula volutamente elastica non esclude la possibile richiesta anche di sostegno al reddito nei casi di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o di copertura sanitaria per i periodi di non lavoro ⁽¹¹⁹⁾. Ad ogni modo, le ipotesi se sono indicative dell'interesse del legislatore sulla tutela del sostegno del reddito del lavoratore, si sovrappongono a strumentazioni già in essere e finiscono per avvalorare la convinzione, da un lato, dell'omogeneità di funzioni tra previdenza pubblica e privata e, dall'altro, il venir meno della libertà della previdenza privata giacché «il riconoscimento di una finalità pubblicistica impone (va) l'identificazione di un modello legale di riferimento e la sua sostanziale inderogabilità» ⁽¹²⁰⁾.

In questa sede non può essere ignorata la disciplina dettata in tema di cedibilità, pignorabilità e sequestrabilità, attesa l'estensione della disciplina prevista per le prestazioni pensionistiche dei regimi pubblici obbligatori (in specie gli artt. 128 del regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito nella legge 6 aprile 1936, n. 1155, e dall'art. 2 del D.P.R. 5 gennaio 1955, n. 180) ai trattamenti complementari erogati sia in forma di rendita che di capitale e le anticipazioni per spese sanitarie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche a seguito di gravissime situazioni relative all'aderente (e al

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. PALLINI M., *La "mobilità" tra forme pensionistiche complementari...*, op. cit., 801.

⁽¹¹⁸⁾ Come è noto, la richiesta di anticipazione presuppone il possesso di un'anzianità di iscrizione alla forma pensionistica complementare di almeno otto anni mentre sull'importo erogato al netto dei redditi già assoggettati ad imposta si applica una ritenuta di imposta del 23 per cento (in generale, v. la Deliberazione Covip 10 febbraio 2011).

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto, si v. la Deliberazione Covip 10 febbraio 2011 secondo cui è sufficiente la richiesta dell'iscritto e il decorso del periodo minimo previsto, non dovendo la forma pensionistica effettuare alcuna indagine circa le motivazioni alla base della richiesta.

⁽¹²⁰⁾ PESSI R., *Una lezione di etica alla politica...* op. cit., 968 e ss..

coniuge o ai figli del medesimo) nel limite di un quinto (art. 11, comma 10, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

In effetti, anche precedentemente all’emanazione del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, in dottrina ⁽¹²¹⁾ si era ritenuto che l’art. 545, c.p.c. fosse estensibile anche ai trattamenti pensionistici complementari sulla base dell’assunto che essi fossero ricompresi fra «le altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego» in quanto aventi natura retributiva ⁽¹²²⁾.

La nuova previsione, secondo alcuni commentatori, non solo segna un’innovazione di rilevante portata rispetto alle previsioni del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, ma mostra come «il legislatore abbia assimilato i due tipi di previdenza nell’ottica dell’art. 38, comma 2, Cost., ritenendoli concorrenti nell’assicurare al lavoratore mezzi adeguati alle sue esigenze di vita», sebbene si presenti distonica ove si considerino le precise indicazioni della medesima Corte costituzionale ⁽¹²³⁾ in tema di rimodulazione dei limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità ⁽¹²⁴⁾ e, in particolare, la possibilità di considerare pignorabile la sola parte relativa all’ammontare «della pensione che eccede quanto necessario per le esigenze di vita del pensionato» ⁽¹²⁵⁾.

Coordinando tale orientamento con la nuova previsione legislativa si giunge alla seguente conclusione. Fermo restando l’impignorabilità e l’insequestrabilità della posizione previdenziale complementare, posta la stretta connessione della prestazione con lo scopo per il quale è maturata, vale a dire quello previdenziale dal quale essa non può essere evidentemente distolta ⁽¹²⁶⁾, una volta che i montanti sono smobilizzati dalla fase di «accumulo» per passare nella disponibilità del soggetto titolare, viene meno ogni funzione previdenziale con conseguente possibilità, da parte dei suoi creditori, di poter esercitare sui montanti medesimi le azioni

⁽¹²¹⁾ ZOLI V., ZILIO GRANDI G., *Qualificazione e quantificazione delle attribuzioni patrimoniali del lavoratore*, in CARUSO B., ZOLI V., ZOPPOLI L. (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, 273.

⁽¹²²⁾ Favorevole si mostrava però anche parte della giurisprudenza di merito: cfr. Pret. Milano 29 gennaio 1993 in *NGL*, 1993, 235 e Pret. Roma 3 ottobre 1998.

⁽¹²³⁾ Cfr. Corte Cost. 20 novembre-4 dicembre 2002, n. 506 secondo cui la prestazione pensionistica pubblica è idealmente scomponibile – secondo indicazioni che spetta al legislatore tradurre in concreto nell’esercizio della propria discrezionalità politica – in due nuclei: da un lato, nella parte, la sola assolutamente impignorabile, «che vale, appunto, ad assicurare al pensionato quei mezzi adeguati alle esigenze di vita che la Costituzione impone gli siano garantiti, ispirandosi ad un criterio di solidarietà sociale»; dall’altra, nella parte relativa all’ammontare «della pensione [che] eccede quanto necessario per le esigenze di vita del pensionato», e che, come tale, «deve ritenersi (nei limiti e secondo le regole fissati dall’art. 545 c.p.c.) assoggettabile al regime generale della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)».

⁽¹²⁴⁾ CIOCCA G., OLIVELLI P., *Le prestazioni* in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c.*, in BUSNELLI F. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2010, 392; GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...op. cit.*.

⁽¹²⁵⁾ Come valutare allora l’esatta portata concreta dell’estensione dei detti limiti di pignorabilità alle prestazioni pensionistiche complementari, tenuto conto che risulta problematica la stessa individuazione della quota di pensione pubblica eccedente i mezzi adeguati? A riguardo, si vedano le torsioni interpretative operate sul piano amministrativo (circ. Inps n. 43 del 26 febbraio 2003) e giurisprudenziale (Trib. Como, 25 novembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, I, 1, 1631).

⁽¹²⁶⁾ Cfr. in precedenza Corte Cass., sez. un., 1 febbraio 1997, n. 974 in *NGL*, 1997, 901.

esecutive. E' così salva l'impostazione, fatta propria dalla Corte Costituzionale ⁽¹²⁷⁾, come si approfondirà nella seconda parte di questa ricerca, secondo la quale previdenza pubblica e complementare hanno la medesima funzione di garantire l'adeguatezza delle prestazioni e sono fornite delle medesime garanzie, ivi compresa la pignorabilità nel limite del quinto.

Allo stesso tempo, però, come è stato osservato «se nello stesso ambito della prestazione erogata dal sistema pubblico obbligatorio sarebbe isolabile una parte estranea alla tutela costituzionale ex art. 38, comma 2, Cost., *a fortiori* dovrebbe escludersi che sia riconducibile alla previdenza sociale così intesa, la prestazione che per definizione eccede anche la parte di previdenza pubblica obbligatoria “eccedente” l'adeguatezza costituzionale» ⁽¹²⁸⁾. Peraltro si tratta di una estensione che il legislatore non ha ritenuto di operare alle altre anticipazioni della posizione individuale relative all'acquisto della prima casa e alle ulteriori esigenze degli aderenti, segnando una differenza di natura meramente qualitativa tra le diverse tipologie di anticipazione o rispetto alla prestazione.

⁽¹²⁷⁾ Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393 in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 955 con nota di PESSI R..

⁽¹²⁸⁾ TURSI A., *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, 416 ss..

CAPITOLO SECONDO

GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI CONTRATTUALI

Sommario: 1. Fonti istitutive e fonti costitutive degli ammortizzatori contrattuali: il contratto (o l'accordo) collettivo quale «fonte di diritti previdenziali». – 2. L'organizzazione e la gestione paritetica dei fondi di solidarietà (di fonte legale) a disciplina collettiva. – 3. Il ridimensionamento del criterio della volontarietà nell'accesso agli ammortizzatori autofinanziati. – 4. Ammortizzatori sociali contrattuali e autonomia collettiva: «la sovrapposizione tra fonti contrattuali e regolamentari». – 5. Il regime contributivo e tributario delle prestazioni erogate dai fondi di solidarietà bilaterali. – 5.1. *Segue:* Le prestazioni ordinarie. – 5.2. *Segue:* Le prestazioni straordinarie per il sostegno al reddito. – 5.3. *Segue:* Le prestazioni integrative connesse alla perdita del posto di lavoro o a trattamenti di integrazione salariale. – 6. Le funzioni «spurie» (o non standard) degli ammortizzatori contrattuali.

1. Fonti istitutive e fonti costitutive degli ammortizzatori contrattuali: il contratto (o l'accordo) collettivo quale «fonte di diritti previdenziali».

Ponendosi in continuità con la disciplina precedente (*ex art. 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n. 662*) che aveva condizionato l'istituzione dei fondi di sostegno al reddito [originariamente del settore del credito cooperativo e del credito ⁽¹²⁹⁾], previsti «in via

⁽¹²⁹⁾ Il Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito (*ex* Fondo esuberi) non si presenta unico nell'ordinamento del lavoro, specie considerando i diversi fondi categoriali o intercategoriale, anche con apporti finanziari di carattere plurimo (cfr. art. 45 della legge 17 maggio 1999, n. 144). Basti riflettere sui fondi costituiti a favore: a) del personale di Poste Italiane S.p.A. ai sensi del decreto ministeriale 1° luglio 2005, n. 178; b) del personale già dipendente dall'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato sulla base del decreto ministeriale 18 febbraio 2002 n. 88; c) dei dipendenti delle imprese esercenti l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, poste in liquidazione coatta amministrativa, ai sensi del decreto ministeriale 28 settembre 2000, n. 351; d) del personale addetto al servizio della riscossione dei tributi erariali e degli altri enti pubblici di cui al decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, per effetto del decreto ministeriale 24 novembre 2003, n. 375. Qualche riflessione deve prodursi per il Fondo speciale per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del settore del trasporto aereo - non rientrante fra i fondi sostitutivi dell'Assicurazione Generale Obbligatoria dell'Istituto previdenziale pubblico e piuttosto assimilabile ai fondi di solidarietà disciplinati in via generale dal citato art. 2, comma 28 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e dal relativo regolamento di attuazione - che riguarda tutto il personale del relativo comparto e non solo quello navigante. Qualificato come «speciale» dalla norma istitutiva (decreto legge 5 ottobre 2004, n. 249, convertito, con modificazioni, nella legge 3 dicembre 2004, n. 291), è alimentato attraverso un meccanismo di integrale autofinanziamento da un contributo posto a carico delle categorie interessate e del sistema aeroportuale, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Con un successivo provvedimento di urgenza (decreto legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, nella legge 31 marzo 2005, n. 43), è stato sancito il «cofinanziamento» del Fondo attraverso l'istituzione di una addizionale comunale sui diritti di imbarco di 1 euro sui biglietti emessi in Italia, che ne ha di fatto spostato il carico dalle categorie interessate alla fiscalità generale. La modifica è stata poi confermata da un ulteriore provvedimento di urgenza (decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella legge 27 ottobre 2008, n. 166) che ha elevato da 1 a 3 euro la predetta addizionale, lasciando peraltro aperta la vicenda della natura fiscale o previdenziale dell'addizionale e l'individuazione delle rispettive competenze in materia. Da ultimo, l'art. 3, comma 44, della legge 28 giugno 2012, n. 92 ha sancito l'adeguamento della disciplina sulla base delle norme previste dagli artt. 2, 3 e 4, commi 1-15, del provvedimento in esame, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base di accordi collettivi e contratti collettivi, anche intersettoriali, stipulati entro un termine prefissato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale nel settore del trasporto aereo e del sistema aeroportuale.

Infine, occorre segnalare che i commi 42 e 43 dell'art. 3, della medesima legge 28 giugno 2012, n. 92 hanno esteso alle imprese del sistema aeroportuale, dal 1° gennaio 2013, la disciplina in materia di trattamento straordinario di integrazione salariale e dei relativi obblighi contributivi a prescindere dal numero di dipendenti occupati.

sperimentale» e poi acquisiti al complesso del sistema previdenziale ⁽¹³⁰⁾, a specifici accordi istitutivi e al recepimento di essi in appositi decreti interministeriali, le nuove norme della legge 28 giugno 2012, n. 92, ne convalidano l'archetipo, assegnando al contratto collettivo il compito di fungere, non solo da presupposto per l'emanazione del decreto interministeriale, ma da elemento essenziale per la definizione dell'ambito di intervento, delegando la posteriore fonte regolamentare l'applicazione del quadro delle tutele e delle garanzie predisposto dalla fonte istitutiva. Lo *ius novum* è ora rappresentato dall'obbligatorietà della loro istituzione ⁽¹³¹⁾, giacché le precedenti esperienze dei fondi bilaterali si presentavano come eventuali e lasciate alla libera iniziativa delle parti sociali le quali, ove giungevano alla determinazione di istituire dei fondi di sostegno al reddito, davano inizio ad un procedimento di «scatole cinesi», al termine del quale era possibile accreditare la «contribuzione c.d. correlata» ⁽¹³²⁾ a favore dei lavoratori beneficiari e provvedere all'erogazione delle prestazioni emergenziali. Più precisamente, il semplice intervento di un atto dell'autonomia collettiva, anche ampiamente condiviso, non era di per sé sufficiente a far nascere l'obbligazione contributiva a carico dei soggetti direttamente coinvolti; ciò sulla base della convinzione che, in assenza di una specifica previsione legislativa, non solo non era (e non è) possibile liberamente disporre dell'obbligo contributivo, ma neppure era (ed è) consentito agli enti previdenziali di incamerare i relativi contributi.

Ricorrono due elementi che si presentano non nuovi a questa ricerca.

Il primo è quello della bilateralità in quanto la stessa funzione di integrazione del reddito rientra tra i compiti che essa ha nel tempo svolto, specie nei settori produttivi tradizionalmente non coperti dalla legislazione di sostegno. Gli esempi noti sono quelli dell'artigianato ⁽¹³³⁾ e dei contratti di solidarietà cd. difensivi stipulati nelle imprese artigiane

⁽¹³⁰⁾ SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 77; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 3, 2012, 628 e ss..

⁽¹³¹⁾ La scelta di riprendere le fila del ragionamento del legislatore del 1996 è da ricollegare allo stato degli ammortizzatori sociali pubblici del nostro sistema previdenziale e dalla recente prassi del fenomeno degli ammortizzatori «in deroga»: analisi condotte dall'Inps nel 2013 segnalano un incremento delle ore cassa integrazione guadagni del 22,4 milioni nel 2011 contro i 26,1 milioni di dicembre dell'anno 2012 (+ 16,2 per cento), della cassa integrazione guadagni straordinaria di 33,6 milioni, con una diminuzione del 27 per cento rispetto al precedente mese di novembre 2012 e un aumento del +25 per cento rispetto al mese di dicembre 2011 (32,7 milioni) mentre per gli interventi in deroga di 26,8 milioni di ore autorizzate a dicembre 2012 e di una diminuzione del 7,9% rispetto ai 29 milioni dello mese di novembre 2012 e di un aumento del 35,5 per cento ove si raffronti il dato del mese di dicembre 2011 (19,8 milioni).

⁽¹³²⁾ Rispetto alla contribuzione figurativa che attiene all'accredito di periodi in cui il lavoratore non ha svolto la prestazione per cause non imputabili alla sua volontà e che non sono sorretti dal versamento del datore di lavoro, ma coperti con relativa imputazione dei contributi al Fondo pensioni lavoratori dipendenti a cura dell'istituto previdenziale pubblico, quella c.d. correlata, pur rispondendo al medesimo principio, tiene conto della relazione interna che intercorre, come si vedrà più avanti, tra il fondo di solidarietà bilaterale e l'Istituto previdenziale pubblico, e che si presenta naturalmente come un rapporto di provvista.

⁽¹³³⁾ Cfr. l'Accordo Interconfederale artigianato del 17 marzo 2004 che ha definito come ambiti di intervento, oltre quelli attinenti al sostegno al reddito dei lavoratori e delle imprese, la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, la formazione, la previdenza, il *welfare* integrativo, l'attività di indagine e di ricerca, lo sviluppo delle pari opportunità, il mercato del lavoro, i sistemi di rappresentanza (per un commento del testo si v. DE LUCIA G., CIUFFINI

con meno di quindici dipendenti sulla base delle previsioni contenute nell'art. 5, comma 8, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1993, n. 236 ⁽¹³⁴⁾. A ben vedere poi alla bilateralità il legislatore aveva finito per rivolgersi anche negli anni successivi attraverso l'attribuzione, ai fondi interprofessionali per la formazione continua e ai fondi bilaterali di cui all'art. 12, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, anche di compiti di sostegno al reddito nei limiti delle risorse a loro disposizione ⁽¹³⁵⁾, allo scopo di contrastare gli effetti della crisi economica, a favore dei lavoratori dipendenti dai datori di lavoro ad essi aderenti ovvero generalizzando la corresponsione dell'indennità di disoccupazione, subordinandola per l'appunto all'intervento integrativo dell'ente bilaterale, per un massimo di novanta giornate annue a favore delle imprese non coperte dagli ammortizzatori sociali pubblici ⁽¹³⁶⁾.

Il secondo elemento è da collegare all'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 che definisce gli enti bilaterali «sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro». Escludendo un'interpretazione della norma intesa ad un *retrenchment* della pubblica amministrazione in favore degli enti bilaterali ⁽¹³⁷⁾, pare convincente la tesi che

S., *Il sistema degli enti bilaterali nell'artigianato: un'esperienza italiana al servizio del dialogo sociale europeo*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 679 e ss.).

⁽¹³⁴⁾ Sul rinnovato interesse dei contratti di solidarietà difensivi nell'ambito dei fondi di solidarietà previsti dall'art. 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, sia consentire rinviare a M. SQUEGLIA, *Previdenza contrattuale e fondi* ...op. cit., 628 e 669.

⁽¹³⁵⁾ Art. 19, comma 7, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n. 2. Vale la pena rammentare che la misura si colloca in un contesto nel quale il medesimo art. 19 aveva introdotto un regime transitorio, poi di fatto prorogato di anno in anno, subordinato ad un apposito stanziamento finanziario di risorse finanziarie, avente quale scopo quello di garantire, nelle more di una compiuta riforma degli ammortizzatori sociali pubblici, adeguate forme di sostegno al reddito «in deroga» ai lavoratori che fossero stati sospesi dal lavoro o licenziati che in assenza ne sarebbero stati privi in quanto non appartenenti agli specifici ambiti di applicazione previsti dal legislatore. Da ultimo, al fine di tenere conto della ricaduta in termini occupazionali della crisi economica e della recessione in atto, la possibilità di concessione dei trattamenti in deroga è stata prorogata dall'art. 2, comma 64, della legge 28 giugno 2012, n. 92 in riferimento al periodo temporale 2013-2016.

⁽¹³⁶⁾ Previsione poi attuata con l'emanazione del decreto ministeriale 19 maggio 2009, n. 46441. Già l'art. 13, comma 8, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005, n. 80 – comma poi soppresso dall'art. 19, comma 5, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2 – aveva stabilito che «L'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti ridotti di cui all'articolo 7, comma 3, del decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160, è riconosciuta, nel limite di spesa di 6 milioni di euro annui, ivi inclusi gli oneri per il riconoscimento della contribuzione figurativa secondo quanto previsto dalla normativa vigente e gli oneri per assegni al nucleo familiare, ai dipendenti da imprese del settore artigianato, sospesi in conseguenza di situazioni aziendali dovute ad eventi transitori, ovvero determinate da situazioni temporanee di mercato, che siano in possesso dei requisiti di cui al predetto articolo 7, comma 3, e subordinatamente ad un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva o alla somministrazione da parte degli stessi enti di attività di formazione e qualificazione professionale, di durata non inferiore a centoventi ore».

La norma, molto controversa in dottrina, realizzava una torsione concettuale di dubbia ricostruzione sistematica giacché finiva per far ricadere sui lavoratori le scelte operate dalle imprese laddove l'integrazione e il sostegno al reddito sono previsti esclusivamente a favore dei lavoratori (cfr. la posizione critica di BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 58 e 59 e ss.).

⁽¹³⁷⁾ Cfr. ANGIOLINI V., *Le agenzie per il lavoro tra pubblico e privato* in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro fra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 28 che argomenta di «dismissione dell'amministrazione pubblica del mercato del lavoro».

attribuisce a questi ultimi «una forte sollecitazione, un pressante invito» ⁽¹³⁸⁾, affinché le parti sociali partecipino attivamente alla realizzazione di una ampia gamma di attività e di interventi ⁽¹³⁹⁾. Ciò non comporta lo snaturamento dell'usuale attività negoziale di rappresentanza degli interessi svolta dall'organizzazione sindacale, bensì il suo affinamento attraverso l'assolvimento di funzioni di servizio, prevalentemente, di natura non negoziale ⁽¹⁴⁰⁾.

Per i nuovi Fondi di solidarietà bilaterali cd. ordinari, l'art. 3, comma 4, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (141), stabilisce che «al fine di assicurare la definizione, entro l'anno 2013, di un sistema inteso ad assicurare adeguate forme di sostegno per i lavoratori dei diversi comparti, le organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale stipulano, accordi collettivi e contratti collettivi, anche intersettoriali ⁽¹⁴²⁾, aventi ad oggetto la costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per cause previste dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria o straordinaria». Una modalità di costituzione che evidenzia la loro natura «di bilateralità spuria» ⁽¹⁴³⁾ e che riceve una inequivocabile conferma anche in sede di eventuali modifiche aventi ad oggetto la disciplina delle prestazioni o la misura delle aliquote, atteso che esse sono da adottare con decreto direttoriale dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle

⁽¹³⁸⁾ VARESI P., *Azione sindacale e tutela del mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova* in DRI, 2004.

⁽¹³⁹⁾ Secondo TIRABOSCHI M., *Le nuove opportunità della Bilateralità nel quadro legislativo*, in RANIERI P. TIRABOSCHI M. (a cura di), *L'evoluzione della Bilateralità nel Terziario globale*, in Ente Bilaterale Terziario, Roma, 2011, 42, «avvenuta con una forza di innovazione e aggregazione talmente dirompente, da far diventare la bilateralità in pochi anni, la vera frontiera della rinascita o, almeno, del profondo rinnovamento del sistema italiano di relazioni industriali».

⁽¹⁴⁰⁾ Si rifletta sulla competenza assegnata dal decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 agli enti bilaterali nel campo della formazione che si presenta come una tipica attività negoziale (in questi termini anche BELLARDI L., *La rappresentanza sindacale dei lavoratori atipici e il ruolo degli enti bilaterali* in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, 276).

⁽¹⁴¹⁾ I Fondi di solidarietà bilaterali si inseriscono nel complessivo disegno normativo inteso a modificare ed aggiornare il tradizionale sistema degli ammortizzatori sociali pubblici: per un commento sulla nuova riforma, v. S. RENGÀ, *La 'riforma' degli ammortizzatori sociali*, in *Lavoro e diritto*, 3-4, 2012, 621-642; CARMINATI E., CASANO L., TIRABOSCHI M., *I fondi di solidarietà bilaterali: conferme e novità dopo il passaggio in Senato*, in RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, ADAPT University Press, giugno 2012, 257-263.

⁽¹⁴²⁾ La versione originaria del comma 4, dell'art. 3 (dopo le novelle operate dall'art. 1, comma 251, lett. a), legge 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, e, successivamente, dall'art. 7, comma 5, lett. c), nn. 1) e 2), decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99), individuava un termine prefissato (da ultimo il 31 ottobre 2013, al quale si era giunti attraverso due proroghe) entro il quale era obbligatorio adempiere. Decorso inutilmente tale termine, al fine di assicurare adeguate forme di sostegno ai lavoratori interessati dalla presente disposizione, era sancita l'attivazione di un fondo di solidarietà residuale di cui ai commi 19 e seguenti del medesimo art. 3. La cancellazione del termine del 31 ottobre 2013, operata dall'art. 1, comma 185, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) comporta che i fondi bilaterali possano essere costituiti in ogni momento e, se necessario, adeguati.

⁽¹⁴³⁾ Così LISO F. (*I fondi bilaterali alternativi* in *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), Torino, 2013, 523), sebbene lo stesso autore ammette che in questo modello «di bilateralità c'è poco, quasi nulla» [...] prevede un ruolo delle parti sociali limitato al concepimento del fondo e alla definizione delle regole (peraltro nella cornice di svariati paletti posti dal legislatore). Idee già sostenute dallo stesso autore nel contributo dal titolo *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, in *Bollettino ADAPT*, n. 33, 2012, 2 e ss..

finanze, sulla base di una proposta del comitato amministratore (art. 4, comma 5, legge 28 giugno 2012, n. 92) ⁽¹⁴⁴⁾. Il comma 4 dell'art. 3 prevede «l'obbligo» dell'istituzione dei fondi per «i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti. A riguardo, si è ritenuto che non sussiste alcun obbligo a costituire i fondi in oggetto nei confronti delle parti sociali dal momento che questo «contrasterebbe con la libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, della Cost.» ⁽¹⁴⁵⁾, qualificandosi piuttosto come un onere della contrattazione ⁽¹⁴⁶⁾.

Accanto a quello ordinario, il legislatore (art. 4, comma 19, legge 28 giugno 2012, n. 92) ha ritenuto di supplire all'assenza di bilateralità, ricorrendo ad un apposito «fondo residuale», finanziato dai contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori dei settori coperti ⁽¹⁴⁷⁾, avente lo scopo di fornire una copertura di integrazione salariale, in sostituzione di quello ordinario ⁽¹⁴⁸⁾. Occorre allora domandarsi se non sia quest'ultima tipologia di fondo, in

⁽¹⁴⁴⁾ Si tratta di una disposizione che tiene presumibilmente conto delle pregresse esperienze dei fondi di sostegno al reddito e, in particolare, del fondo speciale per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del settore del trasporto aereo la cui gestione di sostegno, istituita originariamente autofinanziata, si era tramutata nel tempo in una singolare gestione quasi totalmente alimentata da risorse pubbliche, con una quota assolutamente irrilevante di contribuzioni proprie e per di più con perdurante e totale disattivazione delle previste contribuzioni a carico del sistema aeroportuale.

⁽¹⁴⁵⁾ CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in RDSS, 2012, 27.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. anche SIGILLÒ MASSARA G., *Le tutele previdenziali in costanza del rapporto di lavoro*, in VALLABONA A. (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2012, Torino, 90 e ss..

⁽¹⁴⁷⁾ Il comma 20 bis dell'art. 3, della legge 28 giugno 2012, n. 92, introdotto dall'art. 1, comma 185, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), ha previsto che «Allo scopo di assicurare l'immediata operatività del fondo di cui al comma 19 e ferme restando eventuali determinazioni assunte ai sensi dei commi 29 e 30 del presente articolo, in fase di prima applicazione, dal 1° gennaio 2014, l'aliquota di finanziamento del fondo è fissata allo 0,5 per cento, ferma restando la possibilità di fissare eventuali addizionali contributive a carico dei datori di lavoro connesse all'utilizzo degli istituti previsti».

⁽¹⁴⁸⁾ Secondo F. LISO (*I fondi bilaterali alternativi in Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), Torino, 2013, 523) i fondi di solidarietà residuale vengono chiamati a gestire una forma di previdenza sostitutiva rispetto ai fondi ordinari; *contra* GAROFALO D., *Gli ammortizzatori sociali* in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario riforma Fornero*, Milano, 2012, 175 secondo cui si tratterebbe di una previdenza sostitutiva al sistema della cassa integrazione guadagni.

Di recente il comma 19 bis, dell'art. 3, della legge 28 giugno 2012, n. 92, introdotto dall'art. 1, comma 185, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), ha stabilito che «Qualora gli accordi di cui al comma 4 avvengano in relazione a settori, tipologie di datori di lavoro e classi dimensionali già coperte dal fondo di cui al comma 19, dalla data di decorrenza del nuovo fondo i datori di lavoro del relativo settore non sono più soggetti alla disciplina del fondo residuale, ferma restando la gestione a stralcio delle prestazioni già deliberate. I contributi eventualmente già versati o dovuti in base al decreto istitutivo del fondo residuale, restano acquisiti al fondo residuale. Il Comitato amministratore, sulla base delle stime effettuate dalla tecnostruttura dell'INPS, può proporre il mantenimento, in capo ai datori di lavoro del relativo settore, dell'obbligo di corrispondere la quota di contribuzione necessaria al finanziamento delle prestazioni già deliberate, determinata ai sensi dei commi 29 e 30 del presente articolo». Il comma 19 ter, dell'art. 3, della legge 28 giugno 2012, n. 92, introdotto dall'art. 1, comma 185, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), recita: «Qualora alla data del 1° gennaio 2014 risultino in corso procedure finalizzate alla costituzione di fondi di solidarietà bilaterali di cui al comma 4, l'obbligo di contribuzione al fondo di solidarietà residuale di cui al comma 19 è sospeso, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, fino al completamento delle medesime procedure e comunque non oltre il 31 marzo 2014 e con riferimento al relativo periodo non sono riconosciute le relative prestazioni previste. In caso di mancata costituzione del fondo di solidarietà bilaterale entro il 31 marzo 2014, l'obbligo è comunque ripristinato anche in relazione alle mensilità di sospensione».

considerazione della irreversibile depressione economica degli ultimi tempi, destinata a dare concreto riscontro alle ambizioni universalistiche del progetto di riforma ⁽¹⁴⁹⁾.

Per il modello ordinario (a differenza di quello residuale), la sola presenza della fonte istitutiva non è però sufficiente; occorre il recepimento dell'accordo collettivo in un apposito decreto interministeriale che, operando come atto di normazione secondaria, consenta di incardinare i rapporti giuridici previdenziali previsti dal fondo di solidarietà. Una soluzione che consente anche di aggirare il dibattuto e controverso tema dell'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo e, dunque, della vincolatività dell'accordo istitutivo anche nei confronti dei datori non aderenti al sindacato stipulante (art. 39, comma 1, Cost.). Si è ripropone uno schema, per molti versi, analogo a quello impiegato in occasione della legge 14 luglio 1959 n. 741 in base al quale il Governo fu delegato a recepire con atti aventi forza di legge i contenuti dei contratti collettivi di diritto comune stipulati sino a quel momento, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo a tutti gli appartenenti ad una stessa categoria economica ⁽¹⁵⁰⁾. In quell'occasione la legge aveva esteso soggettivamente l'efficacia dei contratti collettivi recetti nei decreti, ma non aveva modificato l'essenza contrattuale delle pattuizioni collettive ⁽¹⁵¹⁾.

Peraltro, è significativo aggiungere in questa sede come il legislatore non solo abbia dotato i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti di uno strumento contrattuale che si sostituisce a quello pubblico, ma consente, anche ai settori che quello strumento già utilizzano, di istituire i fondi di solidarietà bilaterali cd. ordinari, anche per i settori e le classi di ampiezza già coperti dalla disciplina prevista in materia di integrazioni salariali. In questi casi, «per le imprese nei confronti delle quali trovano applicazione gli articoli 4 e seguenti della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di indennità di mobilità, gli accordi e contratti collettivi..... possono prevedere che il fondo di solidarietà sia finanziato, a decorrere dal 1° gennaio 2017, con un'aliquota contributiva nella misura dello 0,30 per cento delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali» (art. 3, comma 12, legge 28 giugno 2012, n. 92). Peraltro, gli accordi ed i contratti istitutivi dei fondi possono prevedere (art. 3, comma 13, legge 28 giugno 2012, n. 92) la confluenza dell'eventuale Fondo interprofessionale istituito ai

⁽¹⁴⁹⁾ E' la domanda che si pone CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 2, 255 secondo cui «dati i costi aggiuntivi che la costituzione dei Fondi di solidarietà bilaterali inevitabilmente è destinata a comportare, resi ancor più sensibili dalle condizioni della attuale situazione economica generale, invia difatto, il compito di realizzare l'obiettivo verrà assolto dal suddetto Fondo residuale».

⁽¹⁵⁰⁾ Per un commento della legge, v. DI BERARDINO E., *La vigenza dei contratti corporativi in relazione alla Legge 14 luglio 1959, n. 741*, Napoli, 1969.

⁽¹⁵¹⁾ E' la tesi adombrata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 19 dicembre 1962, n. 206 in *Sent. e Ord. della Corte Cost.*, 1962, 417. Sulla stessa linea di pensiero, GHERA E., *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per l'estensione dei contratti collettivi* in *Riv. trim., dir. proc.*, 1963, 1191.

sensi dell'art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 ⁽¹⁵²⁾. Al fondo affluisce anche il gettito del contributo integrativo ⁽¹⁵³⁾, stabilito dall'art. 25, quarto comma, della legge 21 dicembre 1978, n. 845, con riferimento ai datori di lavoro cui si applica il fondo; inoltre le prestazioni derivanti dalla confluenza dei fondi interprofessionali sono riconosciute nel limite di tale gettito. Fondi che, istituiti dalla contrattazione collettiva e poi trasfusi nel decreto interministeriale, ben potrebbero essere definiti «integrativi», giacché perseguono finalità ulteriori [(precisamente quelle individuate dall'art. 3, comma 11, legge 28 giugno 2012, n. 92 ⁽¹⁵⁴⁾] che si combinano a quelle pubbliche già riconosciute ed espressamente individuate.

Il riferimento specifico alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, comma 10, legge 28 giugno 2012, n. 92) non pare costituisca una indicazione precettiva, posto che «le parti sociali possono ben convenire che il fondo copra anche i datori che hanno meno di sedici dipendenti e il decreto del ministro verrà fatto in coerenza con quanto da esse previsto» ⁽¹⁵⁵⁾ e, in ogni caso, il dubbio sembra superabile «alla luce della *ratio* della normativa...[.] che dovrebbe impedire interpretazioni restrittive» ⁽¹⁵⁶⁾.

Un altro aspetto che occorre considerare in questa prima disamina attiene alla previsione del comma 7 del medesimo art. 3, della legge 28 giugno 2012, n. 92 secondo cui «I decreti ... determinano, sulla base degli accordi, l'ambito di applicazione dei fondi con riferimento al settore di attività, alla natura giuridica dei datori di lavoro ed alla classe di ampiezza dei datori di lavoro...». Una previsione che conferma il quadro ricostruttivo fin qui delineato: l'autonomia collettiva predispone l'ordinamento di dettaglio dei fondi di solidarietà, avendo tra i suoi compiti anche quelli di stabilirne l'ambito, la natura giuridica dei datori di lavoro e le classi di ampiezza, limitando il compito della fonte regolamentare alla naturale trasfusione delle norme contrattuali nel decreto interministeriale.

Rispetto alla previdenza complementare per la quale non è imposta alcuna speciale qualificazione soggettiva delle organizzazioni sindacali stipulanti ⁽¹⁵⁷⁾, negli ammortizzatori contrattuali la legge prescrive un requisito di rappresentatività qualificata, ricorrendo alla formula traslaticia «delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più

⁽¹⁵²⁾ Come si è visto in precedenza, si tratta di organismi di natura associativa promossi dalle parti sociali attraverso specifici accordi interconfederali stipulati con le organizzazioni sindacali. Con tali organismi sostanzialmente si consente si consente alle imprese di destinare la quota dello 0,30 per cento dei contributi versati all'Inps alla formazione dei propri dipendenti.

⁽¹⁵³⁾ Tale contributo è pari allo 0,30 per cento in aggiunta all'aliquota contributiva dovuta per Fondo Pensioni Lavoratori dipendenti, e serve per finanziare il fondo di rotazione istituito per favorire l'accesso al Fondo sociale europeo e al Fondo regionale europeo dei progetti di formazione.

⁽¹⁵⁴⁾ Per l'esame delle funzioni integrative, dopo le modifiche operate dalla legge di stabilità 2014, v. *infra* in questo stesso capitolo, par. 6.

⁽¹⁵⁵⁾ LISO F., *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, in *Bollettino ADAPT*, n. 33, 2012, 3 e ss..

⁽¹⁵⁶⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali* in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 487.

⁽¹⁵⁷⁾ V. TOSI P., *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 362..

rappresentative a livello nazionale» (art. 3, comma 4, legge 28 giugno 2012, n. 92). E ciò sembra coerente con la più marcata funzionalizzazione dell'autonomia privata collettiva rispetto alla previdenza complementare.

L'analisi deve essere estesa anche ai fondi bilaterali alternativi (che si aggiungono ai fondi bilaterali c.d. ordinari e residuali), ovvero ai «fondi bilaterali puri» ⁽¹⁵⁸⁾, espressamente disciplinati all'art. 3, comma 14, della legge 28 giugno 2012, n. 92, intendendosi per tali quei fondi istituiti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nei settori non rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni nei quali siano operanti «alla data di entrata in vigore della legge, consolidati sistemi di bilateralità..in considerazione delle peculiari esigenze dei predetti settori, quale quello dell'artigianato..».

In essi è però dato ravvisare qualche segnale di diversità rispetto ai fondi bilaterali ordinari, posto che attraverso l'adeguamento delle fonti istitutive, i fondi bilaterali alternativi, si presentano non solo esterni alla matrice Inps, ma vengono ad acquisire una qualità che ad essi non era conferita dal decreto legge 23 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n. 2, diventando destinatari di una contribuzione che tutti i datori di lavoro della categoria, di cui la bilateralità è espressione, sono tenuti a versare sebbene si tratti di un vincolo che non è affermato esplicitamente ma è nella logica del sistema»⁽¹⁵⁹⁾.

Approfondendo ulteriormente la loro natura, essi si presentano non «pervasivamente colonizzati dal legislatore» ⁽¹⁶⁰⁾, dal momento che, agli accordi e ai contratti collettivi, la legge 28 giugno 2012, n. 92 assegna il compito di definire: a) l'aliquota complessiva di contribuzione ordinaria di finanziamento non inferiore allo 0,20 per cento; b) le tipologie di prestazioni in funzione delle disponibilità del fondo di solidarietà bilaterale; c) l'adeguamento dell'aliquota in funzione dell'andamento della gestione ovvero la rideterminazione delle prestazioni in relazione alle erogazioni, tra l'altro tenendo presente in via previsionale gli andamenti del relativo settore in relazione anche a quello più generale dell'economia e l'esigenza dell'equilibrio finanziario del fondo medesimo; d) la possibilità di far confluire al fondo di solidarietà quota parte del contributo previsto per l'eventuale fondo interprofessionale di cui al comma 13; e) i criteri e i requisiti per la gestione dei fondi (art. 3, comma 15, legge 28 giugno 2012, n. 92).

Così, a differenza dei fondi bilaterali c.d. ordinari che, come si è rilevato, operano in un ambito prettamente pubblicistico giacché il fondo si costituisce come gestione interna dell'Inps,

⁽¹⁵⁸⁾ E' la definizione di LISO F., *I fondi bilaterali alternativi...*, op. cit., 523.

⁽¹⁵⁹⁾ LISO F., *I fondi bilaterali alternativi...*, op. cit., 524.

⁽¹⁶⁰⁾ LISO F., *Ibidem*, 527.

quelli alternativi conservano la loro natura privatistica ⁽¹⁶¹⁾, dal momento che non è richiesto alcun provvedimento ministeriale di recepimento degli accordi collettivi (al pari del modello dei fondi c.d. residuali), sebbene permanga il vincolo a contribuire in capo a tutti i soggetti rientranti nella categoria per la quale è stato costituito il fondo. Che poi tale fondo sia incaricato anche dello svolgimento di una funzione socialmente rilevante, si può pacificamente desumere dalla previsione del comma 16 dell'art. 3 allorquando stabilisce che con un decreto del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze – il cui termine non è però espressamente indicato – sentite le parti sociali istitutive dei rispettivi fondi bilaterali, verranno fissati i «requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti preposti alla gestione dei fondi, i criteri e requisiti per la contabilità dei fondi, nonché modalità volte a rafforzare la funzione di controllo sulla corretta gestione e di monitoraggio sull'andamento delle prestazioni anche attraverso la determinazione di standard e parametri omogenei». Lo scopo è quello di prevenire (e reprimere) alcune prassi e taluni comportamenti che hanno caratterizzato il recente passato di alcuni fondi di sostegno al reddito: quali, ad esempio, l'assenza di rappresentanza ministeriale, la riduzione numerica del comitato di gestione, i limiti regolamentari in materia di funzionamento e di erogazione delle prestazioni, l'estensione degli interventi formativi a soggetti diversi dai datori di lavoro che contribuivano al fondo, la presenza di delibere condizionate all'ammissibilità degli interventi, seguite da delibere definitive di erogazione una volta accertate le effettive disponibilità ⁽¹⁶²⁾.

2. L'organizzazione e la gestione paritetica dei fondi di solidarietà (di fonte legale) a disciplina collettiva.

Dal piano delle fonti occorre spostare il baricentro dell'analisi sulla natura degli ammortizzatori contrattuali, presentandosi argomento di particolare interesse per il tema di ricerca. Anche in questo caso le affinità con la previdenza complementare si presentano evidenti, sebbene siano riscontrabili alcune sostanziali differenziazioni, specie ove si confrontino l'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, secondo cui «i

⁽¹⁶¹⁾ Si aderisce alla tesi di LISO F., *I fondi bilaterali alternativi* ...op. cit., 525 il quale rileva che il fondo sebbene abbia natura privata e non è previsto un provvedimento del Ministro «sussiste tuttavia un vincolo a contribuire [...] in capo a tutti i soggetti rientranti nella categoria per la quale è stato istituito il fondo...[...] lo si desume dalla finalità perseguita dal legislatore [...] una finalità esplicitamente richiamata nel comma 16 [art. 3, legge 28 giugno 2012, n. 92] nel quale dice che i fondi bilaterali puri sono a volte a realizzare ovvero integrare in chiave universalistica, di tutela del reddito in costanza di rapporto e in caso di sua cessazione».

⁽¹⁶²⁾ L'esempio noto è quello del fondo speciale per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del settore del trasporto aereo, il cui Comitato amministratore, nella seduta del 27 maggio 2013, aveva direttamente disposto la propria proroga fino alla scadenza di legge del 31 dicembre 2013, con un singolare atto non previsto dalle fonti istitutive. Dopo i rilievi istruttori dei giudici contabili, in data 24 giugno 2013, lo stesso Comitato procedeva alla conferma del precedente atto, sulla base dell'accordo successivo del 5 giugno 2013 con cui si rinnovava il mandato ai componenti del fondo.

fondi pensione sono costituiti come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36, del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa [...] e come soggetti dotati di personalità giuridica», e l'art. 3, commi 8 e 9, legge 28 giugno 2012, n. 92 che stabilisce che «i nuovi Fondi bilaterali non hanno personalità giuridica e costituiscono gestioni dell'Inps... Spetta al regolamento di contabilità dell'Istituto previdenziale determinare i criteri per definire gli oneri di amministrazione dei Fondi».

Se la prima norma introduce un vincolo nell'individuazione della forma giuridica sulla base della quale configurare l'autonomia giuridica dei fondi pensione, la seconda, riferita agli ammortizzatori contrattuali, finisce per assimilare le modalità gestionali e la *governance* dei fondi di solidarietà bilaterali a quella «delle cd. gestioni interne dell'Istituto previdenziale pubblico» ⁽¹⁶³⁾. E' significato che traspare nettamente dalla lettera della disposizione e che consente di apprezzarne la portata, relegando le possibili obiezioni mosse contro di essa a connotazioni di carattere contingente che non tengono in conto la pregressa esperienza dell'esperienza dei fondi di sostegno al reddito e, in particolare, del Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito (e del credito cooperativo). Come è noto, l'orientamento prevalente in dottrina riteneva che quest'ultimo rientrasse tra le associazioni non riconosciute di cui all'art. 36 c.c. sulla base di una duplice considerazione: per un verso, la fonte istitutiva era definibile come contratto plurilaterale con comunione di scopo di cui all'art. 1420, c.c.; per altro verso, la gestione delle risorse non era legata ad un fine lucrativo poiché esse erano destinate all'assolvimento delle funzioni statutariamente previste. Occorre però segnalare che tale ricostruzione incontrava dei limiti, in ordine al finanziamento, all'individuazione degli interventi e, infine, alla gestione.

Di contro, si ammetteva la natura pubblicistica del Fondo in considerazione delle finalità perseguite, del procedimento seguito per l'istituzione del Fondo, della composizione del comitato amministratore e, più in generale, in considerazione del ruolo esercitato dalla legge nella sua costituzione e gestione, del controllo operato dagli organi pubblici sull'utilizzo dei finanziamenti stanziati. In altri termini, la presenza del pubblico finiva per assorbire quanto di privato era geneticamente presente in essi, a seguito dell'avvenuto processo di istituzionalizzazione.

Tra le due diverse posizioni, non erano peraltro mancati tentativi di temperamento attraverso una lettura che preservasse le considerazioni storico-evolutive dei Fondi. In specie, si era giunti a distinguere nella costituzione del Fondo di solidarietà due distinti stadi evolutivi: il primo, che prevedeva l'intervento della contrattazione collettiva finalizzato all'istituzione del Fondo e la costituzione di esso in un ente c.d. di fatto ai sensi dell'art. 36 del c.c.; il secondo,

⁽¹⁶³⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 500 e ss..

successivo, che determinava un mutamento della natura giuridica in «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato», di cui all'art. 38, comma 4, della Costituzione, a seguito del successivo recepimento della fonte istitutiva con una configurazione analoga a quelle delle gestioni previdenziali già operanti presso l'ente pubblico. Ciò anche alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale secondo cui «l'art. 38, comma 2, della Cost. lascia piena libertà allo Stato di scegliere le strutture organizzative ritenute più convenienti al raggiungimento dei fini indicati⁽¹⁶⁴⁾, né lo vincola, ove scelga la forma assicurativa, a improntarla ai presupposti e agli schemi delle assicurazioni private»⁽¹⁶⁵⁾.

Questa impostazione, deducibile dal menzionato indirizzo della dottrina, pare modellarsi anche alle caratteristiche dei nuovi Fondi di solidarietà bilaterali.

Ad un primo stadio nel quale è prevalente la natura di fondo esterno nella forma embrionale dell'ente non riconosciuto, si affianca quello successivo di soggetto che è trasfuso nella gestione previdenziale dell'Inps, a cui è contestualmente precluso il riconoscimento della personalità giuridica. Una strada tipizzata, quella seguita dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, che preclude parimenti la possibilità di ipotizzare ambiti diversi entro i quali ammettere la costituzione del fondo: si pensi, ad esempio, alla possibilità di ricorrere alla forma consortile.

E' certo che l'interpretazione così offerta non contraddice la marcata, ed indubbia, natura pubblicistica che è riconosciuta ai medesimi fondi dal legislatore.

Difatti, alla gestione di questi ultimi provvede un comitato amministratore che è nominato con un decreto del Ministero del lavoro e che dura in carica quattro anni o per la diversa durata prevista dal decreto costitutivo. Il comitato è composto da esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nonché da due funzionari, con qualifica di dirigente, in rappresentanza, rispettivamente, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dell'economia e delle finanze. Le funzioni di membro del comitato sono incompatibili con quelle connesse a cariche nell'ambito delle organizzazioni sindacali. La partecipazione al comitato è gratuita e non dà diritto ad alcun compenso né ad alcun rimborso spese (art. 3, commi 21 e 36, legge 28 giugno 2012, n. 92). Il presidente del medesimo comitato è eletto dal comitato stesso tra i propri membri. Le deliberazioni del comitato amministratore sono assunte a maggioranza e, in caso di parità nelle votazioni, prevale il voto del presidente. Si aggiunga che il collegio sindacale dell'Inps e il direttore generale del medesimo Istituto o un suo delegato, con voto consultivo, partecipa alle riunioni del comitato amministratore del Fondo (art. 3, comma 40, legge 28 giugno 2012, n. 92).

⁽¹⁶⁴⁾ Corte Cost., 6 giugno 1974, n. 160 in *CED Cassazione*, 1974.

⁽¹⁶⁵⁾ Corte Cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *GC*, 1991, I, 1115.

Non possono sottacersi gli argomenti ermeneutici che depongono a favore della soluzione pubblicistica. Presumibilmente la partecipazione, per un verso, dei componenti designati dai ministeri e per un altro verso, del presidente dell'Inps (o di un suo delegato) prova a colmare l'assenza di previsione in ordine ad un organo di controllo, per converso, presente come noto nei fondi di previdenza complementare. Sotto questo profilo, emblematico si presenta il potere devoluto al direttore generale dell'INPS di sospendere l'esecuzione delle decisioni adottate dal comitato amministratore ove si evidenzino profili di illegittimità. Peraltro, il provvedimento di sospensione deve essere adottato nel termine di cinque giorni ed essere sottoposto, con l'indicazione della norma che si ritiene violata, al presidente dell'INPS; entro tre mesi, il presidente stabilisce se dare ulteriore corso alla decisione o se annullarla. Trascorso tale termine la decisione diviene esecutiva. Ciò porta a concludere che la normativa pone attenzione «ai profili dell'equilibrio economico e dell'autosufficienza finanziaria dei fondi» ⁽¹⁶⁶⁾.

Se questa è l'impostazione attinente alla soggettività dei fondi di solidarietà bilaterali, non può sorprendere che siano assenti indicazioni aventi ad oggetto l'obbligo di applicare il metodo elettivo nell'ambito del comitato amministratore. Difatti, a differenza dei fondi di previdenza nei quali la *governance* mira a realizzare forme di autogoverno, da parte dei destinatari di programmi previdenziali che sono espressione diretta di interessi collettivi negozialmente organizzati, nei fondi di solidarietà bilaterali «non sussiste né un patrimonio..da far fruttare..né un diritto del singolo alla prestazione previdenziale» ⁽¹⁶⁷⁾. Diversa è la questione sulla mancanza di previsione legale in ordine al criterio della pariteticità dei componenti del comitato amministratore. L'assenza di una rappresentanza bilanciata di diverse componenti priverebbe il fondo di pluralismo e finirebbe per mal conciliarsi con l'esigenza di assicurare un «sistema inteso ad assicurare adeguate forme di sostegno per i lavoratori dei diversi comparti» (art. 3, comma 4, legge 28 giugno 2012, n. 92). Pare allora condivisibile ritenere che, pur assente nella norma legale, siffatto principio «è affermato nella genesi dello strumento e, più precisamente nel coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali nell'imposizione della contribuzione a loro carico che finisce per tradursi in un intervento delle stesse nell'organo di gestione del fondo medesimo».

Infine, rimane da argomentare sulle gestione dei nuovi fondi, cui la legge 28 giugno 2012, n. 92 ha dotato di peculiari principi di carattere generale (art. 3 commi 26-30, legge 28 giugno 2012, n. 92). In particolare, essi hanno obbligo di bilancio in pareggio e non possono erogare prestazioni in carenza di disponibilità; gli interventi a carico dei fondi sono concessi previa costituzione di specifiche riserve finanziarie ed entro i limiti delle risorse già acquisite.

(166) Tursi A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 501 e ss..

(167) Sigillò Massara G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva*, op. cit., 96.

Ulteriore obbligo per i fondi c.d. ordinari e residuali è quello della presentazione, sin dalla loro costituzione, di bilanci di previsione a otto anni basati sullo scenario macroeconomico coerente con il più recente documento di economia e finanza e relativa nota di aggiornamento. Sulla base del bilancio di previsione, il comitato amministratore ha facoltà di proporre modifiche in relazione all'importo delle prestazioni o alla misura dell'aliquota di contribuzione. Le modifiche sono adottate, anche in corso d'anno, con decreto direttoriale dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle finanze, verificate le compatibilità finanziarie interne al fondo, sulla base della proposta del comitato amministratore.

Inoltre in caso di necessità di assicurare il pareggio di bilancio ovvero di far fronte a prestazioni già deliberate o da deliberare, ovvero di inadempienza del comitato amministratore in relazione all'attività, l'aliquota contributiva può essere modificata con decreto direttoriale dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle finanze, anche in mancanza di proposta del comitato amministratore. In assenza dell'adeguamento contributivo, l'Inps è tenuto a non erogare le prestazioni in eccedenza.

3. Il ridimensionamento del criterio della volontarietà nell'accesso agli ammortizzatori autofinanziati.

Nell'ambito degli ammortizzatori sociali contrattuali, l'elemento volontaristico – se interveniva all'atto della sua istituzione sicché erano le parti sociali che definivano i criteri, l'entità e le modalità di concessione degli interventi – era assente nella fase immediatamente successiva, giacché non era richiesto né ai datori di lavoro né ai lavoratori alcuna manifestazione di adesione individuale al Fondo.

Dopo l'emanazione della legge 28 giugno 2012, n. 92, la connotazione vincolistica dei nuovi Fondi di solidarietà bilaterali ha escluso ogni margine di scelta anche in ordine alla loro istituzione da parte delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative. Difatti, l'art. 3, comma precisa che «l'istituzione dei fondi di cui al comma 1 [si tratta dei Fondi cd. ordinari] è obbligatoria per tutti i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di 15 dipendenti. Le prestazioni e i relativi obblighi contributivi non si applicano al personale dirigente se non espressamente previsto».

Indubbiamente, da questo punto di vista, la differenza si presenta non marginale rispetto ai fondi di previdenza complementare (e agli enti bilaterali) la cui attività è lasciata alla volontà delle parti sociali e alla successiva adesione del singolo, quale manifestazione della libertà di scelta. Ciò non significa che il criterio della volontarietà sia assolutamente assente negli

ammortizzatori contrattuali, ma solo che esso può presentarsi in un momento eventuale e posteriore, come accade nel caso in cui, a fronte di una precisa quantificazione delle eccedenze, il numero dei lavoratori in possesso dei requisiti soggettivi risulti superiore al numero degli esuberi, e le parti sociali decidano di favorire la volontarietà da esercitare «nei termini e alle condizioni aziendali concordate» ⁽¹⁶⁸⁾. In questo caso, la volontarietà può incidere direttamente sulla posizione del datore di lavoro, essendo quest'ultimo obbligato ad applicare un criterio che può riferirsi a specifici profili professionali il cui esodo potrebbe essere causa di danno all'impresa, e contestualmente ad impegnarsi a non attivare le procedure di licenziamento collettivo nei confronti del personale che non abbia aderito all'offerta e che quindi continui a rimanere in esubero.

Sulla questione della volontarietà può offrire un utile esemplificazione il Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito, oggetto ora di adeguamento al modello generale per effetto della disposizioni contenute nella legge 28 giugno 2012, n. 92. Per individuare l'elemento volontaristico nel Fondo di solidarietà, occorre considerare l'angolo di osservazione verso la fase più propriamente dell'accesso alle prestazioni economiche, una volta intervenuto il relativo accordo aziendale, al solo fine di evitare il ricorso ai licenziamenti collettivi (o per riduzione di personale).

Più precisamente, l'elemento volontaristico interviene come si è riferito in precedenza nella fase di selezione dei lavoratori da coinvolgere nell'ambito degli esuberi. Così, la fruizione sia delle prestazioni ordinarie, che intervengono al fine di erogare trattamenti sostitutivi al reddito nell'ipotesi di riduzione dell'orario di lavoro o di sospensione temporanea di attività lavorativa a seguito dei processi di ristrutturazione o riconversione aziendale, sia di quelle straordinarie, che sono erogate al fine di agevolare l'esodo dei lavoratori in esubero a decorrere dal primo giorno del mese successivo del rapporto di lavoro e sino al mese antecedente la pensione, presuppongono l'esperimento delle tradizionali procedure contrattuali previste per i processi che determinano la riduzione dei livelli occupazionali. Ebbene, per fruire delle prestazioni del Fondo (ordinarie, straordinarie ed emergenziali) si esige un accordo collettivo aziendale finalizzato ad amministrare la crisi temporanea o permanente dell'impresa in funzione di limite ai poteri datoriali, nell'ambito del quale individuare «una pluralità di strumenti secondo quanto indicato dalle normative vigenti in materia di processi che modificano le condizioni di lavoro del personale, ovvero determinano la riduzione dei livelli occupazionali» (art. 7, comma 2, decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158). In questa accezione, la volontarietà si presenta come specificazione «delle esigenze tecnico-produttive e organizzative

⁽¹⁶⁸⁾ E' così stabilito, ad esempio, nel Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito (v. diffusamente, SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi....op. cit.*).

del complesso aziendale», individuate nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi ai sensi dell'art. 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223 ⁽¹⁶⁹⁾. È con l'accordo che si stabiliscono, nell'ambito delle previsioni contrattualmente definite, le modalità di esodo rivolto a tutto il personale dipendente. Ai fini dell'individuazione dei lavoratori in esubero, le parti sociali hanno ritenuto poi di impiegare il criterio delle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale di cui all'articolo 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223 – come prevalenti rispetto a quelli legali residualmente applicabili (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive, in concorso tra loro) – allo scopo di giustificare e meglio specificare una più ristretta localizzazione della scelta, privilegiando quei lavoratori che, alla data stabilita per la risoluzione del rapporto di lavoro, risultino in possesso dei requisiti di legge previsti per aver diritto alla pensione di anzianità o vecchiaia – anche se abbiano diritto al mantenimento in servizio – prospettandogli, in prima battuta, la possibilità di aderire volontariamente alle prestazioni ordinarie, sempreché il numero dei lavoratori in possesso dei suddetti requisiti risulti superiore al numero degli esuberi e, ove ancora superiore, di tenere conto del criterio sociale dei carichi di famiglia (art. 8, comma 1, decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158).

L'accesso alla prestazione straordinaria avviene privilegiando, in via prioritaria, il criterio della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza, ovvero quello della maggiore età (art. 8, comma 2, decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158). Anche in questo caso, la volontarietà interviene ove il numero dei lavoratori in possesso dei suddetti requisiti risulti superiore a quello degli esuberi, e, nel caso in cui tale numero risulti ancora superiore, la prevalenza è assicurata ai carichi di famiglia (art. 8, comma 3, decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158). Tuttavia, occorre tenere conto degli effetti che le norme contrattuali riconnettono alla rinuncia al preavviso ed al successivo accesso volontario. In particolare, la rinuncia al preavviso – che è posta a pena di decadenza dall'intervento straordinario – comportava acquiescenza al licenziamento, dovendosi così argomentare dal disposto di cui all'art. 10, commi 9 e 16, del decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158. In altre parole, essa presuppone che il rapporto si estingua, o potesse estinguersi, per licenziamento, non avendo altrimenti senso prevedere l'esclusione del preavviso (che, come è noto, non opera in caso di risoluzione consensuale). Tant'è che in giurisprudenza ⁽¹⁷⁰⁾ si è sostenuto che ai fini del ricorso alla prestazione dell'assegno straordinario «è indifferente la forma giuridica attraverso cui si realizza

⁽¹⁶⁹⁾ Si mostra favorevole a tale criterio, DEL PUNTA R., *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *LD*, 1999, 403, 413; ROMEI R., *Le procedure di riduzione del personale nel settore ferroviario*, in *LD*, 1999, 349 che riferendosi al settore ferroviario argomenta di un criterio che si presenta comunque omogeneo, tenendo conto, da un lato, dei principi in vigore nel nostro ordinamento e della disciplina sul prepensionamento di cui all'art. 27 della legge n. 223/1991, dall'altro.

⁽¹⁷⁰⁾ Cass. Civ., 28 settembre 2010, n. 20358, in *FI*, 2011, 1, I, 114.

l'estinzione del rapporto», trattandosi di disposizioni che si inseriscono «nel quadro di una normativa che, proprio con la previsione dei suddetti benefici, mira ad eliminare, per quanto possibile, l'eventuale contenzioso derivante dai processi di ristrutturazione aziendale, e, non a caso, chiama il datore di lavoro a partecipare finanziariamente all'erogazione dei trattamenti.

4. Ammortizzatori sociali contrattuali e autonomia collettiva: «la sovrapposizione tra fonti contrattuali e regolamentari».

Negli ammortizzatori contrattuali il rapporto tra contrattazione collettiva e legge si atteggia in modo diverso da quello comunemente prefigurato. Questo rapporto si è, piuttosto, delineato alla stregua di rapporto di competenza su materie potenzialmente regolabili da entrambe le fonti. Per conseguenza, la ripartizione della competenze è stato fondato sul principio, conformemente al quale la funzione del contratto collettivo assume un duplice rilievo: da un lato, è presupposto per l'emanazione del regolamento ministeriale, dall'altro, è elemento essenziale per la definizione dei contenuti predominanti degli ammortizzatori contrattuali ⁽¹⁷¹⁾.

E' propria la natura regolamentare-pubblicistica della fonte istitutiva a sancire l'obbligatorietà *erga omnes* dei fondi di solidarietà e la conseguente idoneità di essi a costituire rapporti giuridici contributivi. Si risolve la contraddizione altrimenti rinvenibile dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo – e, in particolare, della sua applicazione alle sole parti stipulanti – e dell'insistenza della legislazione di rinvio, la quale delega alla fonte contrattuale una pluralità di compiti ovvero di funzioni (integrativa, concorrente, derogatoria). Anzi, secondo alcuni, tale soluzione costituisce «uno dei primi significativi raccordi tra ordinamento statuale e ordinamento sindacale attraverso un meccanismo originale, provvisto di indubbia razionalità» ⁽¹⁷²⁾, stante la palese (e storica) tendenza del legislatore non solo a non dare attuazione all'art. 39, ma oramai a obliterarlo riconoscendo ai contratti collettivi «una funzione di fonte di produzione normativa extraordinaria» ⁽¹⁷³⁾.

La dottrina prevalente sostiene che «il legislatore utilizza il contratto collettivo per integrare il precetto legale [...] sia quando l'autonomia collettiva è chiamata a specificare o attuare la tutela legale, sia quando essa è abilitata a derogare ad essa o comunque a manipolarla» ⁽¹⁷⁴⁾. Quello che un'altra dottrina ⁽¹⁷⁵⁾, con riferimento al concorso di legge e di autonomia

⁽¹⁷¹⁾ Cfr., in particolare, LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *GDRI*, 1998, 53.

⁽¹⁷²⁾ RUSCIANO M., *La metamorfosi del contratto collettivo in Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, 38 e ss..

⁽¹⁷³⁾ MENGONI G., *Legge e autonomia collettiva*, Relazione al terzo convegno nazionale della Federmeccanica, Roma, 28-29 maggio 1980, 16; PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, di SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), Bologna - Roma, 1977, 558.

⁽¹⁷⁴⁾ PROIA G., *Il contratto collettivo fonte e le funzioni della contrattazione collettiva*, in AA.VV. (a cura di), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, organizzate dall'AIDLASS Foggia, Milano, 125.

collettiva, definisce come «una sorta di staffetta tra le due fonti». Ciò non comporta che il ruolo della contrattazione collettiva sia «sussidiario» ⁽¹⁷⁶⁾, rispetto alla legge. La fonte sindacale ha un ruolo «preponderante» dal momento che all'accordo di istituzione del Fondo di solidarietà spetta la definizione concreta dell'ambito di intervento dello strumento di sostegno del reddito.

La soluzione evoca la già rammentata legge 14 luglio 1959 n. 741 e, in particolare l'art. 1, secondo cui il «Governo era delegato ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria....nella emanazione delle norme il Governo dovrà uniformarsi a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge». La legge utilizza la tecnica di delegare al Governo per un periodo transitorio la «ricezione», in altrettanti decreti legislativi, dei contratti collettivi di diritto comune, stipulati prima dell'entrata in vigore della legge. Giunge così al risultato di estenderli *erga omnes* per una via diversa da quella indicata nell'art. 39, Cost. In tal modo, «gli esiti dell'autonomia collettiva vengono spogliati degli abiti privatistici e, senza alcuna ingerenza del governo, le regole contrattuali vengono trasfigurate *ope legis* in altrettante norme di legge» ⁽¹⁷⁷⁾.

Dalla correlazione di queste norme, si è anche dedotta l'istituzione di fondi di solidarietà «liberi o atipici» ⁽¹⁷⁸⁾ ad opera della contrattazione collettiva, vale a dire di fondi che non soggiacciono alle regole sancite dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 con l'unica conseguenza di sottrarsi al regime promozionale della medesima legge, *in primis*, all'obbligo di versare la contribuzione correlata alla prestazione alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato ⁽¹⁷⁹⁾.

Infine, si aggiunga che la disciplina delle fonti dei Fondi di solidarietà non esaurisce la sua funzione di regolazione della materia ma si caratterizza anche per una valenza promozionale nei confronti dell'autonomia collettiva, sebbene meno efficace e più marginale, rispetto agli altri strumenti della previdenza negoziata. In particolare, essa si manifesta nel rapporto tra la fonte contrattuale istitutiva e la fonte negoziale (aziendale/gestionale) a cui devolve il compito di veicolare le eccedenze attraverso l'adesione dei lavoratori all'accesso delle prestazioni previdenziali, in linea di principio, come si è visto, in forma libera e volontaria.

⁽¹⁷⁵⁾ DEL PUNTA R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2006, 187.

⁽¹⁷⁶⁾ SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali*, in *IPrev*, 2008, 1.

⁽¹⁷⁷⁾ RUSCIANO M., *La metamorfosi del contratto collettivo in Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, 38 e ss..

⁽¹⁷⁸⁾ L'espressione è di TURI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit..

⁽¹⁷⁹⁾ Peraltro, occorre rammentare in questa sede che tale obbligo di versamento non grava neppure sui fondi bilaterali puri (o alternativi).

5. Il regime contributivo e tributario delle prestazioni erogate dai fondi di solidarietà bilaterali.

Nei Fondi di solidarietà bilaterali è dato rilevare la presenza di disposizioni che si pongono nel solco delle linee di politica legislativa «che tendono ad introdurre un regime tributario agevolato per l'esodo dei lavoratori prossimi al pensionamento o le cui competenze sono diventate obsolete rispetto all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni» ⁽¹⁸⁰⁾. Ad esso si accompagna quello contributivo, dal momento che nei casi di erogazione delle prestazioni ordinarie e straordinarie (e integrative) i fondi di solidarietà bilaterali (ordinari e residuali) hanno rispettivamente l'obbligo e la facoltà di versare la «contribuzione correlata» alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato. In linea di principio, perché come efficacemente sostenuto in dottrina «l'obbligo di versare la contribuzione «correlata» anche in relazione agli assegni straordinari è stabilito in maniera solo eventuale dal comma 34 [del medesimo art. 3]; mentre il comma 24 [dell'art. 3] è formulato in termini che sembrano vincolanti per le fonti istitutive...sebbene il dubbio vada sciolto, sul piano esegetico, dando la prevalenza, rispetto alla disposizione che enuncia le finalità dei fondi (comma 24), a quella che detta la disciplina specifica della prestazione in oggetto» ⁽¹⁸¹⁾.

Seguendo lo schema impiegato per i fondi di previdenza complementare, occorre esaminare il regime contributivo e tributario delle prestazioni che originano dal rapporto tra il fondo di solidarietà bilaterale e il lavoratore e, in particolare: a) il trattamento fiscale degli assegni ordinari d'importo pari all'integrazione salariale; b) la tassazione degli assegni straordinari per il sostegno al reddito; c) il regime fiscale delle prestazioni integrative, in aggiunta a quanto garantito dall'Assicurazione Sociale per l'impiego nei casi di cessazione dal rapporto di lavoro.

5.1. *Segue: Le prestazioni ordinarie.*

I nuovi fondi di solidarietà bilaterali hanno l'obbligo di assicurare almeno la prestazione di un assegno ordinario di importo pari all'integrazione salariale, di durata non superiore ad un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile, in relazione alle causali previste dalla normativa in materia di cassa integrazione ordinaria e straordinaria (art. 3, comma 31, legge 28 giugno 2012, n. 92). In questo caso, il fondo (ordinario e residuale)

⁽¹⁸⁰⁾ SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali...*, op. cit., 140.

⁽¹⁸¹⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 517 e 518 e ss..

soggiace all'obbligo di corrispondere la contribuzione correlata alla gestione previdenziale di appartenenza del lavoratore (art. 3, comma 33, legge 28 giugno 2012, n. 92).

Trattasi della contribuzione che, differenziandosi dalla tradizionale contribuzione figurativa, è riconosciuta dalla gestione previdenziale obbligatoria al lavoratore allo scopo di neutralizzare il periodo di inattività lavorativa e di consentire a quest'ultimo il raggiungimento dei requisiti necessari per il perfezionamento del diritto a pensione. La contribuzione dovuta è computata in base a quanto previsto dall'art. 40 della legge 4 novembre 2010, n. 183 ⁽¹⁸²⁾. Consistendo in retribuzione indiretta o sostituiva, vale a dire di retribuzione corrisposta dal lavoratore a prescindere dall'effettiva prestazione dell'attività di lavoro, l'assegno è soggetto ad imposizione ordinaria seguendo i principi generali. D'altra parte, la logica dei fondi di solidarietà è quella «della sostituzione di prestazioni che il regime generale garantisce solo ai lavoratori subordinati che operano in determinati settori» ⁽¹⁸³⁾ e non anche - a differenza del sistema di previdenza complementare – dell'integrazione di prestazioni pubbliche.

5.2. *Segue: Le prestazioni straordinarie per il sostegno al reddito.*

I nuovi fondi di solidarietà bilaterali «possono» prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni (art. 3, comma 11, *lett. b*), legge 28 giugno 2012, n. 92). Tale somme assumono, sotto il profilo tributario, la configurazione di «incentivazione all'esodo» e come tali sono assoggettate al regime della tassazione separata a norma dell'art. 19 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 con applicazione dell'aliquota prevista per il trattamento di fine rapporto di cui all'art. 17 del medesimo Testo unico. L'incentivazione all'esodo è definito dal legislatore (art. 19, comma 2, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) come «una somma aggiuntiva, rispetto alle normali competenze spettanti, offerta al dipendente che accetta di risolvere anticipatamente il rapporto di lavoro, a titolo di corrispettivo per esodo volontario» alla quale occorre applicare l'aliquota Irpef del trattamento di fine rapporto, anche se le somme vengono corrisposte a rate.

E' pur vero che fino all'emanazione dell' art 36, comma 23, decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, il quarto comma

⁽¹⁸²⁾ Stabilisce l'art. 40, della legge 4 novembre 2010, n. 183: «Ai fini del calcolo della retribuzione annua pensionabile, e per la liquidazione delle prestazioni a sostegno o integrazione del reddito, per i periodi successivi al 31 dicembre 2004, il valore retributivo da attribuire per ciascuna settimana ai periodi riconosciuti figurativamente per gli eventi previsti dalle disposizioni in vigore e verificatisi nel corso del rapporto di lavoro, è pari all'importo della normale retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore, in caso di prestazione lavorativa, nel mese in cui si colloca l'evento. Il predetto importo deve essere determinato dal datore di lavoro sulla base degli elementi retributivi ricorrenti e continuativi».

⁽¹⁸³⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 514 e ss..

dell'art. 19 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 stabiliva che «per le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori che abbiano superato l'età di 50 anni se donne e di 55 anni se uomini, di cui all'art. 17, comma 1, *lett. a)*, l'imposta si applica con l'aliquota pari alla metà di quella applicata per la tassazione del trattamento di fine rapporto e delle altre indennità e somme indicate alla richiamata *lett. a)* del comma 1 dell'articolo 17».

Tale disposizione, rimasta in vigore fino al 4 luglio 2006, prevedeva un regime agevolativo per particolari categorie di lavoratori: a) uomini con almeno 55 anni; b) donne con almeno 50 anni. La norma è stata dichiarata discriminatoria dalla Corte di Giustizia Europea ⁽¹⁸⁴⁾ nei confronti degli uomini fra i 50 e i 55 anni e successivamente abrogata dall'art. 36, comma 23, decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 che ha così previsto anche un regime transitorio allo scopo di consentire che la disposizione abrogata continuasse ad applicarsi anche alle somme pagate a titolo di incentivo all'esodo dopo tale data (cioè dopo il 4 luglio 2006), purché in esecuzione di accordi conclusi prima della sua abrogazione.

Non pare allora possibile ricondurre siffatte prestazioni straordinarie ad altre forme fiscali di natura agevolativa, quali ad esempio quelle delle erogazioni liberali. Stante il costante orientamento giurisprudenziale «la somma corrisposta dal datore di lavoro a titolo di incentivo alle dimissioni, in aggiunta alle spettanze di fine rapporto, trova giustificazione nell'ambito del rapporto lavorativo e della sua risoluzione consensuale e non presenta i requisiti dell'erogazione liberale eccezionale e non ricorrente a favore della generalità dei dipendenti» ⁽¹⁸⁵⁾ o, più precisamente, che non ha senso distinguere fra indennità definite di prepensionamento, incentivo alle dimissioni, incentivo all'esodo, perché dalla «evidente natura incentivante alle dimissioni e, dunque, sostanzialmente reddituale (in funzione del ristoro di un lucro cessante) della somma in discorso consegue la sua assoggettabilità ad Irpef» ⁽¹⁸⁶⁾.

Del pari è da escludere agli incentivi all'esodo possa applicarsi l'imposta sostitutiva con aliquota del 10 per cento prevista dall'art. 2 decreto legge 27 maggio 2008, n. 93 che riguarda somme collegate ad incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa nonché di altri elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico dell'impresa. Sulla questione, un recente orientamento amministrativo ha precisato che tale aliquota non si può applicare con riferimento alle erogazioni effettuate per incentivare le risoluzioni

⁽¹⁸⁴⁾ Corte Giustizia Europea 21 luglio 2005 (causa C-207/2004).

⁽¹⁸⁵⁾ Cass. Civ., sez. V, 18 agosto 2004, n. 16125 in *Mass. Giur. It.*, 2004.

⁽¹⁸⁶⁾ Cass. Civ., sez. V, 15 settembre 2006, n. 20056 in *Boll. Trib.*, 2007, 3, 294; Cfr. anche Cass. Civ., 27 giugno 2007, n. 14821 in *Lavoro nella Giur.*, 2008, 1, 91 secondo cui queste somme «non hanno natura liberale né eccezionale, ma costituiscono reddito di lavoro dipendente, essendo predeterminate al fine di sollecitare e remunerare, mediante una vera e propria controprestazione, il consenso del lavoratore alla risoluzione anticipata del rapporto».

consensuali con i dipendenti, anche nell'ipotesi in cui tali incentivi siano determinati per realizzare un affinamento della struttura organizzativa, finalizzato al miglioramento dell'efficienza dell'impresa, con l'obiettivo di incrementarne i livelli di produttività» ⁽¹⁸⁷⁾.

Infine, il Fondo può prevedere il versamento della contribuzione correlata a favore del lavoratore allo scopo di vedere riconosciuto ai fini previdenziali il periodo temporale durante il quale ha fruito dell'assegno straordinario. Proprio a tale scopo, è espressamente sancito dal legislatore che per sostenere gli assegni straordinari per il sostegno al reddito è dovuto un contributo straordinario di importo corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni erogabili e della contribuzione correlata.

5.3. *Segue: Le prestazioni integrative connesse alla perdita del posto di lavoro o a trattamenti di integrazione salariale.*

L'opportunità dei Fondi di solidarietà bilaterali di erogare, in aggiunta alle prestazioni istituzionali, anche una tutela integrativa rispetto a prestazioni connesse alla perdita del posto di lavoro o a trattamenti di integrazione salariale previsti dalla normativa vigente (art. 3, comma 11, *lett. a*), legge 28 giugno 2012, n. 92, come sostituito dall'art. 1, comma 185, della legge 27 dicembre 2013, n. 147) ⁽¹⁸⁸⁾, pone la questione del regime tributario applicabile. Sul punto pare possibile ritenere che tali indennità integrative, essendo sostitutive di retribuzione, soggiacciano all'imposizione come redditi di lavoro dipendente nonché all'obbligo del rilascio della prescritta documentazione fiscale ⁽¹⁸⁹⁾.

Sul piano contributivo non è preclusa al fondo di solidarietà c.d. ordinario la facoltà di versare la contribuzione correlata alla prestazione alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato (art. 3, comma 34, legge 28 giugno 2012, n. 92).

6. Le funzioni non standard (o «spurie») degli ammortizzatori sociali contrattuali.

Non mancano gli esempi in cui alle parti sociali viene assegnato il compito di impiegare lo strumento contrattuale per perseguire finalità ulteriori rispetto a quelle all'origine assegnate. Nel passato nota è stata la possibilità di consentire ai fondi pensione aziendali del settore del credito, in via transitoria, di non limitarsi alla finalità di conseguire i trattamenti pensionistici per la vecchiaia a favore dei propri iscritti, ma di perseguire anche scopi ulteriori, non ultimi

⁽¹⁸⁷⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, 22 ottobre 2008, n. 59.

⁽¹⁸⁸⁾ La nuova formula del legislatore si presenta volutamente elastica al fine di ricomprendere non solo, come nella precedente versione, i sussidi di disoccupazione, ma anche le integrazioni salariali.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. circ. Inps 18 dicembre 2012, n. 142.

quelli attinenti alla gestione degli esuberi e di incentivazione all'esodo (*ex art. 59, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449*) ⁽¹⁹⁰⁾.

Di recente poi il Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale, per il sostegno dell'occupazione e del reddito del personale del credito, oggetto ora di adeguamento per effetto delle previsioni contenute nella legge 28 giugno 2012, n. 92, ha previsto finanche lo svolgimento di una funzione eterogenea, costituita dalla previsione di una rete di servizi, avente ad oggetto l'introduzione «di sistemi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, riferiti al personale collocato nella c.d. sezione emergenziale del Fondo di solidarietà (art. 6, comma 1, punto 1, lettera a), decreto ministeriale 28 aprile 2000, n. 158). L'espressione «sistemi di incontro» pare collegarsi alle misure tipiche di politica attiva del lavoro quali l'informazione, l'orientamento, la formazione professionale e, più in generale, pare collegarsi alla promozione di tutte le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro di cui all'articolo 4 della Costituzione, provando non solo a scongiurare quella logica punitiva che è definita da alcuni come «condanna fatalistica all'inattività», ma anche a disegnare un assetto pro-attivo delle tutele che riduca la permanenza in condizioni di disoccupazione (o, se si preferisce, di emergenza occupazionale) ⁽¹⁹¹⁾. Lo scopo è quello di finalizzare l'assegno emergenziale non solo a sostenere colui che involontariamente ha perso passivamente il posto di lavoro ed attende di reperirne uno nuovo, bensì potrebbe anche essere in grado di accompagnare l'assistito nelle diverse fasi (assistenza, riqualificazione e reinserimento) del suo percorso di «escluso» ⁽¹⁹²⁾.

Ad ogni modo, tale circostanza comprova che le potenzialità di siffatti strumenti contrattuali si presentano di estremo interesse: da un lato, contribuire al funzionamento degli ammortizzatori sociali nonché incidere sulla loro efficacia, anche attraverso strumenti capaci di promuovere (o favorire) l'inserimento o il reinserimento dei lavoratori nel circuito della produzione, dall'altro.

Delle funzioni *non standard* (o «spurie») è possibile ora argomentare per i nuovi Fondi cd. ordinari e residuali, di cui rispettivamente all'art. 3, commi 4 e 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92, posto che il comma 11 del medesimo articolo stabilisce che essi possono perseguire ulteriori finalità quali: a) assicurare ai lavoratori una tutela integrativa rispetto a prestazioni connesse alla perdita del posto di lavoro o a trattamenti di integrazione salariale previsti dalla

⁽¹⁹⁰⁾ Sul rapporto tra ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza complementare, cfr. TURSÌ A., *Ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza complementare* in RIDL, 2008, II, 677 e ss. (nota a Trib. Firenze, 21 marzo 2008).

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. TREU T., *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessarie*, in *Il diritto della sicurezza sociale: previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2004, 1, 10 ss. secondo cui «l'esigenza di welfare attivo e di promozione di opportunità di lavoro, rispetto alle mere prestazioni assistenziali, (...) è più affermata che tradotta in comportamenti effettivi...».

⁽¹⁹²⁾ Più esaurientemente SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi...* op. cit., 628 e ss..

normativa vigente ⁽¹⁹³⁾; b) prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni; c) contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione europea.

Come si è avuto modo di anticipare in precedenza, per le predette finalità possono essere istituiti fondi anche in relazione possono essere istituiti, con le medesime modalità di cui al comma 4, anche in relazione a settori e classi di ampiezza già coperti dalla normativa in materia di integrazioni salariali. Per le imprese nei confronti delle quali trovano applicazione gli art.4 e seguenti della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di indennità di mobilità, gli accordi e contratti collettivi con le modalità di cui al comma 4 possono prevedere che il fondo di solidarietà sia finanziato, a decorrere dal 1° gennaio 2017, con un'aliquota contributiva nella misura dello 0,30 per cento delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali (art. 3, comma 12, legge 28 giugno 2012, n. 92).

Sempre nell'ottica di devolvere ai Fondi bilaterali ulteriori compiti rispetto a quelli tradizionalmente assegnati l'art. 3, comma 17, della legge 28 giugno 2012, n. 92 ha stabilito in via sperimentale per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015 che l'indennità dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego di cui all'art. 22 della medesima legge possa essere riconosciuta ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 23 e subordinatamente ad un intervento «integrativo» pari almeno alla misura del 20 per cento dell'indennità stessa a carico dei Fondi bilaterali cd. ordinari e alternativi. In ogni caso, la durata massima del trattamento non può superare novanta giornate da computare in un biennio mobile. Tuttavia tali disposizioni non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale, nonché nei casi di contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale (art. 3, comma 18, legge 28 giugno 2012, n. 92) ⁽¹⁹⁴⁾. Un esempio, questo, di «previdenza integrativa» dalla quale deriva l'esclusione di essere ammessi agli ammortizzatori in deroga in mancanza dell'integrazione economica dell'indennità di disoccupazione a carico dei Fondi di solidarietà.

⁽¹⁹³⁾ Prima della modifica operata dal comma 185 dell'art. 1, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, l'originaria versione dell'art. 3, comma 11, prevedeva di «assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione dal rapporto di lavoro, integrativa rispetto all'assicurazione sociale per l'impiego».

⁽¹⁹⁴⁾ Il trattamento è riconosciuto nel limite delle risorse non superiore a 20 milioni di euro annui per il periodo 2013-2015; al relativo onere si provvede per l'anno 2013 sulla dotazione del Fondo per gli interventi urgenti ed indifferibili di cui all'art. 7-*quiquies*, comma 1, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, come modificato dall'art. 33, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), e per il biennio 2014-2015 mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa relativa al Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento in termini quantitativi e qualitativi dell'occupazione giovanile e delle donne, di cui all'art.24, comma 27, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

CAPITOLO TERZO

I FONDI SANITARI INTEGRATIVI

Sommario: 1. Genesi dei fondi sanitari integrativi del Servizio Sanitario Nazionale. – 2. Il «momento costitutivo». – 3. Il criterio di volontarietà nell'accesso ai fondi e la prevalenza della dimensione collettiva e sindacale. – 4. Struttura di governo dei fondi sanitari integrativi. – 5. Il sistema degli incentivazioni di natura fiscale. – 6. Il principio della ripartizione a base della gestione dei fondi sanitari e le regole sulla vigilanza. – 7. Il possibile ricorso alle prestazioni rese a soggetti non autosufficienti.

1. Genesi dei fondi sanitari integrativi del Servizio Sanitario Nazionale.

L'intervento del legislatore sulla materia dell'assistenza sanitaria integrativa si è inserito in un contesto caratterizzato da un elevato livello di indeterminatezza ⁽¹⁹⁵⁾. E' stato osservato che la sanità integrativa si pone come «una forma implicita di razionamento posta a cavallo fra il diniego (l'esclusione dei potenziali beneficiari perché non idonei o perché i loro bisogni non sono abbastanza urgenti) e la diluzione (il servizio sanitario non è negato ma la sua intensità e la sua portata sono ridotte)» ⁽¹⁹⁶⁾. A differenza della previdenza complementare nella quale, come si è visto, le parti sociali hanno svolto sin dalle origini un ruolo fondamentale in termini di promozione e gestione, nella sanità integrativa lo scenario si presenta più complesso, contrassegnato dalla presenza di polizze assicurative e di fondi sanitari aziendali, frutto dell'iniziativa unilaterale dell'azienda, all'interno della quale hanno giocato un ruolo diretto i lavoratori, il più delle volte senza la mediazione dell'organizzazione sindacale ⁽¹⁹⁷⁾.

L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 stabilisce che «i fondi integrativi del sistema sanitario», intesi come *species* del più ampio *genus* «delle forme di assistenza sanitaria integrativa» sono «finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza ...definiti dal Piano sanitario nazionale e dai relativi provvedimenti attuativi» (ad esempio, ticket, assistenza domiciliare e residenziale, intramoenia, ecc.), collocandosi «in una condizione di ancillarità funzionale rispetto al Servizio sanitario nazionale» ⁽¹⁹⁸⁾. Trattasi di fondi che hanno lo scopo di integrare i trattamenti e le prestazioni non ricomprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, ma non anche di sostituire quelle somministrate dal Servizio sanitario nazionale. La

⁽¹⁹⁵⁾ Rispetto alla previdenza, il Sistema sanitario Nazionale presenta alcune peculiarità, la più importante delle quali è legata alla diversa distribuzione nell'arco della vita di un individuo dei benefici erogati: le pensioni sono percepite da anziani, mentre le prestazioni sanitarie sono godute, sia pure con diversa intensità, durante l'intera vita (così DIRINDIN N., *Chi paga per la salute degli italiani?*, Bologna, 1996).

⁽¹⁹⁶⁾ BAGNOLI R., *Fondi integrativi. Perché non decollano*, in *Giornale delle Assicurazioni*, 2002, 27 e ss..

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. NERI S., *I fondi previdenziali e sanitari nel welfare aziendale*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 143 secondo cui «a differenza dei fondi previdenziali...i fondi sanitari appaiono ancora a metà tra il campo della negoziazione bilaterale e delle relazioni sindacali e quello delle prerogative manageriali e delle vere e proprie politiche delle risorse umane adottate dalle imprese».

⁽¹⁹⁸⁾ CANDIAN A. D., MAGNANI P., PETRONE V., VENTURINI L., *L'assicurazione nella sanità integrativa: i tipi e le forme collettive* in A. PEDONE, *La sanità in Italia*, Il Sole 24 ore, Milano, 2008.

differenza non è solo di natura nominalistica, se si considera che fino all’emanazione della legge finanziaria del 2008 (art. 1, comma 197, *lett. b*), legge 24 dicembre 2007, n. 244) e del successivo decreto ministeriale del 31 marzo 2008, le diverse tipologie di assistenza sanitaria integrativa si presentavano differenziate, sotto il profilo tributario, giacché solo i fondi denominati «doc», vale a dire in possesso dei requisiti individuati dall’art. 9, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, godevano di un regime fiscale agevolato ⁽¹⁹⁹⁾.

I fondi sanitari integrativi sembrano allora essere stati concepiti come «il secondo pilastro dell’assistenza sanitaria, enfatizzando il loro carattere di complementarità rispetto all’assistenza sanitaria pubblica» ⁽²⁰⁰⁾. Naturalmente il dibattito sulla validità dello sviluppo dei fondi sanitari integrativi e del modello relazionale pubblico-privato è ancora in corso e non si possono escludere cambiamenti del processo di attuazione dei fondi ⁽²⁰¹⁾.

L’elenco delle fonti istitutive ammesse dall’art. 9, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 si presenta cospicuo, posto che sono ricomprese: a) i contratti e accordi collettivi, anche aziendali; b) gli accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale; c) i regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali; d) le deliberazioni assunte da associazioni non lucrative nei settori dell’assistenza socio-sanitaria o dell’assistenza sanitaria o da società di mutuo soccorso riconosciute; e) gli atti assunti da soggetti pubblici e privati a condizione che contengano l’esplicita assunzione dell’obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti. L’ampia gamma delle fonti istitutive se testimonia, da un lato, la volontà del legislatore di realizzare diverse forme di tutela sanitaria è, dall’altro, segnale di una manifesta consapevolezza «di

⁽¹⁹⁹⁾ In specie, i «fondi non doc», che offrivano coperture sanitarie di tipo sostitutivo al Servizio sanitario nazionale, ove non si fossero adeguati ai requisiti oggettivi previsti dall’art. 9, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, subivano una graduale riduzione dei benefici fiscali. A partire dal 2010 il legislatore, «preso atto dell’impossibilità del Servizio Sanitario nazionale di assicurare certe tipologie di prestazioni alle condizioni equitative del passato» (PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2011, 2, 552), ha delineato un nuovo quadro pubblico-privato nel quale convergono oltre i tradizionali fondi sanitari integrativi anche quelli, in precedenza esclusi, che forniscono prestazioni duplicative del Servizio Sanitario (con finalità, dunque, meramente assistenziali), ove rispettino alcune condizioni espressamente individuate oltre che dal citato D.M. 31 marzo 2008, anche dal D.M. 27 ottobre 2009. Segnatamente i decreti in questione hanno adottato un approccio diverso e più conciliante rispetto a quello tradizionale: da un lato, si chiede ai fondi di comunicare alcune informazioni rispetto al loro assetto istituzionale e al loro funzionamento, nonché di destinare almeno il 20 per cento delle risorse a due ambiti di assistenza tradizionalmente deboli del servizio sanitario nazionale (odontoiatria, soprattutto dopo la definizione dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza (LEA) nel 2001, e non autosufficienza); dall’altro, si ricompensa tale disponibilità con un’alta deducibilità fiscale dei contributi e dei premi versati.

⁽²⁰⁰⁾ PAVOLINI E., CECCONI C., FIORETTI I., NERI S., *I fondi sanitari e le trasformazioni del welfare italiano*, IV Conferenza Annuale, Espanet Italia, *Innovare il Welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa*, Milano 29 settembre – 1° ottobre 2011 in www.espanet-italia.net

⁽²⁰¹⁾ GRANAGLIA E., *I fondi sanitari integrativi: alcuni rilievi critici?* in DE VINCENTI C., FINOCCHI GHERSI R., TARDIOLA A. (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2011.

rompere la logica corporativa, cui in Italia da sempre sono state legate le esperienze di sanità integrativa»⁽²⁰²⁾.

Le fonti istitutive devono attenersi alle disposizioni contenute nell'art. 9, commi 4 e 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 in ordine all'ambito di intervento dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale, posto che esso è rappresentato da: a) prestazioni aggiuntive, non comprese nei livelli essenziali e uniformi di assistenza e con questi comunque integrate, erogate da professionisti e da strutture accreditati, ivi comprese le prestazioni di medicina non convenzionale, ancorché erogate da strutture non accreditate, le cure termali, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale e l'assistenza odontoiatrica, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale e comunque con l'esclusione dei programmi di tutela della salute odontoiatrica nell'età evolutiva e dell'assistenza odontoiatrica e protesica a determinate categorie di soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità; b) prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, per la sola quota posta a carico dell'assistito, inclusi gli oneri per l'accesso alle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria e per la fruizione dei servizi alberghieri su richiesta dell'assistito di cui all'art. 1, comma 15, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; c) prestazioni sociosanitarie erogate in strutture accreditate residenziali e semiresidenziali o in forma domiciliare, per la quota posta a carico dell'assistito.

Dall'elenco delle fonti si palesano soggetti, quali le associazioni non lucrative e le società di mutuo soccorso⁽²⁰³⁾ che «realizzano forme di mutualità tra i soggetti, svincolate dallo schema dell'art. 38, secondo comma della Cost. e rientranti, più propriamente, in quello tipico del quinto comma del medesimo articolo.

Ad ogni modo, è la fonte collettiva, o comunque contrattuale, a presentarsi prevalente: i fondi di categoria permettono «agli assicurati o potenziali tali di ridurre le asimmetrie informative, aumentare il potere contrattuale per la determinazioni delle prestazioni erogabili e abbattere i costi mentre al fondo di attivare economie di scala e ampliare il bacino degli utenti»

⁽²⁰²⁾ CAZZOLA G., *La sanità liberata, Il mercato possibile per la tutela della salute*, Bologna, 1997, 64 e 74.

⁽²⁰³⁾ Dopo la novella operata dall'art. 23 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012, n. 222 che ha sostituito l'art. 1 della legge 15 aprile 1886, n. 3818, le società di mutuo soccorso «conseguono la personalità giuridica [...] non hanno finalità di lucro, ma perseguono finalità di interesse generale, sulla base del principio costituzionale di sussidiarietà, attraverso l'esclusivo svolgimento in favore dei soci e dei loro familiari conviventi di una o più delle seguenti attività: a) erogazione di trattamenti e prestazioni socio-sanitari nei casi di infortunio, malattia ed invalidità al lavoro, nonché in presenza di inabilità temporanea o permanente; b) erogazione di sussidi in caso di spese sanitarie sostenute dai soci per la diagnosi e la cura delle malattie e degli infortuni; c) erogazione di servizi di assistenza familiare o di contributi economici ai familiari dei soci deceduti; d) erogazione di contributi economici e di servizi di assistenza ai soci che si trovino in condizione di gravissimo disagio economico a seguito dell'improvvisa perdita di fonti reddituali personali e familiari e in assenza di provvidenze pubbliche. Le attività previste dalle lettere a) e b) possono essere svolte anche attraverso l'istituzione o la gestione dei fondi sanitari integrativi di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni».

(²⁰⁴). Lo schema impiegato è quello noto: la fonte legale devolve ai contratti egli accordi collettivi, anche aziendali, poteri di normazione nella disciplina della sanità integrativa. Le forme di assistenza integrativa sono da ricondurre alla logica della previdenza complementare, atteso che nell'originaria formulazione del decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517 erano espressamente richiamati i principi dell'abrogato decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124. Parrebbe allora che anche per i fondi sanitari integrativi, si riproponga il ricorrente, ma sempre attuale, tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune, dal momento che il legislatore ha individuato negli accordi collettivi la fonte medesima dei diritti di natura sanitaria. Parrebbe perché sulla questione è opportuno operare una differenziazione tra la previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa. A fronte della nota distinzione dell'assistenza sociale dalla previdenza in ragione della sua struttura «universalistica e gratuita» (²⁰⁵), anche l'assistenza può essere pubblica o privata, ma essa rimane giustificata «non già da una diversità di fondamento bensì dal diverso modo in cui l'ordinamento ha valutato le esigenze dei cittadini rispetto a quello dei lavoratori». Dunque in essa non è dato distinguere una retribuzione con funzione assistenziale da una assistenza contrattuale posto che quella assistenziale si presenta unicamente come «finalità capace di giustificare trattamenti giuridici da riservarsi a plurime e diverse strutture giuridiche, pubbliche o private, normative o negoziali» (²⁰⁶). Così, l'impossibilità di distinguere la finalità dalla natura giuridica ha consentito di superare alcune questioni che per converso resistono in ambito previdenziale.

Riprendendo la copiosa giurisprudenza in materia (²⁰⁷), il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, rispondendo ad un'istanza di interpello avanzata dal Consiglio Provinciale dell'Ordine di Treviso (²⁰⁸) ha chiarito che le clausole di contratto collettivo istitutive dei fondi di assistenza sanitaria integrativa [nella specie si trattava del fondo sanitario integrativo di natura contrattuale del settore terziario della distribuzione e dei servizi e dei dipendenti delle aziende del turismo: il fondo Est (²⁰⁹)] presentano tutti gli elementi e le caratteristiche tali da rivestire natura obbligatoria (²¹⁰) e quindi non disciplinanti direttamente il rapporto di lavoro, ma costituenti obblighi esclusivamente per i soggetti collettivi contraenti (²¹¹).

(²⁰⁴) PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, in *RDSS*, 2007, 467. Secondo i dati forniti dal gruppo tecnico del Ministero della Salute nel 2009 risultano sottoscritti 23 rinnovi contrattuali con accordi di sanità integrativa che hanno dato luogo alla costituzione di diversi fondi sanitari integrativi (Fasifat, Asdepp, Fasiv, Cadiproff, Fontour, Easi, Fasié, Ipa, Farmacie private, Cooper salute aster, Dipendenti della Regione Toscana, Fasiopen, Vigilanza privata, Dipendenti centri elaborazione dati, Grandi catene alberghiere, Alimentaristi).

(²⁰⁵) PERSIANI M., *Diritto della previdenza*, Padova, 2006, 26 e 28.

(²⁰⁶) TURSI A., *Welfare aziendale: profili istituzionali*, in *Riv. Politiche sociali*, 3, 2012, 223.

(²⁰⁷) Cfr. Cass. Civ., 2 giugno 1995, n. 6173.

(²⁰⁸) V. Nota Ministero del Lavoro e della previdenza sociale 21 dicembre 2006, prot. 25/SEGR/0007573.

(²⁰⁹) E' il fondo con il maggior numero di iscritti, nato in attuazione del Contratto Nazionale di Lavoro per i dipendenti delle aziende del Terziario e del Turismo e sottoscritto da Confcommercio, Fipe, Fiafet e dai sindacati dei lavoratori: Filcams Cgil, Fisascat Cisl, Uiltucs Uil.

(²¹⁰) Nell'ambito di un contratto collettivo è possibile distinguere la parte economica, concernente il trattamento retributivo dei lavoratori, e la parte normativa, che può contenere anche clausole destinate non già a disciplinare

Ne consegue che ove il contratto o accordo collettivo disponga il riconoscimento a favore del prestatore di lavoro, di diverse forme di tutela, anche attraverso una loro quantificazione economica (una somma diretta o una somma forfettaria), queste ultime devono riferirsi alla parte economica e normativa del contratto, avendo efficacia sul contenuto delle situazioni di diritto che regolano il rapporto individuale tra l'impresa e il lavoratore ⁽²¹²⁾. Secondo questa lettura, rientrerebbe nella parte normativa (ed economica) la contribuzione prevista dal contratto o dall'accordo collettivo per il finanziamento al fondo e per le prestazioni sanitarie da erogare ⁽²¹³⁾.

Allora, la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo è così stata superata imponendo alle parti datoriali di corrispondere in alternativa una retribuzione accessoria di natura compensativa al lavoratore, di importo più elevato rispetto a quella invece stabilita come contribuzione al fondo sanitario integrativo. Una siffatta retribuzione accessoria, rientrando nelle clausole economiche e normative del contratto collettivo, diventava pienamente estensibile ai datori di lavoro non aderenti. In tal modo, il lavoratore, in virtù del riconoscimento di un tale diritto di natura contrattuale di natura retributiva ⁽²¹⁴⁾, poteva beneficiare ugualmente, sebbene surrettiziamente, di una quota aggiuntiva per finanziare il fondo sanitario integrativo. Conformemente a tale impostazione il Ministero del Lavoro ⁽²¹⁵⁾ ha confermato l'obbligatorietà delle somme accessorie, nei limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva, legittimando di fatto l'alternativa dell'iscrizione alle forme di sanità integrativa.

2. Il «momento costitutivo».

Si può rilevare come l'attenzione dedicata all'individuazione delle fonti istitutive non si riscontri per ciò che attiene altri indispensabili aspetti attinenti alle forme giuridiche assunte dai fondi sanitari integrativi. A differenza dei fondi di previdenza complementare e degli

direttamente il rapporto di lavoro, bensì a regolare i rapporti tra le associazioni sindacali partecipanti alla stipulazione dei contratti medesimi; talché queste ultime clausole creano obblighi e diritti per le parti stipulanti e non già per i singoli lavoratori.

⁽²¹¹⁾ Di tale consapevolezza offrono testimonianza diverse pronunce giurisprudenziali (Cass. civ., 10 maggio 2001, n. 6530 in *Giur. It.*, 2002, 490 nota di PICCHIAMI, Cass. civ., 2 giugno 1995, n. 6173 in *Giust. Civ.*, 1995, I) nelle quali si sostiene la natura obbligatoria di pattuizioni aventi ad oggetto l'istituzione di enti bilaterali e delle commissioni paritetiche nonché la costituzione e il funzionamento di casse integrative di previdenza o di assistenza.

⁽²¹²⁾ Cfr. circ. Min. Lav. 15 dicembre 2010, n. 43.

⁽²¹³⁾ Secondo la Suprema Corte va riconosciuto «carattere retributivo esclusivamente alle prestazioni da corrispondersi in sostituzione di obblighi precisi del datore di lavoro e natura previdenziale ed assistenziale a quelle di tipo meramente eventuale legate all'avverarsi di determinate situazioni pregiudizievoli la cui contribuzione, tra l'altro, è esclusa dal reddito imponibile a fini contributivi ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. f), D.P.R. n. 797/1995 come riformulato dall'art. 6, decreto legislativo n. 314/1997» (Cass. civ., 10 maggio 2001, n. 6530 in *Giur. It.*, 2002, 490 nota di PICCHIAMI).

⁽²¹⁴⁾ Conformemente v. BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 41 e ss..

⁽²¹⁵⁾ Cfr. circ. Min. Lav. 15 dicembre 2010, n. 43.

ammortizzatori contrattuali, la disciplina non contiene disposizioni specifiche che regolino gli aspetti definitivi e i requisiti organizzativi. Secondo taluni autori, partendo dal dato letterale «fondi integrativi del Servizio Sanitario Nazionale», è possibile giungere alla riconduzione di una struttura prevalentemente patrimoniale, analoga alla fondazione, quale potrebbe essere il patrimonio di destinazione separato nell'ambito del patrimonio dell'imprenditore di cui all'art. 2117, del codice civile. Tale lettura parrebbe avvalorata dall'impiego delle locuzioni contenute nell'art. 9, comma 8, lett. d) ed e) della medesima legge, posto che il riferimento «ai destinatari o ai sottoscrittori del fondo» - e non già gli iscritti - andrebbe interpretato come un segnale della volontà del legislatore di non privilegiare strutture nelle quali prevale l'elemento soggettivo, quali le associazioni non riconosciute ovvero le associazioni dotate di personalità giuridica, ai sensi dell'art. 12, del codice civile.

Si osserva, secondo un'altra posizione ⁽²¹⁶⁾, che il riferimento agli organi di amministrazione e controllo, contenuto nel comma 8, lett. b), dell'art. 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 lascerebbe invece ipotizzare una preferenza del legislatore per i soggetti dotati di autonomia patrimoniale.

Al di là di queste argomentazioni, i fondi sanitari integrativi possono essere costituiti sia come soggetti giuridici di natura associativa ai sensi dell'art. 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa, sia come soggetto dotati di personalità giuridica ai sensi dell'art. 12, del codice civile. L'art. 36 del codice civile dispone che l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi degli associati mentre l'art. 37 stabilisce che i contributi degli associati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il fondo comune dell'associazione ⁽²¹⁷⁾. Resta però il fatto che, in assenza di una disposizione che imponga l'obbligo di dotare i fondi sanitari integrativi di una propria autonomia giuridica, al pari di quanto è avvenuto per i fondi di previdenza complementare ⁽²¹⁸⁾ in astratto non è preclusa la costituzione, ai sensi dell'art. 2117, c.c., come patrimonio di destinazione, separato ed autonomo nell'ambito del soggetto istitutore, ove siffatti fondi non siano distratti dal fine dal quale sono destinati e sempreché essi non formino oggetto di esecuzione da parte dei creditori del fondo medesimo o del lavoratore ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁶⁾ BAGNOLI R., *Fondi integrativi. Perché non decollano*, op. cit..

⁽²¹⁷⁾ Finché questa dura i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretendere la quota in caso di recesso. E' unanimemente condiviso che dette entità, pur prive della personalità giuridica, sono pur sempre connotate da una piena soggettività. L'associazione priva di riconoscimento vanta una propria consistenza soggettiva, distinta da quella dei singoli associati, ed è dotata di un proprio compendio patrimoniale. Esse possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo gli accordi degli associati, è conferita la presidenza o la direzione dell'associazione (art. 36, comma secondo, del codice civile e art. 75 cod. proc. civ.). Sul punto, approfonditamente, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 159 e ss..

⁽²¹⁸⁾ Cfr. prima l'art. 5, legge 8 agosto 1995, n. 335 e successivamente l'art. 4, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. LUCANTONI S., *Fondi sanitari integrativi*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale, Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 299.

L'assenza di regole in ordine alla costituzione dei fondi è controbilanciata dalla presenza di disposizioni che, oltre a delimitarne l'applicazione, ne caratterizzano l'ambito di intervento, giustificandosi con lo scopo di prevenire possibili comportamenti distorsivi ma non anche, in termini di coerenza sistematica, con la finalità sociale assegnata ai fondi medesimi. In specie, i fondi sanitari integrativi hanno l'obbligo, ai sensi del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502: a) di impiegare la denominazione di «fondo integrativo del Servizio sanitario Nazionale» (art. 9, comma 2); b) di non adottare meccanismi di selezione dei rischi (art. 9, comma 3); c) di non operare in concorrenza con il Servizio sanitario nazionale (art. 9, comma 4). Se con il primo è dato rilevare un ulteriore segnale di continuità con i fondi di previdenza complementare ⁽²²⁰⁾, particolare rilevanza assume il divieto di selezione dei rischi degli iscritti che è peraltro ribadito nella *lett. f)* del comma 3 del medesimo art. 9, giacché precisa che l'istituzione di fondi sanitari integrativi con atti assunti da soggetti pubblici e privati possa avvenire a condizione che «contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti».

3. Il criterio di volontarietà nell'accesso ai fondi e la prevalenza della dimensione collettiva e sindacale.

Anche nei fondi sanitari integrativi è confermato il modello della previdenza complementare: definita la cornice contrattuale che istituisce il fondo sanitario e reso operativo tale accordo con la materiale costituzione del fondo, è il lavoratore che sceglie se aderire al piano sanitario e sfruttare l'opportunità che la contrattazione collettiva ha determinato ovvero decidere di rinunciare. Si aggiunga che i fondi sanitari integrativi possono prevedere tra i loro iscritti tutti i lavoratori, indipendentemente dalla qualifica posseduta, ovvero in possesso di una specifica qualifica professionale [ad esempio quella dirigenziale ⁽²²¹⁾] o, in alcuni casi, ove operino in specifici settori ⁽²²²⁾. Neppure è esclusa la possibilità di prevedere diversi fondi sanitari integrativi a favore dei lavoratori che operino in determinati settori produttivi all'interno di una stessa azienda o gruppo ⁽²²³⁾.

⁽²²⁰⁾ Il riferimento è all'art. 1, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

⁽²²¹⁾ Si prenda ad esempio il F.A.S.I., Fondo Assistenza Sanitaria Integrativa per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi, che persegue finalità di assistenza sanitaria, integrativa alle prestazioni del servizio sanitario Nazionale.

⁽²²²⁾ Si prenda ad esempio il F.A.S.D.A.C. «Mario Besusso», Fondo di Assistenza Sanitaria per i dirigenti delle aziende commerciali, di trasporto e spedizione, dei magazzini generali, degli alberghi e delle agenzie marittime.

⁽²²³⁾ E' il caso del gruppo ENI che è dotato di due fondi: il primo per i dipendenti delle aziende del gruppo che applicano il c.c.n.l. Energia e Petrolio, (F.I.S.) e il secondo a favore dei dirigenti delle aziende del gruppo (F.I.S.D.E.).

Si è già detto della soluzione adottata dalla contrattazione collettiva per ovviare alla mancata adesione della parte datoriale alle associazioni stipulanti e, dunque, della questione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi. Peraltro, negli ultimi tempi è dato rilevare la tendenza delle imprese ad incrementare la quota di contribuzione ai fondi sanitari fissata dai contratti nazionali ⁽²²⁴⁾. In questa sede occorre aggiungere che in dottrina si individua nella modalità di adesione l'origine dell'eterogeneità esistente tra i diversi fondi sanitari: questa in effetti implica «diversi livelli di *pooling* dei rischi individuali e ha conseguenze dirette sulle possibilità di avere problemi di selezione avversa (o autoselezione)» ⁽²²⁵⁾. Così, mutuando l'esperienza della previdenza complementare, si fa riferimento alla differenza tra i cosiddetti fondi (sanitari) chiusi e i fondi (sanitari) aperti, dove i primi sono rivolti a categorie predeterminate di potenziali iscritti, mentre i secondi si rivolgono a soggetti indifferenziati o che non vincolano l'iscrizione a categorie specifiche di soggetti. Ne discende che più i fondi sono rivolti a un pubblico indistinto di singoli iscritti, tanto più i rischi di autoselezione appaiono rilevanti. In questa situazione, «i fondi dovranno definire condizioni e clausole di salvaguardia mantenendo franchigie, compartecipazioni alla spesa, massimali e carenze» ⁽²²⁶⁾.

4. Struttura di governo dei fondi sanitari integrativi.

Sul versante degli organi dei fondi sanitari è dato segnalare l'assenza di specifiche disposizioni legislative attinenti alla composizione degli organi di amministrazione e di controllo: le regole di funzionamento avrebbero dovuto essere emanate con un apposito decreto del Ministero della Salute che però non è mai venuto alla luce. Difatti, l'art. 9, comma 10, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 stabiliva che, entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della disciplina del trattamento fiscale, doveva essere emanato, su proposta del Ministro della sanità, un apposito regolamento che aveva ad oggetto la disciplina: a) delle modalità di costituzione e di scioglimento; b) della composizione degli organi di amministrazione e di controllo; c) delle forme e le modalità di contribuzione; d) dei soggetti destinatari dell'assistenza; e) del trattamento e le garanzie riservate al singolo sottoscrittore e al suo nucleo familiare; f) delle cause di decadenza della qualificazione di fondo integrativo del Servizio sanitario nazionale. E' pur vero che l'assenza del regolamento di attuazione non preclude l'applicazione delle vigenti disposizioni civilistiche che impongono l'individuazione di organi

⁽²²⁴⁾ Emblematico è il caso dell'impresa farmaceutica Angelini che nel 2011 ha previsto nell'accordo aziendale una riduzione del premio di produttività rispetto al 2010, compensato dall'estensione ai familiari dei lavoratori della copertura sanitaria offerta da Fonchim, totalmente a carico dell'azienda, mentre per i lavoratori non interessati alla copertura sanitaria è stata assicurata un'estensione un'integrazione al fondo di previdenza complementare Fonchim.

⁽²²⁵⁾ LABATE G., TARDIOLA A., *La sanità integrativa in Italia*, in DE VINCENTI C., FINOCCHI GHERSI R., TARDIOLA A. (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011.

⁽²²⁶⁾ CAVAZZA M., DE PIETRO C., *Assetto istituzionale e scelte di gestione in sei fondi sanitari*, 191, 2012.

indispensabili della vita associativa, quali l'assemblea e l'organo di amministrazione che, come è noto, rappresentando la volontà collettiva dei partecipanti, devono necessariamente presentarsi distinti e indipendenti dalle fonti istitutive che hanno partecipato alla creazione del fondo. Ma è altrettanto pacifico che neppure sussiste un obbligo del fondo sanitario di dotarsi di una struttura dotata di autonomia giuridica, rimanendo almeno in via potenziale aperta la strada della possibile configurazione del patrimonio di destinazione e, in questo caso, al più di un organismo di sorveglianza. Ad ogni modo, ciò che desta più di una perplessità è la mancata attuazione delle previsioni normative in ordine all'obbligatorietà di prevedere un organo di controllo o di sorveglianza, meglio se con composizione ripartita, specie ove si considerino la natura economica del fondo sanitario integrativo e il particolare interesse che esso persegue. Esso avrebbe la funzione di svolgere un controllo sulla gestione e sull'attività del fondo, verificando l'osservanza ai principi sanciti dal legislatore e dell'eventuale atto costitutivo. Un controllo che non è semplicemente formale, ma si estenderebbe al merito, sebbene da correlare a specifiche competenze e professionalità.

Infine, neppure va trascurata l'assenza di principi, nel caso di fondi istituiti sulla base dei contratti e accordi collettivi di cui all'art. 9, comma 3, *lett. a)* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, che dovrebbero riguardare gli organi statutari dei fondi sanitari integrativi, quali la pariteticità della rappresentanza e il ricorso al metodo elettivo per l'individuazione dei rappresentanti dei lavoratori, sebbene l'esperienza pratica mostra che tali criteri sono seguiti dalle fonti istitutive dei principali fondi sanitari integrativi che attualmente operano sul mercato.

5. Il sistema degli incentivi fiscali.

L'obiettivo della disciplina dei fondi sanitari integrativi del Servizio Sanitario è «quello di favorire l'estensione di forme di copertura sanitaria integrativaper mezzo del riconoscimento di benefici fiscali e di una normazione capace di coinvolgere anche quella parte di utenza che fino ad oggi non ha goduto di una copertura assicurativa complementare per la mancanza di strumenti idonei a favorire l'entrata nel mercato del lavoro». La disciplina appare disarticolata e presumibilmente si renderebbe opportuna una revisione in un'ottica complessiva, valutando gli attuali squilibri e tenendo conto anche delle altre opportunità fiscali attualmente previste ⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁷⁾ Cfr. PROCOPIO M., *La fiscalità della sanità integrativa*, Roma, 2010.

Come si è anticipato, il legislatore, avendo definito a decorrere dall'anno 2010, gli ambiti di intervento dei fondi sanitari integrativi e degli enti, casse e società di mutuo soccorso ⁽²²⁸⁾, ha sancito che i fondi sanitari integrativi, di cui all'art. 9, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, che erogano prestazioni negli ambiti di intervento stabiliti con decreto del Ministro della salute 27 ottobre 2009, fruiscono di un trattamento fiscale agevolato da associare al versamento dei contributi, essendo questi ultimi deducibili dal reddito complessivo fino ad un massimo di euro 3.615,20, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. *e-ter*) del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ⁽²²⁹⁾.

Il presupposto per il riconoscimento della deduzione fiscale dei contributi versati è rappresentato dall'iscrizione iniziale all'Anagrafe e, a regime, dai successivi rinnovi annuali, da parte dei fondi sanitari, nonché degli enti o casse assistenziali e delle società di mutuo soccorso ⁽²³⁰⁾.

Per i contributi versati nell'interesse delle persone fiscalmente a carico, che si trovino nelle condizioni ivi previste, la deduzione spetta per l'ammontare non dedotto dalle persone stesse, fermo restando l'importo complessivamente stabilito.

Accanto a tale incentivazione, il legislatore riconosce anche una detrazione di imposta cui può godere l'iscritto per le spese mediche (anche per assistenza specifica o per spese chirurgiche concernenti prestazioni specialistiche, protesi dentarie e sanitarie in genere) rimaste a suo carico per la parte eccedente euro 129,11, ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. *c*), del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ⁽²³¹⁾. Occorre poi segnalare che la norma di cui all'art. 51, comma 2, lett. *a*), del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 stabilisce che non concorrono a formare il reddito i contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale in conformità a disposizioni di contratto o di

⁽²²⁸⁾ Gli altri fondi (enti, casse e società di mutuo soccorso aventi esclusivamente fine assistenziale) che, come si è visto, coprono anche prestazioni fornite dal servizio sanitario nazionale e che iscritti all'Anagrafe rispettano i vincoli imposti ai sensi del D.M. 31 marzo 2008 (destinazione di una percentuale minima, pari al 20 per cento, delle risorse raccolte a coprire tipologie di prestazioni che possono essere considerate integrative del servizio sanitario nazionale e iscrizione all'anagrafe dei fondi e trasmissione di una serie di informazioni sulle loro caratteristiche) possono godere dell'incentivazione tributaria di cui all'art. 51, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, riferita alla determinazione del reddito di lavoro dipendente. Occorre poi segnalare che se la contribuzione a favore del fondo che eroga prestazioni sostitutive non deriva da un contratto (o un accordo o un regolamento aziendale), è da escludersi l'applicabilità dell'art. 51, comma 2, lett. *a*), D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 sebbene in tal caso, è comunque possibile detrarre le spese sanitarie, anche rimborsate, sostenute dall'iscritto al fondo, così come previsto dall'art. 15, lett. *c*), penultimo periodo, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

⁽²²⁹⁾ L'art. 10, comma 1, *e-ter*) recita: «[...] i contributi versati, fino ad un massimo di euro 3.615,20, ai fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale istituiti o adeguati ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, che erogano prestazioni negli ambiti di intervento stabiliti con decreto del Ministro della salute da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione [...]».

⁽²³⁰⁾ Al fine di evitare la duplicazione della detassazione dei contributi, il medesimo art. 10, comma 1, lett. *e-ter*) stabilisce che per il calcolo del predetto limite si tiene conto anche dei contributi di assistenza sanitaria versati ai sensi dell'art. 51, comma 2, lett. *a*) del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

⁽²³¹⁾ L'impossibilità di fruire del medesimo regime tributario da parte di soggetti diversi dai lavoratori dipendenti e dai pensionati suscita più di una perplessità ove si considerino i principi degli artt. 3 e 53 Cost. e, dunque, le eventuali eccezioni per violazione dei predetti precetti costituzionali.

accordo o di regolamento aziendale, che operino negli ambiti di intervento stabiliti con il citato decreto del Ministro della salute del 2009 per un importo non superiore complessivamente ad euro 3.615,20 ⁽²³²⁾).

Certamente, le constatazioni fin qui svolte, sotto il profilo tributario, in merito alla deducibilità della contribuzione dei fondi di previdenza complementare, consentono di cogliere una differenziazione non marginale, rispetto ai fondi sanitari integrativi. Esse consentono di acquisire consapevolezza della funzione c.d. di risparmio previdenziale assegnata alla previdenza complementare. Come si è in precedenza detto, l'art. 8, comma 4, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 dispone la deducibilità dei contributi versati a favore delle forme pensionistiche complementari fino ad un massimo di euro 5.164,57, indipendentemente dalla misura di contribuzione prevista dalle fonti istitutive. Il che significa che nella previdenza complementare non assume rilevanza la circostanza che un dipendente (e lo stesso datore di lavoro) decida di eseguire, e di fatto esegui, versamenti a favore di fondi pensione di importo anche superiore a quello previsto dagli accordi contrattuali al fine di dedurre gli importi non eccedenti ai limiti anzidetti.

Nei fondi sanitari integrativi, la formulazione poco felice dell'art. 10, comma 1, *lett. e-ter*), del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 lascia spazio ad una interpretazione più restrittiva in quanto la disposizione non escluderebbe che la detassazione dei contributi fosse modellata conformemente alle disposizioni di contratto, accordo o regolamento aziendale e al *plafond* da questi assegnato. Più precisamente la norma sembrerebbe consentire l'esclusione dalla base imponibile dei contributi eccedenti il limite previsto dalla contrattazione collettiva. E' tuttavia constatazione comune che il dato letterale della norma che fa riferimento agli accordi tra le parti sociali, e non invece ai limiti di contribuzione in essa contenuti, consente di concludere che i contributi, entro il limite massimo di euro 3.615,20, potranno essere esclusi, dalla base imponibile del reddito di lavoro dipendente, anche se di importo superiore rispetto a quello stabilito dalla contrattazione collettiva ⁽²³³⁾).

⁽²³²⁾ In assenza di tale espressa esclusione i contributi che discendono dalla contrattazione, sia collettiva che aziendale, non sarebbero risultati esclusi dalla base imponibile in quanto considerati, sotto ogni profilo, facenti parte del c.d. «assetto salariale».

⁽²³³⁾ V. in questo senso anche PROCOPIO M., *Il trattamento tributario dei contributi versati ai fondi sanitari* in *Dir. Prat. Trib.*, 2, 2012, 376 e ss., che argomenta di «una norma incoerente ed irrazionale» specie ove venisse interpretata in senso restrittivo, «[...] ponendosi in netto contrasto con la analoga disposizione contenuta nell'art. 10 del t.u.i.r. la quale, a fini della deducibilità dal reddito complessivo, non prevede – né potrebbe prevedere – alcuna limitazione alla contribuzione a favore dei fondi sanitari integrativi del Servizio sanitario nazionale».

6. Il principio della ripartizione a base della gestione dei fondi sanitari integrativi e le regole sulla vigilanza.

A differenza della previdenza complementare, il sistema dei fondi sanitari integrativi non si basa sul principio della capitalizzazione bensì su quello tradizionale della ripartizione, vale a dire commisurando l'entità dei contributi da incassare in un anno all'entità delle prestazioni sanitarie che nell'anno stesso si prevede dovranno essere erogate. Sotto questo profilo, le forme integrative di assistenza sanitarie sono espressione di una solidarietà che deve necessariamente coinvolgere tutti i soggetti, in modo da enfatizzare il connotato socio-assistenziale dei fondi. Mentre la previdenza sociale si orienta sul decollo della previdenza complementare e confida nell'aumento della produttività, pur nella consapevolezza che è destinata comunque a ridursi la proporzione tra la prestazione previdenziale e il reddito procapite, il settore sanitario si presenta più problematico, perché, a differenza della previdenza, non è un settore di trasferimenti diretti di risorse. Secondo la dottrina più attuale, l'attuale sostenibilità dei sistemi pubblici, finanziati a ripartizione, sono messi a repentaglio dal processo di invecchiamento della popolazione e di continua crescita della spesa potenziale per esigenze di salute. Precisamente, «non vale più il teorema di Aaron che nelle fasi demografiche di espansione, in cui le generazioni giovani sono più numerose di quelle anziane, identifica nella ripartizione il meccanismo più efficiente sia per spostare risorse nel tempo sia per finanziare coperture sanitarie universali... diventa, proponibile il ribilanciamento del finanziamento a ripartizione con iniezione di capitalizzazione reale»⁽²³⁴⁾.

Rispetto alla previdenza complementare dove è individuata una specifica *authority* [*rectius*, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione⁽²³⁵⁾] cui è devoluta la regolazione della previdenza complementare collettiva, la vigilanza sull'attività dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale è affidata ad una pluralità di soggetti. Da un lato, è dato ravvisare la presenza di un'Anagrafe dei fondi sanitari presso il Ministero della Salute, istituita dal decreto ministeriale del 27 ottobre 2009, che ha lo scopo di raccogliere annualmente dai fondi una specifica documentazione (atto costitutivo, regolamento, nomenclatore di prestatore garantite, bilancio preventivo e consuntivo, modelli di adesione relativo al singolo iscritto ed eventualmente del nucleo familiare) nonché di un Osservatorio dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale⁽²³⁶⁾ e, dall'altro, la competenza delle Regioni in materia di vigilanza, ove si

⁽²³⁴⁾ PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in DELL'ARINGA C., TREU T. (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 265 e 266.

⁽²³⁵⁾ V. art. 19, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

⁽²³⁶⁾ L'Osservatorio, in attesa dell'annunciato regolamento ministeriale, dovrebbe svolgere le funzioni di raccolta e di elaborazione dei dati informativi sui fondi sanitari integrativi relativamente alle prestazioni assistenziali, ai profili economici delle attività, con particolare riferimento alla contribuzione, alle caratteristiche dei soggetti e alle modalità

tratti di fondi istituiti a livello regionale o infraregionali (art. 9, comma 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502), ovvero dello Stato ove si tratti di fondi sanitari istituiti e gestiti a livello ultraregionale (art. 122, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112).

7. Il possibile ricorso alle prestazioni rese a soggetti non autosufficienti.

Nel Libro Verde pubblicato dal Ministero del Lavoro è scritto che «le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro possono dare vita ad un robusto welfare negoziale, nella dimensione nazionale come in quella territoriale, organizzando una vera e propria cogestione diffusa dei servizi che danno valore alla persona» ⁽²³⁷⁾. In effetti, un ambito di intervento nel quale i fondi sanitari integrativi si sono mostrati renitenti è quello dell'autosufficienza che è attualmente offerta da un'assoluta minoranza dei fondi e fra essi importanti esempi sono offerti dal contratto del personale assicurativo e di quello bancario ⁽²³⁸⁾. Recenti studi hanno evidenziato che la maggioranza dei fondi integrativi operanti nel sistema sanitario non offrono il rimborso per la copertura delle spese della non autosufficienza ⁽²³⁹⁾.

Tale riluttanza è frutto di diversi elementi, tra i quali: a) la difficoltà di conciliare logiche sanitarie a ripartizione (prevalenti nel caso di prestazioni sanitarie acute) con logiche più previdenziali e a capitalizzazione (prevalenti nel caso della *Long Term Care*); b) l'insicurezza attuale e, soprattutto, futura del quadro di tutele pubbliche sulla non autosufficienza e sulla *Long Term Care*, che rende difficile costruire scenari economici solidi; c) la natura di diversi fondi sanitari, originati nella contrattazione collettiva e dunque legati strettamente a schemi di appartenenza lavorativa (quindi temporanee), più che a logiche individuali ⁽²⁴⁰⁾.

Tuttavia, secondo alcuni «la non autosufficienza potrebbe costituire un terreno privilegiato per verificare l'efficace operatività dei fondi sanitari integrativi, posto che i soggetti non autosufficienti potrebbero essere maggiormente affidati alle prestazioni individualizzate che possono essere erogate dai fondi» ⁽²⁴¹⁾. Invero, tale tesi è contraddetta dalla connaturata natura della non autosufficienza e della *Long Term Care* che si presenta come condizione strettamente

di svolgimento della gestione, di predisposizione di relazioni sull'andamento dell'assistenza sanitaria e di promozione di ricerche, di pubblicazione di informazioni utili alla conoscenza del settore.

⁽²³⁷⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro Verde sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009.

⁽²³⁸⁾ TURCHETTI G., *La non autosufficienza quale possibile contributo dal settore assicurativo?* in PEDONE A. (a cura di), *La sanità in Italia*, Il Sole 24 ore, Milano, 2008. Nel settore bancario l'esempio è rappresentato dalla CASDIC. Lo stato di non autosufficienza dovrebbe essere realizzato qualora il soggetto sia incapace a svolgere tre o più attività della vita quotidiana, secondo il classico schema delle ADL.

⁽²³⁹⁾ NERI S., *I fondi previdenziali e sanitari nel welfare aziendale*, in Riv. Pol. Soc., 3, 2012, 136; JESSOULA M., PAVOLINI E., *Annual National Report 2012. Pensions, Health Care and Long Term Care*, Asisp, 2012.

⁽²⁴⁰⁾ Proprio a fronte di tali difficoltà alcuni paesi europei (Olanda e Germania) hanno optato per un'assicurazione di *Long Term Care* di tipo obbligatorio nell'ambito del preesistente sistema di assicurazioni sociali.

⁽²⁴¹⁾ PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, op. cit., 472.

legata all'età degli assistiti e diventa apprezzabile soprattutto in età avanzata, quando gli assistiti fruiscono del trattamento pensionistico obbligatorio. Proprio questo motivo, si tratta di un'assistenza che mal si concilia con il funzionamento delle casse sanitarie aziendali o dei fondi originati nei contratti collettivi» ⁽²⁴²⁾. La prestazione garantita con la *Long Term Care* può assumere due forme: a) la corresponsione di una somma di denaro a titolo di risarcimento o in forma di indennità fissa determinata in funzione del bisogno; b) l'assistenza diretta presso centri convenzionati con il fondo sanitario integrativo ⁽²⁴³⁾.

In tale contesto è dato segnalare anche la presenza di proposte di una garanzia *Long Term Care* a favore degli iscritti alle forme di previdenza complementare. Si tratterebbe di una misura necessariamente solidaristica, in quanto ne fruirebbero soltanto coloro che venissero a trovarsi in condizioni di non autosufficienza, mentre il finanziamento sarebbe obbligatorio per tutti gli appartenenti alla comunità (compresi i pensionati). Secondo uno studio condotto dall'Isvap si tratterebbe di destinare (attraverso una deliberazione statutaria e regolamentare) al fondo pensione «una quota aggiuntiva del contributo (o del premio in caso di polizza sanitaria integrativa) ai casi di non autosufficienza. Ove gli statuti prevedessero forme di tutela *Long Term Care*, la legge dovrebbe limitarsi unicamente a sancire l'obbligo di convenzionarsi con una o più compagnie di assicurazione, proprio per avvalersi della loro specifica professionalità» ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴²⁾ CAVAZZA M, DE PIETRO C., *Assetto istituzionale e scelte di gestione in sei fondi sanitari*, 231, 2012.

⁽²⁴³⁾ Esperienze di *Long ter care* sono ravvisabili nella Cassa interaziendale di assistenza sanitaria «Carlo De Lellis» i dipendenti delle aziende, quadri e non, ad esclusione dei dirigenti che fruiscono per contratto del fondo di assistenza Sanitaria Fasdac.

Originale si presenta la soluzione adottata nel Regno Unito le cui compagnie di assicurazione hanno proposto schemi nazionali del tipo *equity release scheme* che ricomprende due diverse modalità operative: *l'home income plan* in cui viene accesa una ipoteca sulla casa il cui ricavato può essere utilizzato per garantire all'assicurato una rendita annua e *l'home reversion scheme* in cui la casa viene venduta ma si mantiene il diritto di abitarvi fino alla morte.

⁽²⁴⁴⁾ ISVAP, *La non autosufficienza degli anziani: il caso italiano alla luce delle esperienze estere*, in ISVAP (a cura di), *Quaderno Isvap n. 11*, Roma, 2007, 87 e ss.. secondo cui la quota di contributi e di premi rivolti alle *Long term Care* dovrebbe confluire in un capitolo specifico a sostegno di prestazioni *standard* (calcolate secondo criteri probabilistici ed attuariali) da erogare agli iscritti non autosufficienti.

CAPITOLO QUARTO

IL WELFARE AZIENDALE (E TERRITORIALE)

Sommario: 1. Il quadro «disorganico e a-sistematico» del welfare aziendale (e territoriale) sul piano giuridico e la pluralità di prospettive metodologiche e disciplinari ad esso riferibili. – 2. La dimensione unilaterale, il ricorso ai contratti di rete e il welfare autofinanziato dai lavoratori. – 3. Welfare aziendale e relazioni industriali: il coinvolgimento delle parti sociali a livello decentrato e il ricorso alla bilateralità. – 4. La politica aziendale di «total reward» a sostegno del welfare aziendale e al fine di costruire una solida e duratura *corporate identity*. – 5. La diffusione del welfare aziendale affidata alle incentivazioni di natura fiscale: gli artt. 51 e 100 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. – 6. L'eterogeneità dei beni e servizi che il welfare aziendale mira ad assicurare rispetto alla «previdenza contrattuale».

1. Il quadro «disorganico e a-sistematico» del welfare aziendale (e territoriale) sul piano giuridico e la pluralità di prospettive metodologiche e disciplinari ad esso riferibili.

L'emergere di aziende che agiscono in base ad un interesse non egoistico (*no self-interest*) e al benessere altrui ⁽²⁴⁵⁾, ha condotto alla diffusione del c.d. «welfare aziendale», espressione impiegata per indicare in modo breviloquente l'insieme di *benefit* e servizi, forniti ai propri dipendenti al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa ⁽²⁴⁶⁾, che vanno dal sostegno al reddito familiare, allo studio e alla genitorialità, alla tutela della salute, fino a proposte per il tempo libero, ai contributi, alle borse di studio per le spese scolastiche e alle agevolazioni di carattere commerciale ⁽²⁴⁷⁾. Spazio crescente all'interno delle aziende, ma anche nelle amministrazioni pubbliche, è occupato dalla sfera del *work-life balance*, che si presenta finalizzato all'obiettivo di favorire un migliore equilibrio nell'uso del tempo, nella vita personale, nell'ottica di contribuire allo sviluppo armonico della «persona».

Si tratta di una nozione estremamente ampia che raccoglie, al pari della responsabilità sociale delle imprese, una «pluralità di prospettive metodologiche e disciplinari che spaziano dalla scienza politica all'economia, dal diritto all'etica» ⁽²⁴⁸⁾. Ciò fa comprendere che se le «potenzialità di sviluppo del welfare privato... sono molteplici», esse «risentono del contesto

⁽²⁴⁵⁾ ZAHARA S.A., GEDAJLOVIC E. - NEUBAUM D.O., SHULMAN J.M., *A Typology of Social Entrepreneurs: Motives, Search Processes and Ethical Challenges*, in *Journal of Business Venturing*, 2009, n. 24, 519-532.

⁽²⁴⁶⁾ Tali nuove forme di protezione (e investimento) sociale vengono definite da alcuni autori con il nome di «secondo welfare» (FERRERA M., *Secondo welfare: perché? Una introduzione* in MAINO F., FERRERA M. (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, 2013 in <http://secondowelfare.it>. secondo cui l'aggettivo ha una duplice connotazione: a) temporale, trattandosi di forme che s'innestano sul tronco del «primo» welfare, quello edificato dallo Stato nel corso del Novecento, soprattutto durante il Trentennio Glorioso 1945-1975; b) funzionale, posto che il secondo welfare si aggiunge agli schemi del primo, integra le sue lacune, ne stimola la modernizzazione sperimentando nuovi modelli organizzativi, gestionali, finanziari e avventurandosi in sfere di bisogno ancora inesplorate (e in parte inesplorabili) dal pubblico.

⁽²⁴⁷⁾ MALLONE G., *il secondo welfare in Italia: esperienze di welfare aziendale a confronto*, in *Working Paper-2WEL Percorsi di secondo welfare* n. 3, 2013, ISSN 2281-7921, 4.

⁽²⁴⁸⁾ TURSI A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e Responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006.

sociale e istituzionale»⁽²⁴⁹⁾. In altri paesi⁽²⁵⁰⁾ l'attenzione, sul piano legislativo e promozionale, alle imprese che promuovono interventi di welfare è prudentemente ponderata: ad esempio, negli Stati Uniti le politiche pubbliche incoraggiano le azioni dei privati realizzando quello che da alcuni è stato definito come «*enterprise based provision of social protection*»⁽²⁵¹⁾.

Ad ogni modo, non pare in discussione che i tradizionali bisogni previdenziali del lavoratore, tradizionalmente annoverati nelle pensioni, nella sanità e nel sostegno al reddito, si sono oltre modo schiusi ad altri che hanno ricevuto decisamente meno attenzione sul piano normativo, ma non anche su quello scientifico se già da qualche anno qualche autore ha argomentato dell'emersione di «nuovi rischi sociali»⁽²⁵²⁾ o su quello pratico-operativo se si considera che gli interventi di welfare attuati e promossi dalle imprese a favore dei propri dipendenti rappresentano una pratica sperimentata a partire dagli ultimi quindici – venti anni⁽²⁵³⁾. Si comprende allora che la libertà dei privati, sancita a livello costituzionale (artt. 18, 33, 38 e 39), di organizzarsi per finalità previdenziali, assistenziali, culturali e di istruzione avvalorata la convinzione che «lo sviluppo del welfare privato, e segnatamente di quello aziendale, non è posto in contraddizione con le basi del welfare pubblico; ma è legittimato ad arricchirlo, ampliando la capacità di risposta dell'intero sistema alla domanda di qualità sociale e al benessere delle persone»⁽²⁵⁴⁾. Trattasi di arricchimento e non di un mero svuotamento, giacché «pensare che le aziende, con le loro risorse economiche, possano rimpiazzare i tagli (area dell'infanzia) o i buchi (area della non autosufficienza) nella copertura pubblica è velleitario, a meno che non si voglia privatizzare in maniera nascosta quel poco di pubblico che c'è in Italia nel campo dei nuovi rischi sociali»⁽²⁵⁵⁾.

Si aggiunga poi che non sempre il welfare aziendale trova la sua fonte di regolazione nella bilateralità: anzi in esso pare connaturarsi un'indole unilaterale specie ove si considerino talune misure, interventi e servizi di che sono peraltro sono oggetto di incentivazione e di agevolazione sul piano tributario. Anzi, a ben vedere, nei casi di intervento unilaterale di

⁽²⁴⁹⁾ TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 4.

⁽²⁵⁰⁾ Per un'analisi delle politiche di welfare in azienda nel Regno Unito e nella Germania, v. SEELEIB-KASER M., FLECKENSTEIN T., *The Political Economy of Occupational Family Policy: Comparing Workplaces in Britain and Germany in British Journal of Industrial Relations*, vol. 47, 4, 2009, 741 -764.

⁽²⁵¹⁾ MARES I., *The Politics of Social Risk. Business and Welfare State Development*, Cambridge University Press, New York, 2003.

⁽²⁵²⁾ Cfr. TAYLOR-GOOBY P., *New Risks, New Welfare. The Transformation of the European Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2004 che individua alcuni mutamenti che hanno riportato al centro dell'attenzione la copertura dei bisogni di cura, di anziani e minori, della conciliazione per i lavoratori (e lavoratrici) e il tema della transizione scuola - lavoro.

⁽²⁵³⁾ Cfr. ASCOLI U., MIRABILE M. L., PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare del lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa di impresa in Italia*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 55 secondo cui tali fenomeni si riconducono al cd. «paternalismo padronale di fine Ottocento e inizio Novecento o ai casi di imprenditorialità illuminata ispirati alla filosofia olivetiana della prima metà del ventesimo secolo».

⁽²⁵⁴⁾ TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività...* op. cit., 5.

⁽²⁵⁵⁾ REGALIA I., *La protezione sociale del lavoro come tema delle relazioni industriali* in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 27.

welfare aziendale pare replicarsi l'esperienza dei fondi pensione di previdenza complementare la cui primigenia origine è unanimemente attribuita, anteriormente, all'emanazione del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, all'iniziativa unilaterale di quei datori di lavoro che disponevano di risorse economiche da destinare ai bisogni previdenziali dei propri dipendenti cui riconoscevano peraltro anche prestazioni, almeno inizialmente, «definite» al momento della loro adesione ⁽²⁵⁶⁾.

L'unica differenza tra quella esperienza e l'attuale sembra potersi rinvenire nell'eterogeneità dei beni e servizi che il *welfare* aziendale mira ad assicurare che rende difficile pervenire ad una nozione univoca in termini giuridici-contrattuali: si spazia dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione) al diritto non corrispettivo (es. diritto al *part time*, alla flessibilità oraria, al telelavoro), alle politiche *strictu sensu* retributive alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/*work-life* balance, politiche *family-friendly*) ⁽²⁵⁷⁾.

Più precisamente sul piano giuridico vanno ricondotte alla nozione di *welfare* aziendale: a) la previdenza e l'assistenza integrativa e/o complementare, comprensiva della previdenza complementare disciplinata dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252; c) gli ammortizzatori sociali contrattuali di cui alla recente riforma del mercato del lavoro (legge 28 giugno 2012, n. 92); b), l'assistenza sanitaria integrativa disciplina dall'art. 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502; d) le forme di retribuzione non monetarie (*fringe benefits*, retribuzione in natura, beni e servizi aziendali per la generalità dei dipendenti o loro familiari).

Non vi è però dubbio che tra i contenuti del *welfare* aziendale, la previdenza e la sanità rivestono un'importanza fondamentale che trova un'inequivocabile conferma sia dalle risorse investite sia dall'ambito di diffusione. Peraltro, alle prestazioni sanitarie negli ultimi tempi si affiancano i servizi di assistenza alle persone che rispondono alla profonda evoluzione demografica, sociale e culturale e degli stili di vita dei nostri tempi ⁽²⁵⁸⁾.

2. La dimensione unilaterale, il ricorso ai contratti di rete e il welfare autofinanziato dai lavoratori.

Gli interventi di *welfare* possono essere soddisfatti ricorrendo al modello dell'iniziativa unilaterale del datore di lavoro, il quale di fronte ad una richiesta di bisogni di diverso genere e

⁽²⁵⁶⁾ Solo dopo l'emanazione dell'ora abrogato art. 8, decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 venne stabilito che «il finanziamento delle forme pensionistiche complementari grava sui destinatari e, se trattasi di lavoratori subordinati, ovvero di soggetti di cui all'art. 409, punto 3), del codice di procedura civile, *anche* sul datore di lavoro, ovvero sul committente, secondo le previsioni delle fonti costitutive che determinano la misura dei contributi».

⁽²⁵⁷⁾ TURSÌ A., *Welfare aziendale: profili istituzionali*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 215.

⁽²⁵⁸⁾ TREU T., *Welfare aziendale. Migliorare la produttività...* op. cit., 11. I servizi di assistenza comprendono sia interventi a sostegno dei vari tipi di disagio sociale e psicologico, attività di assistenza a portatori di *handicap*, invalidi e anziani, (specie non autosufficienti) e sia servizi per bambini e adolescenti, personali e collettivi (dagli asili nido al *baby sitting*).

natura, giunge alla conclusione di costruire un piano di welfare modellato ad immagine dei bisogni previdenziali e sociali dei dipendenti della propria azienda ⁽²⁵⁹⁾. Un modello che suscita particolare interesse per le connesse incentivazioni di natura fiscale che da esso discendono ove abbia ad oggetto, come si vedrà più avanti, l'erogazione di opere e servizi di utilità sociale ⁽²⁶⁰⁾. Trattasi di un modello che cede il passo a quello della contrattazione collettiva, specie aziendale, collocandosi quest'ultima come «un segnale di svolta negli orientamenti delle maggiori organizzazioni sindacali» ⁽²⁶¹⁾ ovvero come di «un nuovo terreno di confronto tra le parti sociali che può contribuire alla qualificazione e allo sviluppo della contrattazione decentrata in un'ottica di relazioni industriali rinnovate...» ⁽²⁶²⁾.

Su un altro versante, sebbene parallelo, si pone il ricorso ai c.d. contratti di rete. In linea generale, con il contratto di rete due o più imprese ⁽²⁶³⁾ si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato (art. 3, comma 4 *ter*, decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con legge 9 aprile 2009, n. 33 e successive modificazioni) ⁽²⁶⁴⁾.

Si tratta di un'evoluzione del tradizionale modello di aggregazione tra imprese rappresentato dal c.d. «distretto industriale», che, come noto, era caratterizzato da una elevata concentrazione, in un territorio ristretto, di piccole imprese specializzate nel medesimo settore produttivo, nell'ambito del quale esse tessevano profondi legami, in termini occupazionali e sociali, con la comunità locale. Per i fini che interessano alla presente ricerca, è opportuno allora soffermarsi sull'oggetto dei contratti di rete.

La legge prevede espressamente che con esso le parti «si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più

⁽²⁵⁹⁾ In tale modello l'organizzazione sindacale viene consultato quale mediatore tra l'azienda e il consenso dei lavoratori senza essere però coinvolto nella gestione e nel *decision making* circa le tematiche di welfare (S. COLOMBO, *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 123).

⁽²⁶⁰⁾ Uno studio dell'Osservatorio Assolombarda, *Il lavoro a Milano*, working paper n. 5/2011, in www.assolombarda.it/fs/201112817553_21.pdf, 2011, ha rilevato come un'impresa su tre stia già adottando iniziative ad hoc e che un 12 per cento sta valutando di farlo quanto prima.

⁽²⁶¹⁾ DEL CONTE M., *Il welfare aziendale in un terzo delle imprese*, in *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2011, 10.

⁽²⁶²⁾ REGALIA I., *La protezione sociale del lavoro come tema delle relazioni industriali* in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 27.

⁽²⁶³⁾ Nella completa assenza di specificazioni o limitazioni legislative, pacificamente si ritiene che qualunque tipo di impresa (individuale o societaria - grande, media o piccola - artigiana - agricola) possa essere parte del contratto di rete, purché sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 c.c. e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese.

⁽²⁶⁴⁾ In dottrina, v. CAFAGGI F. (a cura di), *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali – Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004; CAMARDI C., *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contratti*, 10, 2009; DI LIZIA A., *Contratto di Rete di imprese, Rassegna e clausole contrattuali*, in *Notariato*, 3, 2012.

attività rientranti nell'oggetto della propria impresa». Nello schema normativo, quindi, è previsto nella fase statica dell'atto giuridico che le parti prima predispongano un c.d. programma di rete, ossia un piano generale d'azione volto ad accrescere la capacità innovativa e la competitività, e nella fase dinamica del rapporto giuridico assicurino esecuzione concreta alle attività ivi previste. Tali attività possono essere di tre tipi: a) collaborazione tra le parti in ambiti attinenti l'esercizio delle proprie imprese; b) scambio tra le parti di informazioni o di prestazioni praticamente di qualsiasi natura (industriale, commerciale, tecnica e tecnologica); c) esercizio in comune tra le parti di una o più attività rientranti nell'oggetto delle rispettive imprese.

La formulazione estremamente ampia delle tre figure le rende, di fatto, difficilmente distinguibili. Infatti, atteso che non esiste una definizione giuridica di «collaborare», tale espressione deve essere interpretata nel significato che essa assume nel linguaggio comune, ossia quello di lavorare insieme in modo non occasionale per il perseguimento di un obiettivo comune. Questa nozione di collaborazione viene così ad assorbire le altre due attività, quella dello scambio di informazioni e prestazioni e quella dell'esercizio in comune di attività, le quali a loro volta sono formulate in modo talmente ampio che risulta arduo immaginare qualcosa che non possa rientrare nell'oggetto del contratto di rete. Per questo motivo, l'oggetto non è l'elemento che consente di distinguere il contratto di rete da tutte le altre figure di contratti stipulati tra imprese, in quanto il programma di rete potrà, di volta in volta, coincidere con uno o più altri contratti tipici (si pensi, ad esempio, il contratto di appalto). Ciò che distingue allora il contratto di rete, pertanto, è la causa, vale a dire «lo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato». Ciò conduce a ritenere possibile che con i contratti di rete ⁽²⁶⁵⁾ – si possa realizzare una forma di cooperazione interaziendale per unire competenze ed esperienze e ottenere vantaggi di scala sulla materia del *welfare*, come del resto dimostrano alcune recenti evidenze empiriche ⁽²⁶⁶⁾.

Infine, un altro esempio di *welfare* che presenta la peculiarità di essere interamente autofinanziato dai lavoratori della pubblica amministrazione, dedicato a favore di giovani, anziani, e altri soggetti, e che offre una variegata tipologia di prestazioni con l'obiettivo di promuovere il benessere individuale e collettivo, è contenuto nell'art. 1, comma 245, legge 23 dicembre 1996, n. 662 e nel decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di

⁽²⁶⁵⁾ Secondo i dati di Confindustria RetImpresa del 2013 i contratti di rete sono oggi stipulati da più di mille imprese sul territorio nazionale.

⁽²⁶⁶⁾ Secondo lo studio condotto da MALLONE G. (*Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale* in MAINO F., FERRERA M. (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013, 19 e ss.) tra i primi esperimenti è dato segnalare Giunca, acronimo di Gruppo imprese Unite Nel Collaborare Attivamente, che riunisce piccole, medie e grande imprese del manifatturiero in progetti di welfare. Un altro esempio di rete per il welfare, è quello del BioNetwork, aggregazione di aziende rurali femminili *family friendly* sviluppata nell'ambito del progetto «Impresa donna in ambito rurale» promosso nell'aprile 2011 da Provincia di Pavia, Camera di Commercio di Pavia, i Gruppi di Azione Locale della Lomellina e dell'Alto Oltrepò, in partenariato con le Associazioni datoriali agricole pavesi, la Confederazione Italiana Agricoltori, l'Unione Agricoltori, Copagri e la Federazione Provinciale Coltivatori Diretti.

concerto con il Ministro del Tesoro, del 28 luglio 1998, n. 463. Tali disposizioni prevedono che tutte le prestazioni di welfare (creditizie e sociali), siano finanziate in via esclusiva dalla Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali (il c.d. «Fondo credito»), alimentata dal contributo obbligatorio degli iscritti, dagli interessi dei prestiti e dei mutui ipotecari concessi, dal contributo per le spese di amministrazione e dal premio compensativo dei rischi derivante delle operazioni di credito ⁽²⁶⁷⁾. Un esempio, neppure tanto recente, di ricorso alla mutualità che palesa una soluzione affine a quella di recente prospettata dal legislatore a favore degli enti previdenziali di diritto privato intesa a autofinanziare, sia pure con diverse modalità, misure e interventi di «welfare professionale» ⁽²⁶⁸⁾.

3. Welfare aziendale e relazioni industriali: il coinvolgimento delle parti sociali a livello decentrato e il ricorso alla bilateralità.

Negli ultimi anni è dato rilevare il tentativo di recuperare sul piano delle relazioni industriali la progressiva perdita di acquisto dei salari e la sempre maggiore riduzione degli aumenti salariali mediante la contrattazione nazionale (per poi essere successivamente integrata da accordi territoriali o aziendali) di un'ampia gamma di prestazioni e di servizi. Ciò discende dalle gravi disparità che il *welfare* nazionale ha negli anni manifestato, spingendo le parti sociali e la contrattazione collettiva a svolgere « un'opera di tappabuchi» e di supplenza in termini complementari rispetto al *welfare* pubblico ⁽²⁶⁹⁾.

Al modello «endo-aziendale» che è perimetrato dall'azienda (o dal gruppo) in cui viene introdotto e nel quale non si pongono problemi sulla vincolatività del datore di lavoro e dei lavoratori alle clausole istitutive e ai conseguenziali obblighi contributivi, si contrappone quello «eso-aziendale o interaziendale», ove generalmente una istituzione bilaterale, con funzione gestionale del welfare privato, diviene punto di attrazione di più contratti collettivi nazionali o territoriali ⁽²⁷⁰⁾. E indubbio allora che «le iniziative di welfare possono costituire ormai un contenuto frequente della contrattazione aziendale e possono diventare una vera e propria

⁽²⁶⁷⁾ Il contributo è pari allo 0,35 per cento della retribuzione per quanto riguarda la Gestione Dipendenti Pubblici (*ex* Inpdap); dello 0,80 per cento per quanto riguarda la Gestione Assistenza Magistrale (*ex* Enam) e dello 0,40 per cento per quanto riguarda la Gestione *ex* Ipost; allo 0,15 per cento della pensione per gli iscritti pensionati. In specie per questi ultimi, dall'anno 2007, la *Gestione unitaria* eroga le proprie prestazioni creditizie non solo agli iscritti in attività di servizio, ma anche ai pensionati, posto che con il D.M. 7 marzo 2007 n. 45, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 347, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, è stato consentito ai pensionati, già dipendenti pubblici, «iscritti ai fini pensionistici presso enti o gestioni previdenziali diverse dall'Inpdap» di iscriversi alla predetta Gestione unitaria..

⁽²⁶⁸⁾ Sul tema v. più diffusamente SQUEGLIA M., *Enti di diritto privato e "welfare professionale"* in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il lavoro riformato*, Milano, 2013, 423-438.

⁽²⁶⁹⁾ BALANDI G. G., *La tutela sociale del mercato in Lavoro e Diritto*, 21, 4, 2007, 603.

⁽²⁷⁰⁾ E' la tesi prospettata da FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio e comparazione* in *Working Paper MEFOP* n. 33, 2013, 4.

frontiera della innovazione sulla Relazioni Industriali specie decentrate»⁽²⁷¹⁾. Rispetto ad altri paesi europei nei quali alla «contrattazione collettiva nazionale e/o decentrata viene delegata anche la funzione di creazione di schemi di welfare privato utile a integrare prestazioni a base pubblicistica, l'Italia si pone in una posizione mediana tra *welfare* privato mutualistico-settoriale (enti bilaterali con finalità previdenziali) e *welfare* privato aziendale»⁽²⁷²⁾.

La tutela degli interessi dei lavoratori finisce per costituire «una tipica funzione della contrattazione collettiva, con la facoltà della stessa di travalicare gli aspetti della diretta regolamentazione dei rapporti di lavoro»⁽²⁷³⁾. E' affermazione che nei suoi profili essenziali, appare rilevante nella ricostruzione del welfare aziendale, per modo che non pare azzardato sostenere che «il principio di libertà sindacale sorregge anche l'ampliamento delle materie oggetto di negoziazione oltre quelle tradizionali, tanto che alla luce di diffuse realizzazioni si parla di una funzione istituzionale dei contratti collettivi»⁽²⁷⁴⁾.

Sebbene talune tipologie di *welfare* contrattuale (tipicamente la previdenza complementare e gli ammortizzatori contrattuali) trovino il loro terreno di elezione nel livello contrattuale nazionale, il livello naturale di alcune forme di welfare aziendale rimane la dimensione decentrata: datoriale/aziendale, ma anche quella territoriale, specie con riferimento alle piccole imprese.

Il welfare aziendale si rivela come una sorte di «catalizzatore della contrattazione decentrata», anche territoriale e quindi quale «terreno elettivo di sperimentazione di quel decentramento da tempo predicato e da ultimo anche pragmaticamente assunto a scelta strategica degli attori delle relazioni industriali con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011»⁽²⁷⁵⁾. Nell'accordo aziendale (o territoriale) sono individuate le modalità di gestione che saranno poi oggetto di adozione da parte datoriale. Accanto alla gestione diretta nella quale il singolo datore di lavoro si fa carico della gestione delle misure programmate di *welfare* sulla base degli indirizzi concordati, si pone quella adottata ricorrendo allo strumento della convenzione con soggetti specializzati previamente individuati. Oltre alla contrattazione aziendale – si pensi al noto «caso Luxottica»⁽²⁷⁶⁾ o al Gruppo Ubi Banca, all'Eni, alla Tetra Pak⁽²⁷⁷⁾, al Colorificio di San Marco⁽²⁷⁸⁾ – anche la contrattazione territoriale è attiva in questa direzione.

⁽²⁷¹⁾ TREU T., *Welfare aziendale. Migliorare la produttività...* op. cit., 11.

⁽²⁷²⁾ FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio...*, op. cit., 2.

⁽²⁷³⁾ PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, op. cit., 87 e ss..

⁽²⁷⁴⁾ PANDOLFO A., *Ibidem*, 87 e ss..

⁽²⁷⁵⁾ TURI A., *Il welfare aziendale: profili istituzionali*, op. cit., 229.

⁽²⁷⁶⁾ In breve, il programma Luxottica si caratterizza in particolare dal punto di vista delle relazioni industriali per la concertazione con il sindacato e la costituzione di nuove strutture partecipative (Comitato di *Governance*) dedicate alla ricerca delle risorse con cui finanziare il programma di *welfare* e la successiva implementazione e gestione. Inoltre al Comitato di *Governance* si affianca un Comitato tecnico-scientifico che sviluppa analisi quantitative e qualitative necessarie per valutare il miglior impiego delle risorse finanziarie a disposizione e i risultati del programma.

In effetti, l'una e l'altra tipologia di contrattazione (aziendale e territoriale) appaiono intimamente correlate, trattandosi di obiettivo che non può essere perseguito unicamente con iniziative delle singole imprese, richiedendo per converso un'azione congiunta sul territorio. Un percorso, questo, che è stato già attuato in alcune realtà territoriali ove le associazioni imprenditoriali con i sindacati locali hanno elaborato schemi di *welfare* modellati alle piccole aziende, e hanno offerto assistenza per la loro fattibilità e per la gestione in comune fra le imprese ⁽²⁷⁹⁾.

All'evidenza, è sufficiente menzionare l'accordo quadro interconfederale per il rinnovo dei contratti regionali dell'artigianato in Lombardia del 15 febbraio 2012 – che istituisce un fondo per il *welfare* – la legge regionale della Lombardia n. 7 del 2012 – che promuove la realizzazione di forme organiche e stabili di *welfare* aziendale e nel contempo l'incremento della produttività dei salari attraverso forme innovative di flessibilità organizzativa del lavoro – il Patto per lo sviluppo di Unindustria Treviso del 7 febbraio 2011 ⁽²⁸⁰⁾, il Patto per lo sviluppo di Confindustria Como del 11 aprile 2011, il Tavolo di Lavoro di Unindustria Lazio, il Protocollo dell'Unindustria Treviso del 13 gennaio 2012, il Protocollo dell'Unindustria Prato del 28 gennaio 2013 ⁽²⁸¹⁾.

Accanto all'opzione del *welfare* aziendale di natura partecipativa, occorre soffermarsi, sia pure brevemente sul modello «eso-aziendale o interaziendale» nel quale si conviene, attraverso uno specifico accordo collettivo, un insieme di interventi e di misure di ispirazione mutualistica, finanziati dalla contribuzione volontaria del datore di lavoro, gestiti pariteticamente e in piena autonomia delle parti attraverso l'istituzioni di enti bilaterali e fondi

⁽²⁷⁷⁾ Tetra Pak consente ai propri dipendenti l'opportunità di lavorare da casa nonché ammette alcuni *benefit* finalizzati al miglioramento delle loro condizioni di vita. Tra questi la presenza della sauna e della palestra, il servizio di lavanderia, navetta aziendale per recarsi in ufficio, rimborsi per spese mediche e contributi per l'acquisto di *personal computer* per la famiglia.

⁽²⁷⁸⁾ Con un questionario interno, quasi nove dipendenti su 10 (88 per cento) si sono detti interessati a convertire in beni e/o servizi i premi di produzione. Chi ha scelto di «trasformare in *welfare*» il premio riceverà l'importo già caricato su un conto apposito, per poi decidere la somma totale da destinare al piano. Il minimo è di 250 euro per il 2013 e di 500 per il 2014, come definito da un accordo di secondo livello firmato con i sindacati lo scorso marzo. I servizi consistono in istruzione, cultura, servizi sociali, salute e previdenza, *shopping*. Cfr. MAINO F., FERRERA M. (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013.

⁽²⁷⁹⁾ Questi pacchetti sono di solito inseriti in progetti mirati più in generale allo sviluppo del territorio e quindi sostenuti dall'intervento delle istituzioni locali, tramite servizi di formazione e di assistenza, oltre che tramite politiche dello sviluppo.

⁽²⁸⁰⁾ Il Patto ha sancito un percorso condiviso con le organizzazioni sindacali della provincia finalizzato all'inserimento di pacchetti di *welfare*, differenziati a seconda delle categorie merceologiche, all'interno dei contratti aziendali. Unindustria rappresenta, nella sua funzione di «imprenditore collettivo», tutti i potenziali beneficiari sparsi sul territorio nella negoziazione di accordi commerciali con i fornitori di beni e servizi. Cfr. MAINO F., FERRERA M. (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013.

⁽²⁸¹⁾ Tuttavia, tali accordi non si presentano nuovi: secondo una parte della dottrina (REGALIA I., *L'azione del sindacato a livello territoriale* in *Riv. Pol. Soc.*, 4, 2008, 97 e ss.), già nel patto territoriale di Veneto Orientale del 1997 erano presenti richiesti di programmi e servizi a favore del lavoro, quali l'istituzione di asili nido nelle nuove zone industriali e nei Comuni che ne erano sprovvisti, la promozione di servizi di assistenza all'infanzia e all'anziani, a misure idonee a favorire l'inserimento dei lavoratori extracomunitari.

interprofessionali o di categoria. Una conferma ulteriore di come la bilateralità si ponga nell'attuale assetto istituzionale come «un sottosistema del sistema di relazioni industriali» in quanto affianca, ma non sostituisce, gli altri strumenti dell'azione sindacale quali lo sciopero, la contrattazione collettiva, ecc. ⁽²⁸²⁾.

La funzione della bilateralità si presenta più che apprezzabile potendo costruire un modello di *welfare* che assicuri taluni servizi e prestazioni di carattere sociale che in un tessuto di piccola e media impresa come quello italiano, risultano più efficaci se forniti a livello territoriale. Un modello che rappresenta il tentativo di favorire la cogestione del *welfare* per il tramite sempre più estensivo dell'autonomia collettiva, il cui rapporto con gli enti bilaterali è biunivoco proprio perché le funzioni di questi ultimi rafforzano, a propria volta, il sistema negoziale. In questo contesto il carattere pubblicistico o semipubblicistico degli interessi amministrati (*welfare*, previdenza, sanità, sostegno al reddito, formazione) hanno consentito agli enti bilaterali di assumere un non trascurabile rilievo giuridico ⁽²⁸³⁾, oltre a favorire la più ampia adesione ad essi dei datori di lavoro e, conseguentemente, l'estensione dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi. Semmai è l'elevato grado di autonomia, in materia di costituzione e di funzione degli enti bilaterali, a costituire l'origine della diversa incisività ed efficacia dell'azione contrattuale nelle diverse aree territoriali ⁽²⁸⁴⁾. La contrattazione collettiva ha proceduto ad implementare e diffondere la bilateralità ben al di là degli ambiti in cui finora aveva posto le sue radici (edilizia, artigiano e agricoltura), trovando nuovi spazi di espansione tra bancari ed assicurativi, nell'agroindustria, nei comparti della chimica e nell'industria metalmeccanica ⁽²⁸⁵⁾.

4. La politica aziendale di «total reward» a sostegno del welfare aziendale e al fine di costruire una solida e duratura corporate identity.

Sotto la spinta di una crescente domanda di servizi da parte dei lavoratori e alla luce delle significative agevolazioni fiscali riconosciute dalla normativa vigente, un numero

⁽²⁸²⁾ A.A.V.V., *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale* in *LD*, 2, 2003. Abbiamo già rilevato come il modello della bilateralità – intendendo per tale l'individuazione di enti o fondi a seconda della messa a disposizione di risorse finanziarie e presentandosi intersettoriali, settoriali, aziendali, multiscopo, monoscopo, multilivello (così LEONARDI S., ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo* in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 83 e ss.) – ha interessato la previdenza complementare, l'assistenza sanitaria integrativa, il sostegno al reddito nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, interventi integrativi dell'AspI nei casi di crisi aziendali e occupazionali, accesso al microcredito, formazione professionale, politiche per la salute e la sicurezza sul lavoro.

⁽²⁸³⁾ Argomentano «di *tertium genus* fra pubblico e privato, di organismi anfibi di derivazione per lo più contrattuale, ma robustamente alimentati e sostenuti dall'intervento eteronomo del legislatore», LEONARDI S., ARLOTTI M., *Ibidem*, 84 e ss..

⁽²⁸⁴⁾ BELLARDI L., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettiva* in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 29 e ss..

⁽²⁸⁵⁾ LEONARDI S., ARLOTTI M., *Ibidem*, 106.

crescente di imprese sta arricchendo il sistema di welfare aziendale a disposizione dei propri dipendenti, adottando sempre di più una politica di «*total reward*», nell'ambito della quale strumenti di tipo monetario (salario e retribuzione variabile) sono affiancati da strumenti non monetari (*benefit* e servizi) per perseguire obiettivi di ottimizzazione fiscale e contributiva, di fidelizzazione, motivazione e attrazione delle risorse umane e di costruzione di una solida e duratura *corporate identity*. In quest'ottica il «*total reward*», si configura come il corrispettivo per una serie di aspettative che le persone riversano nel rapporto di lavoro e che vanno oltre la semplice componente monetaria. D'altronde, le imprese hanno potenzialità, in termini di risorse economiche e organizzative, per implementare le politiche aziendali a favore della sostenibilità – sociale e ambientale – che rientrano oggi nell'ampio concetto di *corporate social responsibility* formulato dalla Commissione Europea nel 2001.

Gli strumenti a disposizione delle imprese consistono nell'erogazione di forme di retribuzione non monetarie che si presentano legate ad una natura liberale ovvero da specifiche finalità sociali o finanche alla corresponsione diretta di beni e servizi a carico dell'azienda. E' il caso dei servizi di mobilità (significativamente fra casa e luogo di lavoro che possono essere sostenute in vario modo, con la messa in opera diretta di trasporti su base collettiva e di auto aziendali, o indiretta, con il pagamento dei biglietti e degli abbonamenti), i servizi ricreativi culturali e sportivi, variamente configurati, le forme di sostegno al potere d'acquisto dei lavoratori in forma non retributiva, le mense organizzate direttamente o da terzi, i *ticket restaurant* o le prestazioni sostitutive, il c.d. carrello della spesa e beni vari di consumo, gli spacci aziendali, le polizze infortuni extraprofessionali, ecc..

Basti riflettere anche sui modelli innovativi di *welfare* privato che «entrano prepotentemente nella prassi aziendale, soprattutto transnazionale, e trovano sviluppo in forma di *vouchers*, *crèche facilities*, beni/servizi alla persona e dal nucleo familiare del lavoratore, servizi ai figli, borse di studio, *wellness*, *flex-time*, periodi sabbatici, prestiti agevolati, palestra, vacanze, tempo libero, etc., contrattualizzati o unilateralmente (volontariamente) erogati dal datore di lavoro» ⁽²⁸⁶⁾. Da questo punto di vista «il *total reward* tende a diventare, da forma di remunerazione del lavoro, forma o modalità di lavoro stesso che può avvalersi del sostegno (o assistenza) pubblico, integrato o sostituito da politiche aziendali ad hoc» ⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸⁶⁾ FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio...* op. cit., 2013, 5 che segnala che tali modelli sono chiamati in gergo «*Cafeteria benefits*».

⁽²⁸⁷⁾ TURSÌ A., *Il welfare aziendale: profili istituzionali...*, op. cit., 217 e ss..

5. La diffusione del welfare aziendale affidata alle incentivazioni di natura fiscale: gli artt. 51 e 100 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

La conversione del premio di risultato in beni e servizi favorisce, da un lato, il coinvolgimento attivo dei lavoratori nel raggiungimento di determinati obiettivi aziendali, dall'altro, sfrutta le incentivazioni riconosciute dalla disciplina fiscale, peraltro giustificabili «dall'apprezzamento del nostro ordinamento per la funzione sociale e, in senso lato, pubblica del *welfare* integrativo» ⁽²⁸⁸⁾.

A parità di costo per il datore di lavoro, il beneficio netto per il lavoratore derivante dall'erogazione di prestazioni sotto forma di *benefit* è largamente superiore a quello generato dall'erogazione dell'importo corrispondente alla retribuzione di risultato. In taluni casi, poi, a tale vantaggio si aggiunge quello per l'impresa, che si vede ridurre o annullare gli oneri contributivi a proprio carico. Le interpretazioni estensive operate dall'Agenzia delle Entrate con riferimento alle somme erogate per frequenza di asili nido e colonie climatiche da parte dei familiari dei dipendenti, nonché per borse di studio, oneri di utilità sociale, hanno ulteriormente ampliato le opportunità a disposizione delle imprese e dei lavoratori.

E' stato efficacemente sostenuto che «in un modello ideale di regolazione, dovrebbero essere in primo luogo leggi di carattere sostanziale a riconoscere il rilievo sociale di ulteriori forme di risposta organizzata da privati a bisogni socialmente rilevanti. Accade, tuttavia, che tale rilievo viene riconosciuto da leggi che prevedono regimi contributivi e fiscali di favore. Il che, ovviamente, non è poco» ⁽²⁸⁹⁾. E' una lettura alla quale va aggiunto il possibile effetto che i *fringe benefits*, i quali designano un'ampia gamma di prestazioni, producono nell'ambito delle politiche aziendali giacché in essi è connaturato un carattere socialmente regressivo: la loro generosità scema man mano che si scende lungo la gerarchia delle posizioni aziendali, sia nel settore privato sia in quello pubblico ⁽²⁹⁰⁾. Senza trascurare che l'attuale normativa pare il risultato di affastellamenti di interventi e aggiustamenti non più rispondenti ad una *ratio* unitaria.

Di ciò si ha riprova considerando che alcune forme di retribuzione non monetaria godono di un peculiare regime incentivante per effetto delle previsioni contenute nell'art. 51 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che individua diverse fattispecie: a) la retribuzione in natura

⁽²⁸⁸⁾ TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività* ...op. cit., 18.

⁽²⁸⁹⁾ PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 81 e ss..

⁽²⁹⁰⁾ E' la nota posizione di TITMUS R., *Social Policy*, Allen and Unwin, Londra, 1974.

assoggettata a franchigia fiscale di euro 258,23 (art. 51, comma 3) ⁽²⁹¹⁾; b) l'utilizzazione, da parte dei dipendenti o dei loro stretti familiari, di opere e servizi per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, «volontariamente» offerti dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti (art. 51, comma 2); c) le somme, servizi, prestazioni erogate dal datore di lavoro per asili nido, colonie climatiche, borse di studio per familiari dei dipendenti (art. 51, comma 2, *lett. f) bis*); d) le spese sanitarie (art. 51, comma 2, *lett. h*); e) i contributi alla sanità integrativa (art. 51, comma 2, *lett. a*); f) le prestazioni di servizi di trasporto collettivo, anche se affidate a terzi, pur se esercenti pubblici esercizi (art. 51, comma 2, *lett. d*).

In tutti questi casi, lo svolgimento di opere e di servizi di cd. utilità sociale non concorre a formare il reddito imponibile in capo ai dipendenti, mentre il datore di lavoro fruisce di deduzioni dei costi ad essi afferenti in sede di determinazione del reddito di impresa e di imposta regionale sull'attività produttive ⁽²⁹²⁾.

Unica condizione richiesta attiene alla loro concessione: il legislatore subordina il riconoscimento del beneficio alla circostanza della generalità dei dipendenti ovvero alla specifica categoria di dipendenti che non necessariamente devono coincidere con quelle previste dall'art. 2095, del codice civile ⁽²⁹³⁾. Alla luce del quadro descritto non sembra allora irrazionale sostenere che «gli incentivi non costituiscono affatto una modalità abnorme di intervento pubblico, ma concretizzano una soluzione opportuna rispetto alla rilevanza del ruolo che le forme di protezione sociale promosse dai privati possono svolgere» ⁽²⁹⁴⁾.

Tuttavia, l'apprezzamento del welfare aziendale appare rapportarsi dal legislatore al verificarsi di una puntuale circostanza. La circostanza è questa: scegliere il modello della bilateralità o, più in generale, delle relazioni industriali significa scontare un *handicap* normativo costituito dall'impossibilità di ricorrere alle deduzioni fiscali stabilite dall'art. 51, comma 2, *lett. f*) del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

La peculiare costruzione del regime fiscale (in specie, il secondo comma, *lett. f*), dell'art. 51, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) opera una distinzione tra beni e servizi erogati in assenza di obbligo di un contratto (o accordo) collettivo e beni e servizi erogati in forza di volontaria iniziativa unilaterale del datore di lavoro, con relativa esclusione dal reddito

⁽²⁹¹⁾ Il beneficio, nell'arco di un periodo di imposta, non deve superare complessivamente l'importo di euro 258,23, posto che il superamento di tale soglia comporta la decadenza dall'esenzione di imposta e l'integrale concorrenza di esso alla formazione del reddito imponibile del dipendente.

⁽²⁹²⁾ Occorre richiamarsi in particolare agli artt. 95 e 100 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e al d.lgs. n. 446 del 1997.

⁽²⁹³⁾ A riguardo cfr. circ. Min. Finanze - Dip. Entrate Aff. Giuridici Serv. III, 16 luglio 1998, n. 188/E secondo cui la circolare n. 326/E del 1997 aveva già chiarito che «l'espressione "categorie di dipendenti", utilizzata dal legislatore, non va intesa soltanto con riferimento alle categorie previste nel codice civile (dirigenti, operai, etc.), bensì «a tutti i dipendenti di un certo tipo (ad esempio, tutti i dirigenti, o tutti quelli di un certo livello o una certa qualifica)».

⁽²⁹⁴⁾ PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, op. cit., 85 e ss..

imponibile in capo ai dipendenti ai fini fiscali e contributivi solo nella seconda ipotesi e non nella prima. Una impostazione che è avvalorata dalla previsione dell'art. 100 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 che definisce, in capo al datore di lavoro, le *condizioni* ed i limiti di *deducibilità*, ai fini della determinazione del reddito d'impresa, dell'opere e dei servizi di utilità sociale. In particolare, secondo l'orientamento oramai prevalente dell'amministrazione finanziaria, le opere e servizi di utilità sociale ⁽²⁹⁵⁾, oltre a costituire un beneficio per il datore di lavoro, possono essere oggetto di esclusione dalla determinazione del reddito di lavoro dipendente, ove sussistano congiuntamente le seguenti condizioni: a) deve trattarsi di opere e servizi messi a disposizione della generalità o di categorie di dipendenti; b) le opere ed i servizi devono perseguire specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto; c) la spesa deve essere sostenuta *volontariamente* e non in adempimento ad un vincolo contrattuale.

Dal che sembra dedursi il suggerimento per una perversa politica aziendale che al fine di risolvere la questione dell'imponibilità del reddito in capo ai dipendenti pretermetta l'attribuzione di opere e servizi di utilità sociale sulla base di un accordo aziendale o un contratto collettivo ⁽²⁹⁶⁾. Si sente l'esigenza di una razionalizzazione che parta dalla ragione alla base del riconoscimento dell'agevolazione: da un lato, la capacità incentivante sotto il vincolo di bilancio pubblico; dall'altro, la destinazione della *tax-expenditure*, e dunque le funzioni che lo strumento che le riceve è in grado di svolgere. Tra l'altro, l'apprezzamento dell'interesse datoriale non è ulteriormente valorizzato con il ricorso a *voucher* di servizio, da intendersi come rimborso per le spese per l'accesso ai servizi pubblici e privati entro un prefissato limite mensile ovvero come buoni prepagati che consentano l'acquisto di beni o servizi di prima necessità ⁽²⁹⁷⁾. Sulla questione, facendo riferimento ad alcune iniziative regionali ⁽²⁹⁸⁾, l'Amministrazione finanziaria ⁽²⁹⁹⁾ ha sostenuto che ove l'erogazione dei *voucher* avvenga nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente il lavoratore potrà fruire della non imponibilità dell'erogazione ove siano presenti le condizioni previste dall'art. 51 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 mentre ove essi siano qualificabili come erogazioni in denaro sono assoggettati ad imposizione sulla

⁽²⁹⁵⁾ Rientrano, a titolo d'esempio, l'utilizzo di impianti sportivi o di ambulatori aziendali, l'iscrizione a corsi dal contenuto extra-professionale, gli abbonamenti per spettacoli, viaggi, ecc..

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. anche BRENNI F., *Gli strumenti di welfare aziendale: aspetti fiscali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 100.

⁽²⁹⁷⁾ Uno spunto internazionale è costituito dal CESU, il *voucher* per servizi erogato in Francia a dipendenti e cittadini da parte dei datori di lavoro e degli enti pubblici, sotto il controllo dall'*Agence nationale services à la personne*, un organismo creato appositamente per gestire questo strumento. I servizi che si possono richiedere con il *voucher* sono divisi in tre macro-aree: servizi alla famiglia, per assicurare l'equilibrio dei tempi di vita e lavoro; servizi per la vita quotidiana, per delegare le piccole incombenze; servizi per le persone non autosufficienti, siano esse bambini nei primi anni di vita o anziani, malati, portatori di handicap.

⁽²⁹⁸⁾ Alcune Regioni (ad esempio il Piemonte o la Lombardia) hanno disciplinato con propria regolamentazione l'erogazione di *voucher* sociali ai fini dell'erogazione di servizi per l'assistenza alle persone non autosufficienti ovvero per la prima infanzia.

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. Agenzia delle Entrate 22 novembre 2010, n. 119/E.

base del dato testuale dell'art. 51, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e del costante orientamento dell'amministrazione finanziaria.

6. L'eterogeneità dei beni e servizi che il welfare aziendale mira ad assicurare rispetto alla «previdenza contrattuale».

È significativo che – fatta eccezione per la previdenza complementare e per qualche progetto ancora allo studio sul tema della non autosufficienza – la maggioranza dei *benefit* riconosciuti al lavoratore riguarda il supporto alle famiglie con figli e la tutela della salute, concentrandosi dunque sulle prime due fasi della vita. Anche rispetto al grande tema della conciliazione tra vita familiare e lavorativa l'offerta è molto variabile in termini di impegno aziendale, andando dalle convenzioni con le strutture al contributo economico, per arrivare fino a programmi di flessibilità lavorativa per i genitori ⁽³⁰⁰⁾.

Specificatamente nell'ambito del *welfare* aziendale, le aree dei servizi maggiormente sviluppati attengono: a) all'area «welfare» che accompagna la famiglia con problemi di salute, di anzianità e, più in generale, di difficoltà; b) all'area «*people care*» di supporto alle attività familiari, come ad esempio, l'asilo nido, la colonia estiva, lo sviluppo di programmi di alimentazione corretta, l'attenzione a programmi di flessibilità lavorativa e l'incentivazione nei confronti di programmi di acquisto calmierati e la diffusione di *voucher* solidali; c) all'area della «*mobilità sostenibile*» che considera i programmi di *car pooling* e *car sharing* i quali incentivano lo scambio e la conoscenza dei dipendenti, e impattano positivamente dal punto di vista sia ambientale che economico che sociale; d) all'area della «*diversity inclusion*» che concerne programmi che supportano l'integrazione sociale tramite formazione, processi educativi e attenzione alle diversità culturali ⁽³⁰¹⁾.

Il rapporto fra pubblico e privato nell'organizzazione del *welfare* solleva questioni di carattere generale che qui si possono solo accennare. Anche chi non condivide un giudizio pregiudizialmente negativo circa le potenzialità del *welfare* privato, rileva una serie di criticità e ostacoli a una sua utile integrazione con il sistema pubblico: anzitutto le regole che definiscano gli spazi reciproci e le modalità dell'integrazione; quindi le responsabilità delle Istituzioni pubbliche nella regia del sistema e i controlli necessari a garantire il rispetto delle regole e degli

⁽³⁰⁰⁾ V. le *best practice* illustrate nel *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, MAINO F., FERRERA M. (a cura di), Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013. Così, ad esempio, nel Progetto 90 giorni, vincitore nel 2011 del Premio Famiglia Lavoro della Regione Lombardia, contempla aree dedicate ai figli dei lavoratori nei periodi estivi e/o di vacanza, due asili nido aziendali, un patto controfirmato dalle organizzazioni sindacali per l'elasticità degli orari di ufficio e opportunità di telelavoro.

⁽³⁰¹⁾ FIORENTINI G., CAMPEDELLI M. (a cura di), *Impresa sociale. Idee e percorsi per uscire dalla crisi*, Diabasis, Reggio Emilia, 2010.

standard di qualità da garantire a beneficio dei soggetti beneficiari ⁽³⁰²⁾. E' pur vero che le misure di *welfare* aziendale si presentano «per la loro natura di tipo esclusivo e selettivo e accentuano la segmentazione sul mercato del lavoro tra chi sta dentro e chi sta fuori l'impresa innovativa...finendo [...per assurgere] a sostituto e non a complemento del *welfare* universalistico» ⁽³⁰³⁾.

Ad ogni modo, il raggio di azione del *welfare* aziendale si presenta molto più ampio rispetto a quello che la «previdenza contrattuale» mirerebbe ad assicurare. Ciò si spiega considerando che è a livello di azienda che si può meglio verificare la utilità delle iniziative di *welfare* su diversi profili: miglioramento del clima aziendale, fidelizzazione e senso di appartenenza dei dipendenti, attrazione delle alte professionalità, risultati positivi sia per l'azienda (riduzione dell'assenteismo, livello di *engagement* del dipendente, qualità della produzione), sia per i dipendenti (risparmi dei tempi e delle spese personali e familiari, migliore rapporto fra quanto erogato dall'azienda e quanto percepito). Estendendo ulteriormente il tema occorre evidenziare come esso si coniuga anche con forme di controllo indiretto del lavoro, generando nuove forme di rischio per il benessere della persona che possono rientrare nel tema del danno non patrimoniale e dello stress-lavoro correlato.

Senza trascurare che «lo schema di *welfare* privato può essere posto in correlazione alla nozione di «*total remuneration*», la quale è riferibile ai contenuti a forte rilievo sociologico-gestionale di retribuzione. In questi casi, l'attenzione sull'osservazione secondo cui la retribuzione nel nuovo contesto delle relazioni lavorative assurge a principale strumento gestionale delle risorse umane, mediante il quale si pone mano all'organizzazione (o a una certa organizzazione) scientifica del lavoro» ⁽³⁰⁴⁾.

⁽³⁰²⁾ TREU T., *Welfare aziendale. Migliorare la produttività...* op. cit., 6.

⁽³⁰³⁾ FERRERA M., *Luxottica e i rischi dell'azienda-mamma*, in *Corriere della Sera*, 14 febbraio 2009.

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio...*, op. cit., 15 e ss. che indica il welfare privato di Google Inc. e il sistema dei voucher servizi come specie di cittadinanza transnazionale di *welfare* privato.

PARTE SECONDA

LA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»: UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

CAPITOLO PRIMO

IL CONCETTO DI «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

Sommario: 1. Previdenza, assistenza e tutela del risparmio nell'impianto costituzionale. – 2. Il passaggio verso un assetto previdenziale «multipilastro»: fondi pensionistici, sanitari, di solidarietà e di welfare aziendale. – 3. Una possibile definizione del concetto di «previdenza contrattuale». – 4. La «previdenza contrattuale» funzionalizzata a forme di tutela a favore di soggetti in condizione non professionale. – 5. Un esempio di «previdenza contrattuale» quale modello di integrazione di coperture nell'attuale sistema previdenziale.

1. Previdenza, assistenza e tutela del risparmio nell'impianto costituzionale.

Una nota dottrina ricostruisce il sistema previdenziale in «quattro cerchi concentrici, dei quali solo i primi tre insistono su bisogni socialmente rilevanti» ⁽³⁰⁵⁾. Se i primi due cerchi - relativi a bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati al cd. minimo vitale - sono occupati dal sistema di tutela pubblico dal momento che il primo è riferibile a tutti i cittadini (comma 1, dell'art. 38 Cost.) e il secondo si identifica con i bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati al trattamento minimo per un'esistenza libera e dignitosa (comma 2, dell'art. 38 Cost.), il terzo cerchio è da collegare ai bisogni presunti al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'occupazione, anch'esso rinvenibile nel secondo comma dell'art. 38, Cost.. Rimane, il quarto cerchio che è devoluto alla previdenza/assistenza privata ⁽³⁰⁶⁾, dal momento che va ad insistere su bisogni meritevoli di tutela, ma privi del carattere della rilevanza sociale (comma 5 dell'art. 38). Un ambito questo che sarebbe caratterizzato dalla «libertà», da intendersi di fini e di modalità, riferibile a tutte le forme di protezione sociale originate dall'autonomia privata. Precisamente, una libertà che si traduce nell'impossibilità di prevedere limitazioni o condizionamenti alla scelta degli interessi da tutelare, alla dimensione individuale o collettiva dell'iniziativa previdenziale, ai criteri di organizzazione e di gestione delle iniziative medesime. In ciò si è colta la prefigurazione di un originale orientamento in base al quale la previdenza privata non può sostituirsi neppure in parte ai compiti specifici della previdenza pubblica venendo ad insistere su un territorio diverso, più ampio e variegato, ma meno centrale rispetto al benessere collettivo ⁽³⁰⁷⁾. In altri termini, la solidarietà privata, anche se

⁽³⁰⁵⁾ PESSI R., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale* in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte III Milano, 2004, 3203 e ss.; SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 5, 2010, 509 e ss..

⁽³⁰⁶⁾ Sebbene da un punto di vista letterale il comma 5 dell'art. 38 si riferisca esclusivamente all'assistenza («L'assistenza privata è libera») non vi è dubbio che già dai lavori dell'Assemblea Costituente emerge la volontà di ricomprendere nel termine «assistenza» anche la «previdenza» (cfr. GESSA C., *Premesse ad uno studio sistematico della sicurezza sociale nell'ordinamento italiano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, 1971, vol. 1, 175 e ss.).

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, 127 e ss.. Scrive PESSI R. (*La nozione di previdenza integrativa* in R. PESSI (a cura di), *Solidarietà e Mutualità nel Diritto della Previdenza Sociale*

riferibile ad un collettivo individuato e definito, perseguirebbe interessi meramente privati, consentiti dall'ordinamento costituzionale, che sono identificabili con bisogni diversi e aggiuntivi rispetto a quelli essenziali e del tutto indifferenti per lo Stato, che realizza invece solo l'interesse pubblico individuabile esclusivamente in bisogni socialmente rilevanti, da soddisfare per il tramite della fiscalità generale, secondo il generale principio di solidarietà sancito dall'art. 2, della Cost..

Senonché ricostruito il sistema previdenziale in cerchi concentrici, la collocazione in ciascuno di quei cerchi degli ambiti di cui si tale sistema si compone è affidata all'apprezzamento e alle costruzioni della dottrina e della giurisprudenza.

Si prenda ad esempio la previdenza complementare che rivela, da un lato, una «immaturità» sistematica anche dopo la riforma organica del 2005 ⁽³⁰⁸⁾, e, dall'altro, una sostanziale «assenza di nozioni condivise» che costituisce il portato dei perduranti dissensi sulla collocazione costituzionale del pilastro pensionistico integrativo ⁽³⁰⁹⁾.

Nel corso degli anni si è assistito con le riforme degli anni '90 ad un progressivo *retreatment* della previdenza obbligatoria in termini di risorse disponibili ⁽³¹⁰⁾ dal terzo cerchio con la conseguenza di assegnare spazi e campo di azione a quella complementare che ha visto in questo modo arricchire la sua funzione, finendo per occupare essa stessa un'area di bisogni socialmente rilevanti. L'interesse del sistema previdenziale pubblico si è allora riversato sui primi due cerchi allo scopo di garantire la migliore utilizzazione delle risorse e all'incremento dello *standard* da garantire alle prestazioni previdenziali obbligatorie ⁽³¹¹⁾. Ebbene, siffatta ricostruzione della dottrina ⁽³¹²⁾, ha presupposto una visione dello Stato che da «gestore» si proponesse anche come «regolatore» delle componenti private del sistema, «funzionalizzandole», in una logica di complementarietà, alla realizzazione di quelle garanzie dallo stesso Stato dismesse ⁽³¹³⁾.

Anche la giurisprudenza costituzionale, meno incline a svalutare la funzione della previdenza obbligatoria, sarebbe pervenuta allo stesso risultato interpretativo. Essa ha finito, attraverso un

Napoli, 1989, 21) per essa «si pone solo un problema di libertà [...] e l'opportunità di escludere, a garanzia della libertà, qualsiasi forma di regolamentazione per legge».

⁽³⁰⁸⁾ TURSÌ A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 537.

⁽³⁰⁹⁾ GIUBBONI S., *Appunti in tema di prestazioni pensionistiche complementari*, in *IPrev*, 3, 2009, 608 e ss. che osserva che «i dissensi sull'inquadramento costituzionale della previdenza complementare sono a loro volta un portato – forse il più rilevante, oggi, per i suoi riflessi pratici ed applicativi – delle diverse concezioni di fondo del sistema di sicurezza sociale nella Costituzione italiana».

⁽³¹⁰⁾ E non anche della qualità del bisogno che, rimane socialmente rilevante, come scrive PESSI R., *La nozione di previdenza integrativa...*, op. cit., 20.

⁽³¹¹⁾ Cfr. PERSIANI M., *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale* in ASAP-INTERSIND Lavoro, *La giurisprudenza costituzionale*, 1985-1986, Roma, 1987, 93 e ss..

⁽³¹²⁾ In questi termini anche SANDULLI P., *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Torino, 1995, 243; MAZZIOTTI F., *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive* in *Dir. Lav.*, 1997, n.4, 242.

⁽³¹³⁾ TREU T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, 753.

orientamento divenuto nel tempo monolitico ⁽³¹⁴⁾, per sostenere la sussistenza di un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare che subordini quest'ultima alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla prima. Il risultato era dunque la riconduzione della previdenza complementare nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost., sul presupposto della condivisione, tra previdenza pubblica e previdenza complementare, del comune obiettivo della tutela previdenziale adeguata.

Ritorna alla mente il noto insegnamento di una dottrina che sosteneva che «è lo *jus* che ancora una volta dà anima alla *lex*, dal momento che la scienza del diritto risulta, oltre che «scienze di norme», altresì scienza di valori» ⁽³¹⁵⁾. Senza anticipare quanto si argomenterà più avanti, proprio il carattere transitorio della premessa giustificativa dell'istituzione di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, avrebbe, con l'evoluzione del sistema di welfare, fatto perdere attendibilità a tale prospettazione ricostruttiva. Più precisamente, «il problema dell'inquadramento costituzionale della previdenza complementare non può dirsi concluso, a causa di interventi, o al limite, di inerzie legislative, che lasciano incomplete il disegno delineato dalla Corte Costituzionale, e che non consentono di distinguere la funzionalizzazione della previdenza complementare alla realizzazione dello stesso interesse pubblico di cui alla previdenza obbligatoria, della funzione di risparmio individuale...» ⁽³¹⁶⁾.

In definitiva, i rilievi critici sembrano potersi riassumere in questo appunto: l'esigenza di una disciplina legislativa che condizioni alla previdenza pubblica quella privata in termini di finanziamento e di prestazioni sarebbe oramai venuta meno, cosicché la previdenza complementare sarebbe tornata ad essere necessariamente libera, nonché assoluta prerogativa dell'autonomia collettiva. Venuto quindi meno il fondamento sul quale si fondava l'impostazione del giudice delle leggi, questa ricostruzione avrebbe dovuto essere aggiornata.

Non dissimile giudizio critico è esteso alla previdenza che si presenta *tout court* integrativa e, in alcuni, sostitutiva di quella obbligatoria, rientrando rispettivamente nell'alveo del quarto ovvero del secondo cerchio, secondo la ricostruzione precedentemente offerta. Così,

⁽³¹⁴⁾ Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in *Foro It.*, 1991, I, col. 2005, con nota di MAZZOTTA O.; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in *Foro It.*, 1995, I, col. 3392, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 2, pag. 173; Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393 in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, 794; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 1-2, 91, con nota di P. SANDULLI; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, in *Giur. cost.* 2002, 948, relative alla vicenda del «contributo di solidarietà» imposto alla prima per finanziare la seconda e Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, in *Giur. Cost.*, 1999, 2432; Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass Giur. Lav.*, 2000, n. 8/9, 965, con nota di PESSI R. e in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, 619, con nota di PROIA G.; Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2002, 250, in ordine ai requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari.

⁽³¹⁵⁾ DOMINÈDO M., *Giurisprudenza dei valori*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1950, 384. Ancora più chiaramente SCHULTZ F., *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione della *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953 (a cura di), NOCERA G., Firenze, 1968, 591 secondo cui la scienza giuridica può essere «fruttosa solo a condizione di essere scienza del diritto e non puramente scienza dell'artificiale rattoppatura delle contraddizioni e delle deficienze di una codificazione».

⁽³¹⁶⁾ PERSIANI M., *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario* in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 715.

nel quinto comma dell'art. 38 Cost. sarebbero da annoverare gli interventi integrativi all'ASpI operati dai fondi di solidarietà bilaterali ordinari e alternativi (art. 3, comma 17, della legge n. 92 del 2012), mentre nel secondo comma del medesimo articolo si collocherebbero i fondi di solidarietà bilaterali (obbligatori e residuali) che intervengono nei settori non coperti dalla cassa integrazione guadagni straordinaria a favore delle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, commi 4 a 18, della legge n. 92 del 2012) ⁽³¹⁷⁾.

Parzialmente diverso è il ragionamento da porre per l'assistenza sociale (pubblica) di cui all'art. 38, comma 1, della Cost.. E' unanimemente condiviso che essa si pone come il complesso delle attività che l'amministrazione pubblica svolge per il fine della protezione sociale avendo quale fine quello della solidarietà allocata a livello generale e di sottrarre i bisognosi dallo stato di indigenza. Essa è riferita a soggetti tendenzialmente incapaci di inserirsi a pieno ritmo in un ciclo produttivo, garantendo prestazioni che costituiscono un *minus* rispetto a quelle previdenziali. In questa fattispecie si prescinde dai requisiti in ordine alla struttura del finanziamento, ma «è logico che il sistema non possa reggersi su contributi degli stessi assistiti, per definizione pressoché inidonei a generare con continuità i redditi» ⁽³¹⁸⁾.

Per la verità, essa è realizzata secondo un modello di tutela residuale in quanto la platea dei beneficiari è selezionata sulla base di precisi requisiti cui è subordinato il diritto alle prestazioni assistenziali: inabilità al lavoro e mancanza di mezzi di sostentamento, accertata per il fatto di possedere redditi inferiore ad una certa soglia predeterminata.

Ebbene a fronte di una tutela che si presenta «universale ed indifferenziata» ⁽³¹⁹⁾, anche l'assistenza sociale può trovare legittimazione attraverso l'intervento dei privati (art. 38, 5° comma, della Cost.) sebbene essa – differenziandosi dalla previdenza – non è caratterizzata dal vincolo di destinazione di risorse a copertura di bisogni futuri né è legata alla tipicità dell'evento tutelato (come, ad esempio, la vecchiaia o la malattia, l'infortunio), né dalla presenza di un diritto soggettivo a favore del destinatario degli interventi bensì semplicemente di interesse legittimo, ovvero di un interesse sostanziale del soggetto a che la pubblica amministrazione, comportandosi legittimamente soddisfi un interesse pubblico primario senza pregiudicare il proprio interesse privato ⁽³²⁰⁾. Ciò contribuisce a spiegare, ad esempio, le ragioni che sussistono dell'assenza di un obbligo contributivo del datore di lavoro, a fronte di una previsione collettiva

⁽³¹⁷⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino, 2013; SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 36 e ss.; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 3, 2012, 628 e ss..

⁽³¹⁸⁾ TRANQUILLO T., *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1995, 71 e ss..

⁽³¹⁹⁾ PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960.

⁽³²⁰⁾ Ciò sulla base di una nozione di interesse legittimo come pretesa a che la pubblica amministrazione eserciti legittimamente il potere conferitole dalla legge (cfr. F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 170 e ss.).

(e negoziale), ad un fondo sanitario integrativo, differentemente da un fondo di previdenza complementare.

Resta infine aperta una questione parallela ma significativamente problematica: ove l'assistenza e la previdenza (privata), si presentano libere nei fini e dunque lasciate all'autonomia negoziale delle parti, esse possano formare oggetto di promozione, di incentivazione e di tutela pubblica, sebbene attengano ad iniziative generate dall'accumulazione di risparmio che «in tutte le sue forme», deve costituire oggetto di tutela da parte della Repubblica (art. 47, Cost.)? ⁽³²¹⁾.

Una domanda, questa, che non riceve unanimità di giudizio in dottrina e di cui si darà conto nelle pagine successive.

In questa sede è però opportuno accennare che accanto, a questo principio costituzionale, stabilito da una norma che la dottrina prevalente ha definito da sempre come norma di natura programmatica ed a carattere generale ⁽³²²⁾ la Costituzione, nella versione novellata per accogliere la riforma del Titolo V, individua nel legislatore statale l'organo competente a disciplinare sia la materia della tutela del risparmio sia, più in generale, quella della previdenza e dei mercati finanziari. Ne discende che affinché il risparmio possa essere oggetto di incentivazioni di natura fiscale, esso che deve trattarsi di un «risparmio vincolato del quale il soggetto non abbia la disponibilità» ⁽³²³⁾. L'esempio, oramai di scuola, è quella previdenza complementare: il soggetto, nel momento in cui manifesta l'adesione alla forma pensionistica complementare, accetta dei vincoli che «gli impediscano di assumere, anche nei momenti successivi, comportamenti «miopi o sleali»...in analogia con l'agevolazione concessa al risparmio forzoso attuato con il sistema pubblico e diversamente rispetto ad altre forme di risparmio non considerate altrettanto meritorie o degne di incentivo». Così, vincoli individuabili nell'adesione ad un piano pensionistico che deve protrarsi per un numero di anni non inferiore ad un minimo prefissato, nel raggiungimento di una certa età, anagrafica o contributiva per la fruizione dei benefici, nella corresponsione, sotto forma di vitalizi, in ordine alla tipologia di prestazioni ⁽³²⁴⁾.

⁽³²¹⁾ L'art. 47 Cost. recita testualmente: «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese».

⁽³²²⁾ CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, nota 5, 34.

⁽³²³⁾ GUERRA C., *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, n. 2, 2001, 7.

⁽³²⁴⁾ GUERRA C., *Ibidem*, 12; GALLO F., *Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 563 e ss..

Si è già riferito del dibattito *de iure condendo* sulla differenza tra risparmio previdenziale e risparmio finanziario: anche secondo la recente giurisprudenza ⁽³²⁵⁾, la differenza principale tra le due forme di risparmio risiede nel fatto che, nel primo caso, l'investimento concerne una somma che è già patrimonio del soggetto, mentre nel secondo l'investimento attiene ad una somma che origina da redditi di lavoro. Un risparmio non disponibile che va opportunamente differenziato da quello destinato ad un determinato fine ovvero «per la soddisfazione di determinati bisogni il cui appagamento è compito già della previdenza obbligatoria» ⁽³²⁶⁾. E' dunque l'indisponibilità, che presentandosi «passiva e oggettiva... di un vincolo diverso e preliminare rispetto al vincolo di scopo (di carattere dichiaratamente teologico) teorizzato da una certa dottrina come elemento identificativo della fattispecie» ⁽³²⁷⁾, a costituire il tratto essenziale del risparmio oggetto di tutela e di incentivazione, peraltro riscontrabile anche nella legislazione degli altri paesi occidentali ⁽³²⁸⁾.

2. Il passaggio verso un assetto previdenziale «multipilastro»: fondi pensionistici, sanitari, di solidarietà e di welfare aziendale.

La transizione verso un assetto previdenziale «multipilastro» che ricomprensca fondi pensionistici, sanitari, di solidarietà bilaterali e di welfare pare giustificarsi dall'analisi dei fattori che rendono vulnerabili gli attuali schemi di tutela dei sistemi previdenziali «mono-pilastro» (pubblici ed universalistici). L'art. 38 della Cost. mostra una evidente genericità rispetto al metodo ed agli strumenti di perseguimento delle finalità di sicurezza sociale. Si tratta di «una scelta non casuale: nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente emerge chiaramente la volontà di non attribuire rilevanza costituzionale all'assetto organizzativo ed istituzionale della previdenza e dell'assistenza sociale e ..di non predeterminare alcuna regola di funzionamento, lasciando così spazio al legislatore ordinario ...allo scopo di determinare le misure concrete e gli assetti normativi idonei a realizzare le finalità di protezione sociale» ⁽³²⁹⁾. Nel Libro Verde

⁽³²⁵⁾ Cfr. Cass. Civ. Sez. Unite, sent. 13642 del 22 giugno 2011 secondo cui la complessa situazione, sul piano sistematico cui soggiace la previdenza complementare, rende conto del difficile approccio del legislatore italiano che ha delineato un percorso incerto della disciplina di queste forme integrative trasformate nel tempo da «tutela assicurativa», rispondente al principio del risparmio finanziario (che trova la propria garanzia costituzionale nell'art. 47 della Carta fondamentale), a «tutela previdenziale», rispondente al principio del risparmio previdenziale (che trova la propria garanzia costituzionale nell'art. 38 della Carta fondamentale).

⁽³²⁶⁾ PESSI R., *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2002, 664.

⁽³²⁷⁾ TURI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 111.

⁽³²⁸⁾ L'importanza dei pilastri privati è stata rimarcata anche nella prima relazione che il Governatore Draghi ha tenuto dopo il suo insediamento alla Banca di Italia, dove li si indica come strumenti indispensabili per incentivare e organizzare il risparmio di lungo termine per finalità meritorie, garantendogli una fiscalità agevolata.

⁽³²⁹⁾ S. HERNANDEZ, *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972; BORIA P., PURI P., *Welfare e previdenza: il benessere dietro l'angolo*, Roma, 2012, 62.

pubblicato dal Ministero del Lavoro ⁽³³⁰⁾ si argomenta dello «sviluppo di un sistema a più pilastri», con un pilastro a «capitalizzazione reale» anche nella sanità e «nuove forme integrative di assistenza sanitaria e sociosanitaria». In particolare, si legge che «...lo sviluppo del pilastro privato complementare è un passaggio essenziale per la riqualificazione della spesa e la modernizzazione del nostro Welfare [.....] lo sviluppo dei fondi su base contrattuale, delle forme di mutualità, delle assicurazioni individuali o collettive può essere la risposta alle limitate risorse pubbliche e alla domanda di accesso a maggiori servizi. In particolare, le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro possono dare vita a un robusto welfare negoziale [.....] sanità integrativa, *Long Term Care*, salute e sicurezza nel lavoro [.....], nella dimensione nazionale come in quella territoriale, organizzando una vera e propria cogestione diffusa dei servizi che danno valore alla persona. Si tratta di esperienze già avviate e che meritano tuttavia sostegni maggiori in funzione del conseguimento di idonei livelli di massa critica [.....]» ⁽³³¹⁾.

D'altra parte, il modello tradizionale di sicurezza sociale, fondato su uno schema mutualistico ed atteggiato ad una logica di solidarietà generale, ha denunciato nel corso degli anni una serie di limiti, quali l'inadeguatezza delle prestazioni previdenziali, rispetto allo *standard* di dignità e libertà personale del lavoratore, e la frammentazione dei regimi assistenziali e previdenziali che si presentano variabili e differenziati per le diverse categorie di lavoratori.

E' allora la disamina dei diversi strumenti previdenziali ed assistenziali universalistici a confermare l'opportunità di un sistema «multipilastro».

L'analisi del sistema previdenziale obbligatorio rivela che: a) la spesa pensionistica assorbe una quota rilevante del prodotto interno lordo; b) il modello di gestione a ripartizione manifesta squilibri tra l'ammontare dei contributi riscossi e la spesa per le prestazioni erogate; c) il ricorso a metodi di calcolo retributivo delle prestazioni pensionistiche obbligatorie risultano alla base del consistente aumento della spesa per la vecchiaia ⁽³³²⁾.

Sul versante degli ammortizzatori sociali pubblici, è «il presupposto del rischio» a renderne critica la sostenibilità dal momento che essi sono imposti e riconosciuti per l'inattività con o senza prospettive di ripresa. Tuttavia, si osserva che la previsione costituzionale di tutela universale degli ammortizzatori pubblici non impone l'obbligo di «fiscalizzare, ponendo a carico dell'intera collettività i rischi causati dall'attività economica...ma neanche «vuol dire ...in

⁽³³⁰⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI *La vita buona nella società attiva. Libro bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009; v. anche MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Glossario per un nuovo welfare*, www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/libro_bianco/Glossario. Ultima consultazione: luglio 2009.

⁽³³¹⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Ibidem*.

⁽³³²⁾ Cfr. TREU T., *Una revisione strutturale del sistema pensionistico*, in C. DELL'ARINGA, T. TREU (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 293 e ss..

negativo, evitare esclusioni per fatto esterno, come la carenza finanziaria» ⁽³³³⁾. Da qui, i tentativi del legislatore, incalzato dalla più grave crisi economica dal dopoguerra, di virare su un diverso modello di ammortizzatore sociale, anch'esso esistente nel nostro Paese da oltre un decennio: quello degli ammortizzatori sociali in deroga..... agli ambiti e alle condizioni – anche e soprattutto temporali – di applicazione degli ammortizzatori sociali classici, costituiti dalla Cassa integrazione guadagni e dall'indennità di mobilità (e di disoccupazione speciale per l'edilizia)» ⁽³³⁴⁾.

Nondimeno l'invecchiamento della popolazione e l'aumento della spesa sanitaria potenziale *pro-capite* lungo tutto l'arco della vita sono altrettanto fenomeni che mettono a repentaglio la sostenibilità dei conti pubblici, posto che la spesa sanitaria è «la voce del *welfare* che, nelle prossime decadi, farà registrare la crescita più intensa in termini di incidenza sul prodotto interno lordo» ⁽³³⁵⁾.

Le stesse esigenze di welfare privato se sono nate «dalla necessità di rispondere ai bisogni sociali più pressanti di singoli gruppi di popolazione nelle specifiche situazioni storiche, in assenza di interventi pubblici.. svolgono ora un ruolo complementare di integrazione e di arricchimento dell'intervento pubblico...». Ciò in quanto «se, da una parte, la debole dinamica o la riduzione delle risorse pubbliche, conseguente al rallentamento della crescita economica e poi alla crisi, inducono lo Stato e le istituzioni del *welfare* a una maggiore selettività rispetto al passato nella individuazione delle prestazioni sociali rispondenti a bisogni essenziali e quindi da garantire su base universale, o comunque obbligatoria (assicurativa), e quelle che possono essere affidabili alla libera scelta delle persone e gestibili anche su base privatistica....d'altra, la evoluzione qualitativa dei bisogni tende a richiedere oltre a prestazioni monetarie e a servizi erogabili in forma standard, anche prestazioni personalizzate che richiedono specificità di intervento, nonché maggiore libertà e partecipazione da parte dei singoli» ⁽³³⁶⁾.

L'idea è di costruire un modello «multipilastro» che accolga al suo interno le diverse coperture previdenziali al fine di consentire e di razionalizzare l'utilizzo delle risorse, organizzandole, da un lato, per sfruttare maggiore forza contrattuale nella definizione dei costi per le prestazioni (previdenziali, sanitarie e sociali) che si presentano eterogenee come natura, livello di rischio, probabilità di verificarsi; dall'altro, per concretizzare la solidarietà con diversa intensità, rispettando i principi di non discriminazione all'accesso dei servizi offerti.

⁽³³³⁾ MISCIONE M., *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, op. cit.; Per la disamina degli ammortizzatori pubblici, si rinvia a SQUEGLIA M., *Manuale del lavoro in crisi. Licenziamenti collettivi, integrazioni salariali, indennità di disoccupazione e di mobilità*, Torino, 2004, 54 e ss..

⁽³³⁴⁾ TURSÌ A., *I fondi di solidarietà bilaterali*...op. cit., 478 e ss..

⁽³³⁵⁾ PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, op. cit., 263 e ss..

⁽³³⁶⁾ TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T., (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 1 e ss.

3. Una possibile definizione del concetto di «previdenza contrattuale».

A fronte della crisi del modello classico di sicurezza sociale, pare possibile prefigurare una base progettuale comune, originata da un complesso di pattuizioni, rientranti nel diritto delle relazioni industriali ed operanti nelle maglie lasciate libere dalla legislazione di settore, che sono preordinate alla soddisfazione degli interessi dei lavoratori in conseguenza di eventi predeterminati che causano la sospensione, la riduzione e/o la perdita dell'attività lavorativa, la malattia ⁽³³⁷⁾ e, più in generale, alla realizzazione di interventi a tutela di bisogni previdenziali socialmente rilevanti ⁽³³⁸⁾. E proprio il concetto di bisogni previdenziali socialmente rilevanti, ovvero di bisogni meritevoli di tutela, che differenzerebbe l'istituenda «previdenza contrattuale» da una comune iniziativa previdenziale quale, ad esempio, «l'accensione di un libretto di risparmio postale o bancario», rammentando quanto in passato aveva sostenuto un'autorevole dottrina ⁽³³⁹⁾.

Sul piano concettuale siffatto modello, da noi definito, di «previdenza contrattuale» comprende al suo interno i differenti strumenti previdenziali esistenti al fine di perseguire efficacemente gli obiettivi di protezione e di tutela dei soggetti ⁽³⁴⁰⁾. Una piattaforma che ha una genesi comune, l'autonomia negoziale privata (neppure necessariamente collettiva), che ricompona la frammentazione del sistema previdenziale tradizionalmente accolto dal legislatore, senza che vengano meno le esigenze di «liberazione dal bisogno» ⁽³⁴¹⁾ e il dovere generale di solidarietà ⁽³⁴²⁾ in linea con le direttrici di sviluppo di un moderno *Welfare State*, auspicato non solo in ambito europeo ⁽³⁴³⁾.

Sul piano giuridico, l'individuazione di una base progettuale comune, che è affermata dallo stesso dello strumento, patisce le criticità dei diversi ambiti di cui essa stessa si compone. Basti riflettere sulle influenze che si rinvencono nella complessa fenomenologia del welfare aziendale ove quest'ultimo trovi le relazioni industriali quale terreno privilegiato su cui attecchire, posto che la «previdenza contrattuale», andrebbe ad occupare uno spazio più circoscritto rispetto al primo: in essa non è dato rinvenire tipologie di forme retributive non

⁽³³⁷⁾ Lo statuto dell'Organizzazione mondiale della sanità del 1948 definisce la salute come lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale» e non semplicemente assenza dello stato di malattia o infermità.

⁽³³⁸⁾ SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale...*, op. cit., 651.

⁽³³⁹⁾ PESSI R., *La nozione di previdenza integrativa* in R. PESSI (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1990, 16.

⁽³⁴⁰⁾ Conformemente TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...* op. cit., 476 che parla di una «previdenza parallela» che si aggiunge al tradizionale modello di sicurezza sociale.

⁽³⁴¹⁾ PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960.

⁽³⁴²⁾ Cfr. CINELLI M., *Sicurezza sociale*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1999, 503 e ss..

⁽³⁴³⁾ V., in particolare, l'analisi di PECHMAN J., AARON H., TAUSIG M., *Social Security. Prospectives for reform*, Washington, 1968, 189 e ss..

monetarie che restano nell'ambito dell'obbligazione contributiva e contrattuale e, al più, nello specifico ambito assistenziale ⁽³⁴⁴⁾.

Del pari ove si rifletta sulla già segnalata istituzione e costituzione dei fondi di solidarietà bilaterali rispetto ai fondi di previdenza complementare e ai fondi sanitari integrativi: come si è visto, in ciascuno di questi strumenti l'autonomia collettiva predispone il sistema di garanzie e la realizzazione di interessi generali (erogazione prestazioni pensionistiche, sostegno al reddito per i lavoratori, somministrazione prestazioni sanitarie), ma solo negli ammortizzatori contrattuali la fonte istitutiva è recepita da un decreto interministeriale, sebbene nei fatti – come dimostrano le pregresse esperienze del fondo esuberi nel settore del credito e del credito cooperativo – si verifichi un «notevole restringimento della discrezionalità dell'Amministrazione, la quale non può che limitarsi a trasfondere nell'apposito decreto interministeriali le norme contrattuali» ⁽³⁴⁵⁾.

Il nuovo modello potrebbe garantire non solo un incremento delle prestazioni, ma altresì ridurre il costo dei servizi previdenziali, sanitari e assistenziali nonché assicurare una efficace semplificazione dei servizi medesimi in ragione di una maggiore efficienza amministrativa e di trasparenza delle posizioni previdenziali, oltre ad alleggerire la pressione sul sistema obbligatorio che potrebbe unicamente orientarsi alla tutela delle fasce più deboli.

4. La «previdenza contrattuale» funzionalizzata a forme di tutela a favore di soggetti in condizione non professionale.

La «previdenza contrattuale» si inserisce all'interno di un quadro generale: può essere considerato parte del secondo pilastro previdenziale, il quale può essere contrattuale o negoziato per chi è lavoratore subordinato, ma può tradursi in una forma di previdenza di terzo pilastro per chi non lo è, e in questo senso assume un valore universale, generalizzabile a chiunque, accessibile a soggetti in condizione non lavorativa. Da questo punto di vista, elemento definitorio dell'ambito dei «soggetti protetti» non è la semplice condizione di «produttore di reddito da lavoro», bensì quella di «cittadino».

La progressiva estensione della tutela anche a vicende che non coinvolgono la produzione del reddito ⁽³⁴⁶⁾ mostra come non sia decisivo la valorizzazione dell'aspetto funzionale dello specifico strumento impiegato dal legislatore. Esemplificative si presentano a riguardo le esperienze della previdenza complementare, dei fondi sanitari integrativi del *welfare* aziendale.

⁽³⁴⁴⁾ Cfr. TREU T., *Welfare e benefits*..., op. cit., 10 e ss..

⁽³⁴⁵⁾ SIGILLÒ MASSARA G., *ammortizzatori sociali di fonte collettiva*..op. cit., 88.

⁽³⁴⁶⁾ Nell'ambito della tutela previdenziale obbligatoria si consideri, ad esempio, quella del danno biologico, di recente inserito nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro o come quella delle casalinghe o, più in generale, dei soggetti che assumono responsabilità di cura del nucleo familiare.

Nell'ambito della previdenza complementare, l'originario art. 9, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 assegnava ai fondi pensione aperti un ruolo servente rispetto alla previdenza complementare rappresentata dalla sua dimensione mutualistica e collettiva: essi operavano nel caso in cui non sussistessero o non operassero fonti istitutive di forme pensionistiche negoziali. L'idea di fondo era quella di creare «una rete protettiva destinata ai lavoratori espulsi dal circuito della previdenza collettiva autorganizzata, con conseguente configurazione del rapporto in termini di integrazione sussidiaria e non in termini concorrenziali» ⁽³⁴⁷⁾. Il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 ha segnato «il passaggio da una caratterizzazione essenzialmente lavoristica e professionale del fenomeno ad una impostazione proiettata oltre i confini del mondo del lavoro»⁽³⁴⁸⁾ giacché ora le forme pensionistiche individuali svolgono una funzione diversa di chiusura oggettiva del sistema nel senso che «garantiscono la sua totale copertura in chiave universalistica in favore di qualunque soggetto, anche non rientrante nelle categorie elencate nell'art. 2 del decreto» ⁽³⁴⁹⁾.

L'art. 2, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 annovera tra i destinatari delle forme pensionistiche complementari negoziali i soggetti che svolgono senza vincolo di subordinazione «lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari di cui al decreto legislativo n. 565 del 1996». Tali soggetti non appartengono al mondo del lavoro, inteso nelle sue rigorose determinazioni di confine economico-giuridico ⁽³⁵⁰⁾.

Ai nostri fini, indicativa si presenta la possibilità delle forme pensionistiche complementari di consentire la partecipazione di soggetti fiscalmente a carico dell'aderente alla previdenza complementare (art. 8, comma 1, ultimo periodo, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252). Lo scopo è quello di fornire una risposta concreta alle esigenze previdenziali, coerentemente allo spirito solidaristico ⁽³⁵¹⁾ anche tra coloro che risultano privi di redditi e inoccupati, al fine di intraprendere un cammino previdenziale che possa avvantaggiarsi dell'orizzonte temporale di lungo periodo. Proprio per tale ragione, si è ritenuto che «la correlazione tra adesione del lavoratore e adesione del suo familiare a carico, sussistente nella fase iniziale di instaurazione del rapporto, non comporta necessariamente la caducazione dell'iscrizione al fondo del soggetto fiscalmente a carico ove successivamente venga meno quella dell'iscritto principale, tenuto conto che l'iscrizione del soggetto fiscalmente a carico, una volta attivata, assume una propria e distinta autonomia» ⁽³⁵²⁾. Rispetto ad analoghi prodotti di natura assicurativa, tale opportunità consente non solo di fruire della deducibilità fiscale della contribuzione previdenziale

⁽³⁴⁷⁾ Tursi A., *La previdenza complementare nel sistema di sicurezza sociale*, op. cit., 116.

⁽³⁴⁸⁾ Giubboni S., *La previdenza complementare tra libertà individuale...*, op. cit., 116 e ss..

⁽³⁴⁹⁾ Persiani M., *La previdenza complementare*, op. cit., 156.

⁽³⁵⁰⁾ Giubboni S., *Ibidem*, 114.

⁽³⁵¹⁾ Squeglia M., *Gli incentivi alla diffusione della previdenza complementare in A.A.V.V.* (a cura di), *La Previdenza complementare nel pubblico impiego. Terzo Rapporto*, Inpdap, Roma, 2011, 122 e ss..

⁽³⁵²⁾ V. Risposta Covip quesito novembre 2013.

complessivamente versata dall'iscritto, ma anche della possibilità di attingere a quanto accumulato negli anni dal familiare, fiscalmente a carico. Peraltro, nessuna preclusione, tranne per i soggetti minori di età, potrà essere avanzata ove questi ultimi richiedano anticipazioni, esercitino la facoltà di trasferimento della posizione individuale maturata, o ricorrano all'istituto del riscatto⁽³⁵³⁾.

Anche il modello di sanità integrativa, presente nella prevalenza dei fondi sanitari integrativi, prevede l'estensione dell'assistenza sanitaria al nucleo familiare dell'iscritto (coniuge e figli fiscalmente a carico anche non conviventi), sebbene non mancano esempi nei quali la copertura non si estende sempre ai familiari neppure ove i lavoratori si fanno carico interamente di quote aggiuntive di contribuzione. L'evidenza empirica⁽³⁵⁴⁾ mostra, in alcuni contesti, una copertura anche a favore dei soggetti in quiescenza mentre in altri rivela l'assenza di tutela ove intervengano casi di mobilità professionale o di debolezza sul mercato del lavoro⁽³⁵⁵⁾. Per quanto concerne il *welfare* aziendale, esso origina dalla necessità di soddisfare bisogni del dipendente, sebbene differenti a seconda della categoria di riferimento, nonché a migliorare non solo la propria vita professionale, ma anche la sfera più propriamente privata. Si pensi ai contributi per l'educazione dei figli, per l'acquisto dei testi scolastici, per la consulenza di conciliazione famiglia e lavoro⁽³⁵⁶⁾, per il sostegno al reddito.

5. Un esempio di «previdenza contrattuale» quale modello di integrazione di coperture nell'attuale sistema previdenziale.

Giunti a questo punto, è possibile domandarsi se nell'attuale ordinamento sussistano elementi che consentano da subito una progettazione per così dire integrata di coperture previdenziali ciascuna avente una diversa funzione, ove siano originate dall'autonomia collettiva. La domanda è dunque la seguente: può un fondo di previdenza complementare di fonte contrattuale, alla luce di quanto argomentato in precedenza, soddisfare bisogni previdenziali di diversa natura, oltre quelli ordinariamente prescritti dal legislatore? Se prospettassimo la questione tenendo conto dell'impianto regolatorio, ad esempio, del decreto

⁽³⁵³⁾ In specie, ove si tratti di soggetti fiscalmente a carico minori di età, sarà necessaria l'acquisizione dell'autorizzazione del giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320, del codice civile. La medesima autorizzazione non sarà necessaria con riguardo al trasferimento della posizione individuale, trattandosi di un atto gestione ordinaria che mantiene in vita la posizione previdenziale del minore, la quale viene soltanto «spostata» verso un altro fondo (v. Risposta Covip quesito novembre 2013).

⁽³⁵⁴⁾ L'esempio è la Fondazione dell'Azienda Trasporti Milanesi (ATM) costituita nel 1999 in accordo con le Organizzazioni Sindacali di categoria, quale evoluzione delle preesistenti casse aziendali.

⁽³⁵⁵⁾ NERI S., *I fondi previdenziali e sanitari*, op. cit.,

⁽³⁵⁶⁾ Sulla difficoltà di conciliazione famiglia e lavoro, studi recenti dell'Istat rivelano che il 43,1 per cento delle neo-madri dichiara di avere problemi di conciliazione riconducibili principalmente alla rigidità dell'orario di lavoro mentre il 20,5 per cento sostiene di avere problemi nello svolgimento di lavoro a turni, in orario serale o nel fine settimana (ISTAT, *Rapporto Annuale 2012*, Roma, 2013 in www.istat.it/archivio/61203).

legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, la risposta sarebbe inevitabilmente negativa: la possibilità di un fondo pensione negoziale di erogare assegni straordinari di sostegno al reddito, integrazioni all'Assicurazione Sociale dell'impiego o cure odontoiatriche, borse di studio, colonie climatiche ai figli dei propri iscritti si scontrerebbe con le diverse norme all'uopo predisposte e che escludono, tranne come si è visto in alcuni casi circostanziati ⁽³⁵⁷⁾, la distrazione dal fine al quale sono destinati ⁽³⁵⁸⁾.

E ciò in quanto il primo punto su cui su una fonte contrattuale si troverebbe ad affrontare è rappresentato dalla costituzione del fondo che, come abbiamo visto, segue un percorso ispirato ad una rigorosa procedimentalizzazione dell'iniziativa negoziale e che si traduce nell'obbligo di costituire il fondo, in linea di principio ⁽³⁵⁹⁾, nelle forme ricomprese negli art. 12 e 36 del codice civile, e nel correlativo obbligo per alcuni di essi di contenere nell'atto costitutivo una specifica dizione [«fondo pensione» ⁽³⁶⁰⁾ o «fondo integrativo del Servizio sanitario nazionale»]. Dunque, l'obbligo di formazione di «patrimoni di destinazione», costituenti patrimonio separato del fondo, segue un sentiero che, presentando i tratti della tipizzazione, postula un giudizio di meritevolezza prefissato *ex lege* ⁽³⁶¹⁾.

Si può allora provare ad individuare una relazione tra ambiti normativi distinti, attraverso una opera di mediazione costruttiva del sistema che, superando le istanze di esaltazione dell'antinomia della legge, si sforzi di ricomporre, coerentemente, dati normativi, in verità, solo apparentemente distonici ⁽³⁶²⁾.

⁽³⁵⁷⁾ V. *supra* Parte Prima.

⁽³⁵⁸⁾ A conferma, basterebbe rilevare che la dottrina ha sempre ritenuto illecite, al di fuori dei casi rigorosamente tipici espressamente previsti dalla legge (stante l'espressa riserva di legge contenuta al secondo comma dell'art. 2740, c.c.), le pattuizioni tra creditore e debitore volte ad escludere alcuni beni dalla garanzia del creditore (cfr. ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in RESCIGNO M. (diretto da), *Tratt. dir. priv.* 19, Torino, 1997, 485 ss.).

⁽³⁵⁹⁾ E' opportuno rammentare che la possibilità di ricorrere alla configurazione del patrimonio di destinazione, ai sensi dell'art. 2117 del codice civile, è ammessa per i fondi sanitari integrativi e per i fondi pensione istituiti dagli enti di diritto privato, per i fondi pensione aperti e per le forme pensionistiche individuali (cfr., per questi ultimi, l'art. 4, comma 2, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

⁽³⁶⁰⁾ Nel caso in cui si utilizza di tale espressione senza la relativa iscrizione all'albo è prevista l'applicazione di una sanzione in sede amministrativa dalla Commissione di Vigilanza (cfr. art. 19 *quater*, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

⁽³⁶¹⁾ Prendendo come riferimento la previdenza complementare, si è visto, come l'assetto complessivo predisposto non lascia spazio a interpretazioni estensive: il fondo nasce e si costituisce come patrimonio di destinazione allo scopo di erogare «trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, ivi compresi quelli gestiti dagli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103 al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale» (art. 1, primo comma, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252).

⁽³⁶²⁾ In precedenza l'art. 59, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 aveva consentito – in via transitoria – agli accordi sindacali, sottoscritti dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, di disporre a favore degli iscritti ai regimi aziendali integrativi di cui al decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 357 (cd. fondi esonerativi) delle risorse dei fondi aziendali di previdenza complementare in funzione di ammortizzatori sociali nei casi di ristrutturazioni (o riorganizzazione) aziendale che determinassero esuberi di personale, anche in deroga agli ordinamenti dei regimi aziendali in attesa della costituzione dei fondi nazionali per il settore del credito di cui all'art. 2, comma 28, legge 23 dicembre 1996, n. 662. Con tale disposizione, gli accordi conservavano un'efficacia di diritto comune, rimanevano atti interni al rapporto giuridico fra le parti sociali e, come tali, vincolavano solo i soggetti stipulanti e coloro che aderivano a questi ultimi. Sul rapporto tra ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza

L'opportunità è offerta dall'attuale ordinamento civilistico che delinea, a nostro avviso, una variante al quadro normativo – istituzionale dei fondi, per modo che «la previdenza contrattuale» ne risulti in definitiva esaltata. L'art. 2645 *ter*, c.c. (introdotto, nel corpo del codice civile, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 di conversione del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273), rubricato «Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche», se pur con formulazione estremamente atecnica, ammette, in senso ampio, la possibilità di compiere «atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela (...)», disponendo che, in tal caso, la massa dei beni «destinati», e i relativi frutti, oltre a poter essere impiegati esclusivamente per la finalità destinataria, non sono aggredibili se non per il soddisfacimento dei debiti contratti per quella medesima finalità. Secondo la dottrina prevalente ⁽³⁶³⁾, l'art. 2645 *ter* c.c. dà vita ad una nuova fattispecie, di cui individua i soggetti, l'oggetto, la funzione, la forma e la durata ⁽³⁶⁴⁾. Una fattispecie che si sostanzierebbe nella funzionalizzazione di un bene, con apposizione del vincolo sul bene stesso, al fine del raggiungimento di un determinato scopo. In altri termini, parrebbe che la legge abbia formulato uno schema negoziale destinatorio a «causa generica», che richiama una valutazione circa la meritevolezza degli interessi concretamente perseguiti dall'agente, la cui indagine è operata dall'organo giurisdizionale in via solo eventuale e, peraltro, in un momento successivo alla stipulazione dell'atto ⁽³⁶⁵⁾. Così, l'atto istitutivo di un «patrimonio finalizzato» si presenta, in virtù della creazione di un vincolo di destinazione, come un atto di disposizione che depotenzia il patrimonio del disponente, e che, in ragione della

complementare, TURSI A., *Ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza complementare* in RIDL, 2008, II, 677 ss.. (nota a Trib. Firenze, 21 marzo 2008).

Sulla diversa vicenda, ma pur sempre collegata al nostro tema, della transizione da un regime a prestazioni definite con metodo ripartitorio, a quello della contribuzione definita e capitalizzazione individuale, imposto alle nuove generazioni, e alla possibilità delle forme pensionistiche c.d. preesistenti di mantenere i modelli gestionali in uso, istituendo distinte gestioni, patrimonialmente separate, nel caso in cui un cd. fondo preesistente di previdenza complementare operi in regime di prestazione definita, il quale per espressa disposizione non può applicarsi ai nuovi iscritti, si v. il documento Covip approvato il 26 novembre 1997.

⁽³⁶³⁾ DE NOVA G., *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotaridellalombardia.org, il quale ravvisa nell'art. 2645 *ter* un ministatuto dell'atto di destinazione.

⁽³⁶⁴⁾ *Contra* Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Nuova giur. comm.*, 2007, I, p. 524; Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Foro It.*, 2009, 1555.

⁽³⁶⁵⁾ Cfr. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 167; FRANCESCHINI B., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust* in LEPORE G., G. MONEGAT M., VALAS I. (a cura di), *Trust*, Torino, 2010, 251 e ss.; NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, in BIANCA M. (a cura di), Milano 2007, 65-66, che, sotto l'aspetto della «meritevolezza», circoscrive l'ambito della disposizione di legge ai profili della separazione del patrimonio (*rectius* dei beni oggetto di destinazione).

portata «segregativa» accordatagli dalla legge, incide sulla responsabilità patrimoniale del medesimo disponente ⁽³⁶⁶⁾.

L'unico limite al potere del privato di organizzare il proprio patrimonio in masse organicamente destinate è dunque costituito dalla meritevolezza degli interessi perseguiti dall'agente che consentirebbe di superare il tradizionale sistema fondato sulla essenziale unità del patrimonio del soggetto, e il regime della universale responsabilità patrimoniale.

Non parrebbe poi tassativa l'indicazione della norma in merito all'oggetto: a riguardo si ritiene che rientrino nella destinazione, oltre che gli immobili e i beni mobili registrati, anche quei beni mobili per i quali l'ordinamento richieda una forma di pubblicità idonea a rendere conoscibili ai terzi l'esistenza del vincolo di destinazione ⁽³⁶⁷⁾ ovvero titoli di credito o quote di società a responsabilità limitata ⁽³⁶⁸⁾ o, più genericamente, qualunque bene mobile ⁽³⁶⁹⁾. E' evidente che in quest'ultima ipotesi l'assenza di un idoneo sistema di pubblicità non produca l'effetto separativo della responsabilità patrimoniale del disponente: in tale circostanza taluni autori suggeriscono di ricorrere a criteri ultimi di riferimento per la risoluzione dei possibili conflitti, quali in particolare il principio di buona fede e della colpa grave ⁽³⁷⁰⁾.

Da un punto di vista strutturale è opinione condivisa ⁽³⁷¹⁾ che il legislatore abbia voluto configurare una categoria generale di negozio di destinazione da realizzare al di fuori di modelli predeterminati, potendo essere unilaterale o bilaterale, *inter vivos* o anche *mortis causa*.

Ad ogni modo, oltre al limite della meritevolezza dell'interesse da perseguire, la norma stabilisce che il vincolo di destinazione non può eccedere alternativamente i novant'anni o la durata della vita della persona beneficiaria. Si tratta di una norma di ordine pubblico economico interno che sconta il tributo al tradizionale assetto del nostro ordinamento civilistico secondo il quale l'apposizione di vincoli, tendenzialmente perpetui, possono svuotare di contenuto il diritto di proprietà, con conseguente nocimento per le esigenze del mercato e della produttività ⁽³⁷²⁾.

In definitiva, l'atto di destinazione richiede: a) un disponente che conserva la titolarità dei beni e che imponga il vincolo e ne affida l'attuazione attraverso un mandato gestorio; b) uno o più soggetti beneficiari determinati; c) uno o più beni che ne costituiscono l'oggetto; d) un

⁽³⁶⁶⁾ DORIA G., *Vincoli di destinazione e patrimonio del soggetto* in A.A.V.V. (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, 2 e ss..

⁽³⁶⁷⁾ Cfr. BIANCA M., *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale. Atti del Convegno del 21 Novembre 2009 della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, Il Sole 24-Ore, vol. 1, 106-112.

⁽³⁶⁸⁾ BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 34.

⁽³⁶⁹⁾ PALERMO G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 79.

⁽³⁷⁰⁾ Cfr. FRANCO R., *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 3, 319.

⁽³⁷¹⁾ FALZEA A., *Riflessioni preliminari a: La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, 5.

⁽³⁷²⁾ La previsione di un termine di durata superiore comporta la sostituzione di diritto della clausola difforme con il limite di legge.

interesse meritevole di tutela; e) una durata; f) un eventuale gestore della finalità, quale soggetto autonomo; g) un eventuale garante della destinazione con il compito di richiedere un rendimento del conto al gestore, di provvedere alla vigilanza sull'operato del gestore e di procedere all'accertamento di eventuali responsabilità ⁽³⁷³⁾. Non è da escludere la possibilità che il disponente e il beneficiario siano lo stesso soggetto, specie allorquando sia stato individuato preventivamente la figura giuridica del gestore (o di una pluralità di gestori) a cui venga richiesto di operare sulla base della disciplina del mandato (con o senza rappresentanza).

Nel solco delle considerazioni appena svolte, in forma di premessa all'esame delle tematiche relative alla presenza di un atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c., occorre allora domandarsi se gli istituti tipizzati dal legislatore per i diversi ambiti di cui si compone la «previdenza contrattuale» rientrino tra quegli «enti» genericamente individuati dalla norma civilistica. Il rischio è quello di una riqualificazione posteriore ad opera dell'organo giurisdizionale nel caso in cui l'atto di destinazione si sovrapponga a quello tipico, con conseguente applicazione delle norme imperative dettate per quest'ultimo.

Scorrendo le forme giuridiche tipizzate dal legislatore, ad esempio, per i fondi negoziali di previdenza complementare o per i fondi sanitari integrativi non pare possano sorgere problemi di rapporto tra i predetti fondi e l'atto di destinazione nel caso in cui essi si costituiscano come «fondazione» (art. 4, comma 1, *lett. b*, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252; art. 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502) ⁽³⁷⁴⁾; ciò in quanto la differenza tra i predetti fondi e l'atto di destinazione ex art. 2645 *ter*, c.c. è rappresentata dalla mancanza di soggettività in capo alla destinazione e dagli scopi perseguiti dalla fondazione/fondo che, presentandosi meritevoli di tutela, sarebbero suscettibili di essere perseguiti attraverso uno specifico atto di destinazione.

Con la costituzione del vincolo di destinazione il fondo sarebbe chiamato a realizzare «meritevoli» finalità ⁽³⁷⁵⁾ tra le quali rientrano sicuramente quelle ad ambito costituzionale quali, ad esempio, quella di svolgere attività di assistenza (e cura) delle persone e, dunque, nel principio di solidarietà sociale riconosciuto e garantito dall'art. 2 della Cost., e che costituisce, anche per l'indubbia sua rilevanza morale, uno dei modelli fondamentali dell'azione positiva e responsabile degli individui. O quella di assicurare mezzi adeguati per la propria vecchiaia in

⁽³⁷³⁾ Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, il garante della destinazione sarebbe autorizzato a compiere ogni necessario controllo per verificare, in pendenza della destinazione, il pieno rispetto delle modalità tutte di attuazione della stessa, stabilite dalla legge e nel presente atto, con ciò venendo legittimato espressamente, quale «altro interessato», ad agire per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela posto alla base della destinazione.

⁽³⁷⁴⁾ Occorre rammentare in questa sede che in essa è presente un'organizzazione che gestisce il patrimonio di cui è dotata, mancando di un'assemblea e di cui si presenta preminente la volontà dei fondatori.

⁽³⁷⁵⁾ Non si rinvencono disposizioni della Covip sulla questione; in linea generale in sede di riorganizzazione dei fondi pensione, la Commissione di Vigilanza ha sostenuto che «occorre accertare l'inesistenza dei vincoli o impedimenti derivanti da disposizioni statutarie che ostino alla realizzazione dell'operazione di trasformazione programmata, fermo restando che l'attuazione della medesima dovrà avvenire sulla base di accordi tra le rispettive fonti istitutive, che tengano conto delle concrete esigenze di riferimento» (Deliberazione Covip 26 gennaio 2001).

misura proporzionale al tenore di vita goduto durante il periodo lavorativo, a fronte di una scarsità di risorse pubbliche disponibili oramai chiamate sempre più a soddisfare le situazioni di bisogno carente ed effettive ⁽³⁷⁶⁾. O, finanche, di garantire gli iscritti da un'esistenza sorretta da dignità, autonomia personale e sociale e di vita relazionale, eliminando o riducendo, ove possibile, gli ostacoli che possono limitare la sua dignità come «persona» e frapporsi alla piena attuazione della sua personalità in campo relazionale e lavorativo.

Da questo angolo di osservazione, il fondo pensione negoziale (o, se si preferisce il fondo sanitario integrativo), costituito in forma di fondazione, potrebbe risultare beneficiario, per il periodo di tempo stabilito dal disponente, di un bene a vantaggio del medesimo fondo per il migliore perseguimento dei propri fini istituzionali. In tal caso, l'interesse alla cui realizzazione è diretta la costituzione del vincolo di destinazione sarebbe così riferibile agli iscritti del medesimo fondo. Peraltro, la costituzione del vincolo di destinazione non comporterebbe neppure il trasferimento di proprietà, né la costituzione di un diritto reale ⁽³⁷⁷⁾.

Gli effetti della trascrizione dell'atto di destinazione *ex art. 2645 ter* sarebbero così due: da un lato, la separazione patrimoniale dal restante patrimonio del conferente [o, meglio, del disponente ⁽³⁷⁸⁾], in virtù della quale solo i creditori che hanno pretese correlate ai beni vincolati possono aggredire i beni stessi e i loro frutti; dall'altro, l'opponibilità del vincolo ai terzi.

A fronte di questo nuovo scenario, il fondo potrebbe impiegare i redditi prodotti dal bene (o dai beni) gravati dal vincolo di destinazione anche per assicurare una tutela nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa ove siano occupati in settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, ordinaria e straordinaria.

La gestione dell'atto di destinazione, che si è vista non esclusa dal legislatore, potrebbe in tal caso avvenire attraverso uno schema contrattuale che contempli un fondo di solidarietà bilaterale «libero», che conservando la sua natura privata, si sottrarrebbe al regime promozionale introdotto dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, prevedendo una tutela integrativa del reddito in costanza di rapporto di lavoro e/o in caso di sua cessazione ⁽³⁷⁹⁾.

In alternativa (o in via complementare) il vincolo di destinazione potrebbe attenere all'erogazione dell'assistenza continua a favore di soggetti non autosufficienti (*Long Term Care*)

⁽³⁷⁶⁾ PERSIANI M., *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale...*, op. cit., 3 e ss..

⁽³⁷⁷⁾ Per la disciplina fiscale, si v. la circ. della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate del 22 gennaio 2008, n. 3/E. In specie l'atto è assoggettato soggetto ad imposte di registro e ipotecaria in misura fissa; non è soggetto ad imposta catastale in quanto non dà luogo all'esecuzione di voltura catastale. L'imposta di bollo e le conseguenti formalità sono assolte mediante il pagamento, all'atto della registrazione con procedura telematica, della somma forfettariamente stabilita nella relativa tariffa allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642.

⁽³⁷⁸⁾ Sul termine «conferente» impiegato dal legislatore, parte della dottrina ha rilevato come esso sia stato utilizzato impropriamente, posto che mediante l'atto di destinazione non vi è alcun trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro (GAZZONI F., *Osservazioni*op. cit., 170).

⁽³⁷⁹⁾ Argomenta di tale possibilità, come già anticipato in precedenza, TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*...op. cit., 482.

(³⁸⁰), del fondo negoziale [come copertura *stand alone* (³⁸¹)] che, come è stato efficacemente rilevato, in modo da realizzare «quel giusto *mix* tra il settore pubblico e quello privato» (³⁸²). A ben vedere poi l'esistenza di un collettivo sufficientemente numeroso ed omogeneo potrebbe garantire l'assicurabilità del rischio, provando anche a superare il paradosso presente nel settore sanitario nel quale il sistema privato è capace di generare forti incentivi a minimizzare i costi a livello micro, ma si trova a fronteggiare un grave problema di contenimento dei costi a livello macro, per la sua incapacità di controllare la quantità di prestazioni offerte (³⁸³).

Analogamente meritevole di tutela potrebbe essere rinvenuto l'interesse nella promozione e nello sviluppo delle attività culturali, al benessere del lavoratore e, dunque, l'erogazione di somme, servizi o prestazioni per asili nido, colonie climatiche, borse di studio per familiari dei dipendenti, acquisto di libri scolastici, contributi per l'educazione dei figli.

In questa plurima dimensione, nella quale conviverebbero «patrimoni finalizzati», la previdenza contrattuale dovrebbe affrontare almeno due questioni parallele, di cui la prima deve essere assegnata alle scienze economiche-attuariali, mentre la seconda richiede una lettura dei principi costituzionali che salvaguardi il riconoscimento del regime incentivante (contributivo e tributario), previsto solo a fronte di un risparmio c.d. non disponibile.

La prima attiene alle conseguenze che discendano da un «fondo di previdenza contrattuale» nel quale convivano bisogni previdenziali socialmente rilevanti, il cui assetto statutario avrebbe l'onere di realizzare, nel contesto di unica titolarità, una condizione di separatezza patrimoniale specificamente funzionale al rispetto dei diversi regimi, legalmente previsti e praticati al loro interno. Occorre allora domandarsi se esso possa sorreggersi su una solida modellizzazione tecnico-attuariale e tecnico-assicurativo, come del resto si ha riprova in altri paesi nei quali sono presenti prodotti diversamente integrati aventi ad oggetto diversi rischi inerenti alla persona (³⁸⁴).

(³⁸⁰) E' noto che la maggior parte dei costi per assistenza agli anziani è ricondotta al sistema di protezione sociale nel quale i diversi livelli di governo hanno la titolarità di una o più funzioni di spesa (lo Stato, la Regione, la Provincia e i Comuni). In linea generale, le risorse pubbliche, alle quali si affianca la spesa privata effettuata dalle famiglie, sono impiegate sia per le prestazioni di natura monetaria (legate all'erogazione di pensioni e sostegni al reddito) sia per le prestazioni di servizi (servizi di assistenza sociale e/o sanitaria).

(³⁸¹) Lo schema si avvicinerebbe a quello statunitense dei conti di individuali di risparmio sanitario denominati *Medical Saving Accounts* (cfr. ZABINSKI D., *Medical Saving Accounts: Microsimulation Results from a Model with Adverse Selection*, in *Journal of Health Economics*, 18, 1999, 191 e ss.). In questo contesto, la prestazione pensionistica complementare potrebbe dividersi in due parti: una componente per la vecchiaia ed una seconda per *Long Term Care* al verificarsi delle condizioni di non autosufficienza.

(³⁸²) ISVAP, *La non autosufficienza degli anziani: il caso italiano alla luce delle esperienze estere*, in ISVAP (a cura di), *Quaderno Isvap n. 11*, Roma, 2007, 48.

(³⁸³) Si fa riferimento all'analisi di WILLIAMS A., *Le riforme dei servizi sanitari perché l'ideologia è importante*, in *Politiche sanitarie*, 1, 2000, 3-5 secondo cui all'opposto, un sistema pubblico con vincoli di bilancio, ha successo nel contenere i costi a livello macro, ma ha problemi a livello micro a causa di inadeguati sistemi incentivanti.

(³⁸⁴) Negli Stati Uniti, ad esempio, esistono da tempo prodotti di natura assicurativa che consentono di abbinare il processo di accumulo con diverse coperture (v. DELVAUX T., MAGNEE M., *Le nouveaux produits d'assurance-vie*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1991).

La seconda questione necessita, invece, di una risposta in ordine alla suo possibile posizionamento nell'attuale ordinamento costituzionale, dal momento che il collocamento nel secondo ovvero nel quinto comma dell'art. 38 della Cost., non è scevro di conseguenze, anche semplicemente considerando la distinzione tra risparmio e previdenza secondo cui l'elemento discriminante è rappresentato nel primo da una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di economia e nella seconda dalla necessità di imprimere all'accantonamento un vincolo di destinazione di intensità tale per cui esso non possa essere distolto dalla funzione, in cui si estrinseca notoriamente la previdenza, vale a dire di protezione dai rischi di diminuzione o perdita della capacità di lavoro e di guadagno ⁽³⁸⁵⁾.

⁽³⁸⁵⁾ Si è già argomentato nelle pagine precedenti della stretta relazione tra previdenza complementare e regime tributario agevolato; ad esempio, in alcuni paesi europei, come l'Inghilterra e l'Olanda, è presente un valido sistema di incentivazioni fiscali che ha mostrato di poter contribuire in maniera rilevante ad un diffuso sviluppo della previdenza complementare (cfr. TAFANI S., *Aspetti comparativi nel regime giuridico e fiscale della previdenza complementare nell'Unione Europea*, in *Tributi*, luglio-dicembre, 2002, 623; FORNERO E., *L'economia dei fondi pensione*, Bologna, 1999, 78-79).

CAPITOLO SECONDO

LA POSSIBILE COLLOCAZIONE DELLA «PREVIDENZA CONTRATTUALE» NEL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE

Sommario: 1. Il dibattito teorico sulla nozione di «previdenza e assistenza sociale». – 2. La complessa relazione nella «previdenza contrattuale» tra previdenza/assistenza pubblica e previdenza/assistenza privata (art. 38, commi 2 e 5, Cost.). – 3. La ripartizione di competenze legislative tra «previdenza sociale» e «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 2, *lett. o*) e comma 3, Cost.). – 4. L'opportunità di attingere alla nozione di «*welfare* contrattuale».

1. Il dibattito teorico sulla nozione di «previdenza e assistenza sociale».

Prima di offrire una lettura normativa della «previdenza contrattuale», è opportuno riprendere alcune delle premesse su cui si basa tradizionalmente il dibattito costituzionale sulla previdenza e assistenza sociale. Dopo la novella operata all'art. 117, Cost. l'espressione «previdenza sociale», fa il ingresso per la prima volta nella Costituzione; tuttavia, ciò è avvenuto «senza che, con l'occasione, sia stato offerto alcuno spunto definitorio, diretto a superare le incertezze che tuttora involgono la nozione per effetto di un risalente, non ancora composto dibattito sui caratteri e gli ambiti stessi della materia»⁽³⁸⁶⁾. A rigore, occorre considerare che la nozione di previdenza sociale sia già stata impiegata in alcune, leggi costituzionali: ad esempio, si può rammentare come la «previdenza sociale», sia pure in endiadi con le «assicurazioni sociali», è espressamente nominata nello statuto della Regione Trentino Alto Adige e in quello delle relative Province autonome, nonché di altre Regioni a statuto speciale⁽³⁸⁷⁾. Nonostante sia unanimemente riconosciuta al diritto della previdenza sociale una autonomia scientifica e didattica, permangono tuttora sostanziali incertezze sia riguardo agli elementi che connotano la materia, sia con riferimento alla delimitazione della «porzione» di ordinamento giuridico cui occorre riferirsi e, conseguentemente, alla sua collocazione. D'altra parte, l'inquietudine che concettualmente coinvolge l'attuale soluzione costituzionale dell'art. 38 della Cost. è intesa come la risposta alle diverse teorie che da anni dominano negli studi scientifici sulla materia. Così, secondo il modello contenuto nell'art. 38 Cost., la cui norma è peraltro rimasta immutata fino ad oggi a dispetto delle recenti riforme costituzionali, previdenza ed assistenza sociale si accompagnano, alla garanzia della libertà dell'assistenza privata, che si estende fino alla

⁽³⁸⁶⁾ CINELLI M., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 63/2005.

⁽³⁸⁷⁾ Per una valorizzazione del contributo definitorio della giurisprudenza costituzionale, v. BALANDI G.G., *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *Lavoro e Diritto*, 3, 2001, 479; ZOPPOLI L., *Neoregionalismo e sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, in RUSCIANO M. (a cura di), Napoli, 2004, 9.

previdenza privata. Un modello che, adeguandosi al dinamismo della realtà sociale caratteristico dei nostri tempi, male si presta a cristallizzazioni in schemi tipici.

Secondo la tradizionale concezione del modello di tutela sociale prefigurato dall'art. 38, Cost. ⁽³⁸⁸⁾, quest'ultimo assumerebbe una configurazione dicotomica, emblematicamente rappresentata «da due rette parallele che non si incontrano mai» ⁽³⁸⁹⁾ in cui si rinviene l'assistenza sociale (art. 38, comma 1, Cost.), fondata sul principio di solidarietà, da un lato, e la previdenza sociale basata su strumenti mutualistico-assicurativi (art. 38, comma 2, Cost.), dall'altro ⁽³⁹⁰⁾. Così se l'art. 117 della Cost. affida la «assistenza sociale» in via esclusiva alla competenza delle Regioni, il medesimo articolo non solo conferma la competenza esclusiva dello Stato nella materia della «previdenza sociale», ma prevede, come si vedrà più avanti, una competenza concorrente Stato/Regioni nella materia della «previdenza integrativa e complementare». Peraltro, l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. riconosce come competenza dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Da tale previsione si ricava la possibilità dello Stato di intervenire nelle materie di competenza esclusiva delle Regioni - si pensi all'assistenza sociale - fissando livelli minimi di tutela comunque da conservare, di modo che il pluralismo non generi diversità di trattamento inaccettabili ⁽³⁹¹⁾. L'evidenza empirica ha poi dimostrato che le Regioni non hanno legiferato utilmente in materia non solo perché la specifica materia dei fondi sanitari integrativi è attratta nell'orbita della competenza statale sul piano dei benefici fiscali, ma anche dei principi in materia di organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, oltre ai già menzionati livelli essenziali dell'assistenza sanitaria.

Secondo la diversa «concezione universale» ⁽³⁹²⁾, il sistema di sicurezza sociale non sarebbe scomponibile nei due settori della previdenza e dell'assistenza, bensì avrebbe una configurazione unitaria: con l'implicita conseguenza che la sfera legislativa regionale risulterebbe ridotta, giacché la potestà legislativa esclusiva dello Stato attrarrebbe, attraverso tale allargata nozione di «previdenza sociale», anche l'«assistenza sociale», sottraendola al dominio, della potestà legislativa regionale, finora incontrastato.

Invero, ogni ipotesi ricostruttiva del sistema della previdenza sociale da un punto di vista dogmatico, poggia su basi fortemente instabili, che debbono essere oggetto di continua verifica

⁽³⁸⁸⁾ La cui «equivoca formulazione risente ancora, per tante ragioni, della mentalità corporativa» (PERSIANI M., *Crisi economica e crisi del Welfare State*, op. cit., 12).

⁽³⁸⁹⁾ Così MAZZONI G., *Previdenza, assistenza e sicurezza sociale*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1968, 1219.

⁽³⁹⁰⁾ Mi limito a citare alcuni testi classici: LEVI SANDRI L., *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953; PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960.

⁽³⁹¹⁾ PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale....*, op. cit., 79.

⁽³⁹²⁾ Da ultimo, PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, VII ed., 2012.

(³⁹³). Verosimilmente, però, il criterio ermeneutico da seguire è quello di assumere come «guida» la nozione comunemente accolta nel linguaggio giuridico e nella giurisprudenza costituzionale. Difatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza dell'impostazione bipartita del sistema di sicurezza sociale (³⁹⁴), ravvisando nei primi due commi della suddetta norma due fattispecie tipiche e distinte: la prima, peculiare dell'«assistenza sociale» e la seconda, rappresentativa della «previdenza sociale». Tale impostazione non pare comunque di ostacolo alla convinzione che il modello prescelto dal costituente sia comunque «aperto» (³⁹⁵) in quanto consente varie articolazioni e possibilità combinatorie, purché ne risulti «in ogni caso conservato l'idoneità al perseguimento del risultato costituzionalmente imposto, cioè l'adeguatezza della tutela e con il quale è compatibile una impostazione dove pubblico e privato siano compresenti ed anzi reciprocamente si integrino».

2. La complessa relazione nella «previdenza contrattuale» tra previdenza/assistenza pubblica e previdenza/assistenza privata (art. 38, commi 2 e 5, Cost.)

Si è detto, sulla base dell'analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali degli ambiti di cui essa si compone, che di «previdenza contrattuale» può parlarsi con riferimento complesso di pattuizioni, rientranti nel diritto delle relazioni industriali ed operanti nelle maglie lasciate libere dalla legislazione di settore, che sono preordinate alla soddisfazione degli interessi dei lavoratori in conseguenza di eventi predeterminati che causano la sospensione, la riduzione e/o la perdita dell'attività lavorativa, la malattia e, più in generale, alla realizzazione di interventi a tutela di bisogni previdenziali socialmente rilevanti. Snodo peculiare della nostra ricerca è allora la collocazione costituzionale del *corpus* «previdenza contrattuale» nell'ambito del secondo o del quinto comma dell'art. 38 nella consapevolezza che la ricostruzione nell'uno o nell'altro senso può essere sottoposta a giudizio critico sia sotto il profilo di legittimità costituzionale sia sotto quello della coerenza sistematica. Intanto una constatazione però si impone: la questione della collocazione costituzionale non sembra costituire un mero esercizio scientifico, se non fosse altro per le conseguenze che una tale scelta finirebbe per determinare: si pensi alla disciplina sulla contribuzione, al trattamento giuridico della prestazione o al riconoscimento di incentivi (fiscali e/o contributivi).

(³⁹³) PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, 2006, 12 e ss..

(³⁹⁴) Corte Cost. 5 febbraio 1986, 1° aprile 1993, n. 31; n. 136; 18 dicembre 1995, n. 509.

(³⁹⁵) CINELLI M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di) *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c., in BUSNELLI F. (diretto da), Il Codice civile. Commentario*, 2010.

Presentandosi come fattispecie a sommatoria di ambiti definiti nei quali ciascuno conserva la propria identità funzionale (previdenza complementare, ammortizzatori contrattuali, fondi sanitari integrativi e *welfare* aziendale), essa subisce le diverse letture dei principi costituzionali che si sono avute per i diversi strumenti previdenziali e, in particolare, per la previdenza complementare, peraltro non ancora definitivamente assestate tanto che in dottrina taluni suggeriscono di focalizzare l'indagine, più che sulla collocazione sistematica, su altri aspetti della disciplina delle forme pensionistiche complementari ⁽³⁹⁶⁾.

Si aggiunga poi che l'attuazione dei bisogni socialmente rilevanti è caratterizzata da necessaria gradualità ⁽³⁹⁷⁾, da ragionevole ponderazione con gli altri valori costituzionali primari e con le esigenze del bilancio statale, da non irragionevoli inerzie o ritardi, la corrispondenza con quella che è la *ratio* dello specifico diritto sociale da garantire ⁽³⁹⁸⁾.

Dall'assetto complessivo del sistema previdenziale ⁽³⁹⁹⁾, il collocamento della previdenza complementare e degli ammortizzatori sociali contrattuali (nella specie i fondi solidali bilaterali c.d. ordinari e alternativi), nell'ambito del comma secondo dell'art. 38 Cost, (e non del comma 5), come si è argomentato in precedenza, pare possa assegnarsi atteso che essi tutelano interessi presidiati dalla previdenza obbligatoria e, dunque, idonei a soddisfare, secondo quanto autorevolmente sostenuto, «bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati per un'esistenza libera e dignitosa» ⁽⁴⁰⁰⁾ (ovvero «bisogni nei quali il legislatore [...] ne valuta la soddisfazione come condizione essenziale ai fini della garanzia dell'effettivo godimento dei diritti civili» ⁽⁴⁰¹⁾ cui è affidata «la realizzazione, in forma integrale ed esdusiva, della tutela di ordine sociale» ⁽⁴⁰²⁾). Ne consegue che se si deve operare una

⁽³⁹⁶⁾ TURSÌ A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 537.

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. Corte Cost. 7 luglio 1986 n. 173 (p.d. 12473) secondo cui «lo stato di pensionamento costituisce un prolungamento ai fini previdenziali, deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e deve, in ogni caso, assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia mezzi adeguati alle esigenze di vita per una esistenza libera e dignitosa [...] che la proporzionalità e l'adeguatezza devono sussistere non solo al momento del collocamento a riposo ma vanno costantemente assicurati anche nel prosieguo, in relazione al mutamento del potere di acquisto della moneta»; Corte Cost. 30 maggio 1995 n. 205 (p.d. 21499).

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. Corte Cost. 13 giugno 1983, n. 163 nella quale è affrontata l'ipotesi di chi, pur avendo una capacità di guadagno ridotta oltre il limite stabilito dalla legge per ottenere la pensione di invalidità (alla quale però non ha in concreto diritto a causa della mancanza di una contribuzione assicurativa per il periodo di tempo minimo), non si arrenda a vivere in maniera passiva e parassitaria, ma si inserisca nel mondo del lavoro, operando così attivamente nel settore della produzione; Corte Cost. 8 giugno 1987 n. 215 (p.d. 4349) secondo cui, in caso di istruzione scolastica dei soggetti portatore di handicap, spetta «[...] ovviamente al legislatore dettare quanto prima una compiuta disciplina per risolvere un così rilevante problema umano e sociale..».

⁽³⁹⁹⁾ Tenendo presente che «in un'economia di mercato, quale quella voluta dal legislatore costituente, è lo Stato, dunque, a dover garantire la liberazione dal bisogno dei cittadini modificando la distribuzione dei redditi che deriverebbero dal mercato e riducendo le disuguaglianze sociali anche nella fruizione dei servizi fondamentali, quali l'istruzione e la sanità» (M. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del Welfare State*, op. cit., 13).

⁽⁴⁰⁰⁾ PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, 99.

⁽⁴⁰¹⁾ PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., 342.

⁽⁴⁰²⁾ CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 2, 260.

differenza tra previdenza obbligatoria e contrattuale, essa attiene solamente al diverso modo in cui sono valutati, e realizzati, i bisogni previdenziali ⁽⁴⁰³⁾.

In specie, sulla tendenza ad assegnare alla previdenza complementare il compito di concorrere, in collegamento con quella obbligatoria, alla realizzazione degli scopi enunciati dall'art. 38 Cost., si è giunti alla conclusione che «non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire [...] un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, comma 2, della Costituzione» ⁽⁴⁰⁴⁾. E ciò al fine di consentire che «la tutela dell'interesse individuale dei lavoratori ad usufruire di forme di previdenza complementare non vada disgiunta, in misura proporzionata, da un dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli» ⁽⁴⁰⁵⁾.

Messa in questi termini, si coglie la differenza tra previdenza (o assistenza) privata e previdenza (o assistenza) pubblica, giacché mentre «la prima insiste sull'area dei bisogni individuali e collettivi di tutti i cittadini, la seconda insiste sull'area dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenze di risorse e/o per opzione di politica socioeconomica, non possono nel momento attuale essere soddisfatti dallo Stato» ⁽⁴⁰⁶⁾.

Il punto è, che dopo l'ultima riforma del 2005, non sono poche le perplessità sulla predetta «funzionalizzazione» della previdenza complementare.

Nella Prima Parte di questa ricerca si sono rinvenute le tracce evidenti della linea oscillante intrapresa dal legislatore. Difatti, mentre alcune disposizioni, specie della legge delega 23 agosto 2004, n. 243, laddove accomunano la disciplina della previdenza complementare a quella della previdenza obbligatoria a conferma della medesima natura e del medesimo referente costituzionale delle due ⁽⁴⁰⁷⁾; altre vanno nella direzione opposta, esaltando il principio di libertà che è proprio della previdenza privata di cui al comma 5 dell'art. 38 Costituzione, ma conciliandosi con il perseguimento dell'effettività della tutela previdenziale ⁽⁴⁰⁸⁾. Ne conseguono non poche perplessità che il legislatore non abbia ancora colto appieno il rapporto tra previdenza complementare ed obbligatoria e fatto proprio dalla Corte costituzionale

⁽⁴⁰³⁾ SANDULLI P., *I regimi speciali di previdenza sostitutivi nel sistema pensionistico generale in INPDAI, La previdenza dei dirigenti nel sistema pensionistico italiano*, Padova, 1974, 107 e ss.; E. GHERA, *Forme speciali di previdenza*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, in RIVA SANSEVERINO L. M., MAZZONI G. (diretto da), III, Padova, 1971, 578 e ss..

⁽⁴⁰⁴⁾ V. Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *GC*, 2000, 2757.

⁽⁴⁰⁵⁾ Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in *GC*, 2000, I, 2520; C. Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in *FI*, 1995, I, 392.

⁽⁴⁰⁶⁾ PERSIANI M., *Giurisprudenza costituzionale*., op. cit., 95 e ss..

⁽⁴⁰⁷⁾ Si pensi, ad esempio alla legittimazione del fondo ad agire per il recupero dei contributi omessi, ovvero alla sottoposizione alle stesse regole in tema di pignorabilità delle prestazioni di previdenza complementare ed obbligatoria (v. *supra* Parte Prima, capitolo primo, par. 7).

⁽⁴⁰⁸⁾ Ci si riferisce, in particolare, a quelle norme che rimarkano la possibilità incondizionata di portabilità della posizione di previdenza complementare, a scapito della continuità del piano pensionistico.

nei suoi ripetuti interventi, creando come segnala una parte della più recente dottrina ⁽⁴⁰⁹⁾, nuove «opportunità di fuga» dal sistema previdenziale e dall'effettività della tutela da questi offerta.

Muovendo da tale ragionamento la conclusione si presenterebbe diversa dalla premessa originariamente prospettata di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare e successivamente avallata dal Giudice delle Leggi ⁽⁴¹⁰⁾.

Per gli ammortizzatori contrattuali la cui previsione dell'obbligatorietà della loro istituzione ad opera della contrattazione collettiva da un lato, e della vincolatività degli effetti nei confronti dei potenziali destinatari, dall'altro, pare intenda avvalorare una tale ricostruzione, posto la valenza tendenzialmente universale che d'ora in poi dovranno assolvere i fondi di solidarietà, al pari di quelli pubblici, nei settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale. All'inverso, non mancano segnali che fanno dubitare del complessivo assetto ove si esamini la norma che riconosce una prestazione, «pari all'integrazione salariale di durata non superiore a un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile» (art. 3, comma 31, della legge 28 giugno 2012, n. 92), sensibilmente più ridotta rispetto all'indennità di integrazione salariale, riconosciuta nei settori coperti dagli ammortizzatori sociali pubblici, o la previsione che obbliga l'Istituto previdenziale pubblico «a non erogare le prestazioni in eccedenza in assenza di adeguamento contributivo» (art. 3, comma 30, legge 28 giugno 2012, n. 92) ovvero ai fondi «di non erogare prestazioni in carenza di disponibilità» (art. 3, comma 25, legge 28 giugno 2012, n. 92) ⁽⁴¹¹⁾. Specie con quest'ultima disposizione parrebbe allora che il legislatore escluda, pur in presenza di un sistema che qualifica obbligatorio e universalistico, il ricorso al principio di automaticità delle prestazioni ⁽⁴¹²⁾ in base al quale le prestazioni obbligatorie di previdenza e assistenza sono dovute al lavoratore dall'ente assicuratore anche quando il datore di lavoro non abbia versato i contributi, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali (cfr. l'art. 2126 del codice civile).

Peraltro, accanto ai Fondi di solidarietà cd. ordinari, l'art. 3, comma 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92 prevede altresì l'obbligo di istituire in via suppletiva per i settori, tipologie di datori di lavoro e classi dimensionali comunque superiori a quindici dipendenti, qualora non via

⁽⁴⁰⁹⁾ SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare* in PESSI R. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Tomo I, Torino, 2013, 50.

⁽⁴¹⁰⁾ PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *GDLRI*, 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara, 11/13 maggio 2000, 222 e ss..

⁽⁴¹¹⁾ A riguardo, la dottrina (CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 2, 261) segnala la differenza che sussiste con il mancato versamento dell'acconto sul contributo di mobilità (art. 8, comma 8, legge 19 luglio 1993, n. 236) che non paralizza l'obbligazione indennitaria dell'ente previdenziale.

⁽⁴¹²⁾ «Principio cardine nell'ordinamento della previdenza sociale che, però, nell'occasione, corre il rischio di essere pesantemente mortificato» (Così CINELLI M., *Welfare: pensioni e ammortizzatori sociali* in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 416).

abbia provveduto la contrattazione collettiva, Fondi di solidarietà cd. residuali da istituire con un decreto non regolamentare del Ministro del lavoro, emanato di concerto con quello dell'economia e delle finanze. Una soluzione che, secondo alcuni, sebbene palesi «il sofferto equilibrio tra l'autonomia negoziale della fase promozionale, che deve essere in qualche modo preservata, e l'inestricabile complementarità di tali trattamenti rispetto a quelli pubblici»⁽⁴¹³⁾ si presenta dettata dalla preoccupazione di veicolare la previdenza contrattuale verso bisogni previdenziali almeno di primo livello, a favore dei lavoratori per i quali non siano stati stipulati accordi collettivi volti all'attivazione dei Fondi cd. ordinari⁽⁴¹⁴⁾.

Una qualche differenza è data rinvenire nella sanità integrativa dal momento che quest'ultima sebbene sia stata indirizzata alla soddisfazione di bisogni sanitari diversi e ulteriori (dunque, supplementari) – rispetto a quello che danno titolo al concorso finanziario diretto dello Stato o al miglioramento qualitativo delle prestazioni già erogate dal Servizio Sanitario nazionale – ha finito per svolgere un ruolo duplicativo che si è aggiunto (e, in alcuni casi, sostituito) a quello pubblico⁽⁴¹⁵⁾. In effetti, la predisposizione di forme di tutela effettivamente e costantemente adeguate alle esigenze di vita dei lavoratori costituirebbe interesse direttamente riconducibile all'intera collettività, oltre che preciso dovere imposto dall'art. 38 della Cost.

Si aggiunga che in tale ambito la Regione ha il potere e le competenze necessarie come regolatore del mercato della sanità e il suo ruolo diventa fondamentale soprattutto nella fase di creazione e di primo avvio dei fondi sanitari integrativi⁽⁴¹⁶⁾. Sembrerebbe allora che tali forme di tutela integrativa⁽⁴¹⁷⁾ troverebbero fondamento costituzionale – oltre che nei principi generali di solidarietà civile, economica e sociale – nell'art. 38, comma 5, Cost., presentandosi espressione di un principi di libertà oltre che un completamento dello stesso sistema assistenziale pubblico. D'altra parte la tutela della salute, come è stato efficacemente sostenuto⁽⁴¹⁸⁾, può essere realizzata anche tramite l'interazione di iniziative diverse, anche di natura privata, presentandosi come conseguenza per quegli ordinamenti, come quello italiano, per i quali non è stata attribuita rilevanza costituzionale ad un determinato assetto organizzativo.

⁽⁴¹³⁾ FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi...*, op. cit., 11.

⁽⁴¹⁴⁾ Secondo CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 2, 260 «tali fondi si improntano al modello di *welfare mix*, nel quale strutture di carattere pubblicistico e strutture di carattere privatistico funzionalmente si collegano nella prospettiva della realizzazione coordinata degli obiettivi di protezione sociale, quali considerati e garantiti dalla Carta costituzionale».

⁽⁴¹⁵⁾ PACI, S. *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, op. cit., 550.

⁽⁴¹⁶⁾ BORDIGNON M., LEVAGGI R., *Il ruolo della Regione nella progettazione dei fondi sanitari integrativi* in *Tendenze nuove*, 6, 2003, 487. Al di là delle competenze legislative assegnate alle Regioni, l'intervento regionale si rende opportuno per i seguenti motivi: a) fallimenti del mercato assicurativo quali la selezione avversa e l'azzardo morale; b) aumento dei prezzi; c) promozione dell'uso di un certo bene mediante un sussidio sul prezzo di vendita dello stesso; d) distribuzione del reddito per rendere accessibili a tutti le prestazioni sanitarie non fornite dal sistema sanitario nazionale (BORDIGNON M., LEVAGGI R., *Ibidem*, cit., 489).

⁽⁴¹⁷⁾ Da intendersi riferibile non solo alle associazioni non lucrative e delle società di mutua assicurazione.

⁽⁴¹⁸⁾ TULLINI P., voce *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, 75.

Sotto questo profilo, l'assistenza privata si presenterebbe non solo libera, ma dovrebbe essere incoraggiata e tutelata, rappresentando una forma di risparmio (art. 47, Cost.) che si presenta vincolata e, come tale, meritevole di essere incentivata al pari del risparmio forzoso attuato con il sistema pubblico ⁽⁴¹⁹⁾. Basti riflettere sulla circostanza che la stessa definizione di fondo sanitario integrativo, terminologia che discende dalle norme sanitarie, pare impropria, dal momento che i fondi sanitari coprono non solo la sanità ma anche l'assistenza. Il tipo di copertura è sostanzialmente integrativa rispetto alla copertura previdenziale, nel senso che mentre quest'ultima offre prestazioni in denaro, i fondi offrono invece prevalentemente servizi o *voucher*, non necessariamente solo sanitari. Proprio per tale ragione qualche autore suggerisce di definire i fondi integrativi sanitari come «fondi integrativi per i servizi alla persona» ⁽⁴²⁰⁾.

Ben più critica si presenta la collocazione nell'ambito dell'art. 38, secondo comma, del *welfare* aziendale (e territoriale), la cui nozione – come è noto – si presenta sul piano giuridico «a-sistematica e disorganica» giacché ricomprende tutele di natura previdenziale *tout court* e tutele non previdenziali, tutele costituzionalmente necessitate e tutele costituzionalmente garantite. In ricostruttiva la domanda da porsi in materia di *welfare* aziendale non è tanto «se ricondurre ad un'unità questa variegata fenomenologia alla luce di una nozione unitaria di *welfare* contrattuale ma se se sia necessario costruire una *policy* pubblica che miri a coniugare: politiche aziendali di *total reward*, sussidiarietà orizzontale e bilateralità» ⁽⁴²¹⁾. Rammenta una attenta dottrina che già «dai lavori preparatori della Carta costituzionale si ricava chiaramente che si ebbe ben presente anche il ruolo delle organizzazioni promosse da privati con scopi di tutela previdenziale» ⁽⁴²²⁾. Il ragionamento può essere in parte riproposto se si argomenta di assistenza privata, ad esempio, dove permangono segnali, neppure timidi e marginali, di disvalore riconosciuto sul piano fiscale alla genesi negoziale e collettiva del beneficio rispetto all'autonoma e volontaria iniziativa del datore di lavoro ⁽⁴²³⁾.

Da questa complessa e plurima prospettiva, «la previdenza contrattuale», pur essendo gestita in alcuni casi anche da soggetti privati, è ispirata alle finalità che l'avvicinano alla previdenza pubblica in quanto non è espressione del potere di iniziativa economica privata,

⁽⁴¹⁹⁾ Cfr. GUERRA C., *La previdenza complementare...* op. cit., 12 e 13.

⁽⁴²⁰⁾ SPANDONARO F., *Sanità e sussidiarietà*, in *Quaderni di Italiani europei*, n. 2, Roma, 2009.

⁽⁴²¹⁾ TURSI A., *Welfare aziendale...* op. cit., 232.

⁽⁴²²⁾ PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, op. cit., 80.

⁽⁴²³⁾ Si è osservato in precedenza che la lett. f) dell'art. 51, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nell'ambito della determinazione del reddito da lavoro dipendente, stabilisce che non concorrono a formare il reddito l'utilizzazione delle opere e dei servizi di cui al comma 1 dell'art. 65 del medesimo Testo Unico (*rectius* le spese relative ad opere o servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti «volontariamente» sostenute per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, da parte dei dipendenti e dei soggetti indicati (vale a dire i familiari a carico) nell'art. 12 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

bensi della libertà di previdenza riconosciuta, anche se compresa in quella di assistenza, dal comma 5 dell'art. 38, Cost. da coordinare con i commi 2 e 4 del medesimo articolo ⁽⁴²⁴⁾.

Fin qui se consideriamo la «previdenza contrattuale», in tanti frammenti, ciascuno dei quali mantiene la propria specificità sotto il profilo funzionale, identificati sotto un unico denominatore rappresentato dalla fonte contrattuale.

Assumiamo la «previdenza contrattuale» che, presentando elementi, strumenti, funzioni convergenti in un *unicum*, operi nel nostro sistema previdenziale.

Se riconduciamo l'analisi sotto il profilo dell'effettività, una prima provvisoria opzione ricostruttiva potrebbe essere abbozzata in una collocazione sistematica intermedia, tra il secondo e il quinto comma dell'art. 38 della Cost., almeno per due ragioni.

La prima discende dalla lettera dell'ultimo comma dell'art. 38, Cost. che assicura a siffatta previdenza (e assistenza) c.d. privata una specifica garanzia costituzionale, quella della libertà; libertà che «potrebbe riflettersi sull'impossibilità di prevedere limitazioni o condizionamenti in merito alla scelta degli interessi da tutelare, alla dimensione individuale o collettiva dell'iniziativa previdenziale, ai criteri di organizzazione e di gestione delle iniziative stesse» ⁽⁴²⁵⁾. Letto in questi termini, allo Stato sarebbe inibita ogni iniziativa intesa a comprimere quella libertà che il legislatore costituzionale ha riservato unicamente ai gruppi creati dalla volontà degli interessati.

Una garanzia, che traducendosi nella libertà di adesione individuale e nella facoltà dei soggetti collettivi di istituire coperture previdenziali, si realizza solo per alcuni degli ambiti di cui si compone la «previdenza contrattuale» (fondi di previdenza complementare, fondi di solidarietà bilaterali alternativi o ai fondi istituiti nei settori già coperti dalla normativa in materia di integrazioni salariali per funzioni previdenziali c.d. integrative, o agli interventi integrativi all'ASpI operati dai fondi di solidarietà bilaterali ordinari e alternativi, fondi sanitari integrativi, alcune forme di *welfare* aziendale). Per questi, effettivamente il confine tra previdenza pubblica e privata sarebbe segnato dalla realizzazione degli interessi pubblici che però presenti unicamente nella prima giacché quella privata, presentandosi libera ed eventuale, entra in gioco solo quando quell'interesse è compiutamente soddisfatto.

Sennonché tale libertà è assente per i fondi di solidarietà bilaterali (c.d. obbligatori e residuali), trattandosi di una previdenza che interviene in sostituzione degli ammortizzatori

⁽⁴²⁴⁾ Come in molti degli strumenti introdotti nelle riforme degli ultimi anni (l'autonomia funzionale delle camere di commercio, delle Università e delle istituzioni scolastiche, la riforma dei servizi sociali attuata dalla legge quadro n. 328 del 2000) «pubblico» e «privato» sono destinati a convivere (SANDULLI P., *Previdenza complementare, Digesto delle Discipline pubblicistiche, Sezione commerciale*, LXI, Torino, 1995, 253).

Del resto, essi concorrono «alla realizzazione di un armonico disegno normativo, mirante ad assicurare l'adeguatezza degli strumenti, affinché i singoli lavoratori possano fronteggiare le proprie esigenze di vita, nelle ipotesi dannose ed aleatorie previste dal medesimo art. 38, Cost.» (FLAMMIA R., *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in AA.VV. (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Nuova Giur. Lav.*, suppl., Roma, 1989, 202, e ss.).

⁽⁴²⁵⁾ CINELLI M., *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa sociale in RIDL*, 1986, 903 e ss..

sociali pubblici ovvero in soccorso di quei settori nei quali non è presente alcuna integrazione salariale. Il che lascia trasparire la consapevolezza dell'unicità della questione che non pare suscettibile di una soluzione diversa.

Si condivide l'impostazione, elaborata da una nota dottrina a proposito della previdenza complementare, secondo cui si sta assistendo «alla tendenza di una sempre maggiore delegittimazione dello Stato come interprete assoluto dei bisogni meritevoli di tutela e dell'incremento di riappropriazione, da parte dei singoli della facoltà di decidere in merito» ⁽⁴²⁶⁾. Proprio perciò diventa irrinunciabile un'opzione per una prospettiva sostanzialistica, per cui quello che conta è la «realizzazione degli obiettivi garantiti dalla norma costituzionale» ⁽⁴²⁷⁾.

L'osservazione può essere riproposta anche per la «previdenza contrattuale» specie alla luce degli elementi di eterogeneità presenti tra le due previdenze e coerentemente alla tradizione pluralistica del nostro ordinamento previdenziale. Un modello allora che si presenta, per un verso, privatistico, quanto a genesi, contenuto e struttura e, per un altro verso, pubblicistico quanto ad obiettivi e finalità.

Ed è tra questi due poli che oscilla la «previdenza contrattuale».

La seconda ragione è dettata dalla sua stessa natura: la «previdenza contrattuale» origina dalla autonomia collettiva, nelle sue diverse e plurime declinazioni. Essa si presenta anch'essa libera, stante la previsione dell'art. 39, primo comma, della Cost. che costituisce «l'unica fra le disposizioni costituenti il complesso contenuto dell'articolo, munita di forza normativa immediata» ⁽⁴²⁸⁾. Così, oltre ad assumere valore di principio per gli altri precetti contenuti nel medesimo articolo e per l'art. 40 della Cost., implica l'affidamento da parte dello Stato alle autonomie sociali di compiti di autotutela diretta, volti a rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, della Cost.) ⁽⁴²⁹⁾. E' il contratto collettivo (normalmente) che istituisce il fondo, che ne identifica l'assetto strutturale, che definisce la tipologia delle prestazioni, che disciplina il finanziamento che, ancora, individua la misura della prestazione.

Il che rende ragione della collocazione dell'autonomia sindacale nell'alveo dell'autonomia privata alla stregua di manifestazione di libertà, come potestà di regolare i propri interessi così da rifiutare ogni funzionalizzazione di fronte all'interesse pubblico e nell'ambito

⁽⁴²⁶⁾ CINELLI M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c.*, in BUSNELLI F. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2010, 27.

⁽⁴²⁷⁾ CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, cit., 33.

⁽⁴²⁸⁾ GIUGNI G., *Sub. Art. 39, Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, I, diretto da BRANCA G., Bologna, 1979, 264.

⁽⁴²⁹⁾ MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, 1977, 1284.

dell'ordinamento statale (⁴³⁰). Non vi sarebbe allora nessuna differenza di ruolo tra previdenza privata e quella contrattuale, giacché essa non si presenterebbe estranea, mutuando l'espressione di una nota e autorevole dottrina (⁴³¹), alla logica funzionale del sistema pubblico di sicurezza sociale. Ed è chiaro che siffatta forma di tutela privata (previdenziale ed assistenziale allo stesso tempo), presentandosi espressione di un principio di libertà oltre che un completamento dello stesso sistema pubblico, si presenterebbe libera, ma in ogni caso da incoraggiare, presentandosi di intensità tale da essere precipuamente rintracciabile come forma di risparmio non finanziario. Attestarsi su una posizione intermedia significa altresì escludere che le somme versate dai datori di lavoro a finanziamento della «previdenza contrattuale» avrebbero natura e funzione retributiva così da ritenere le medesime assoggettate, dal punto di vista fiscale, al prelievo ordinario previsto per il risparmio c.d. finanziario e, dal punto di vista previdenziale, al prelievo contributivo ordinario disposto a favore della previdenza obbligatoria.

3. La ripartizione di competenze legislative tra «previdenza sociale» e «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 2, lett. o) e comma 3, Cost.).

Le modalità di attuazione di diritti previdenziali e sociali, riconosciuti dall'art. 38 della Cost., e i soggetti istituzionali coinvolti nella loro realizzazione, hanno subito negli ultimi anni alcune significative modificazioni (⁴³²). La legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 se, da un lato, ha confermato all'art. 117 della Cost. la riserva di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni rispettivamente in materia di previdenza sociale (comma 2, lett. o), e di assistenza sociale (comma 4), dall'altro lato, ha introdotto nel medesimo articolo (comma 3) la competenza legislativa concorrente delle Regioni sulla materia della «previdenza complementare e integrativa». Peraltro, la potestà legislativa regionale concorrente in materia di «previdenza complementare e integrativa», oltre a trovare un limite espresso (art. 117, comma 3, Cost.) nella riserva alla potestà legislativa dello Stato della determinazione dei «principi fondamentali» (che si aggiunge, senza sovrapporsi, a quella della determinazione dei «livelli essenziali» delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale), subisce un limite ulteriore nella riserva alla potestà esclusiva dello Stato di materie con le quali la disciplina della previdenza complementare necessariamente interferisce: ovvero, nella potestà esclusiva statale di legiferare in materia di «tutela del risparmio e mercati finanziari», di «tutela

(⁴³⁰) V. SANTORO PASSARELLI G., *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 372; GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

(⁴³¹) PERSIANI M., *Retribuzione, previdenza privata, previdenza pubblica* in Aa.Vv., (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *NGL*, supp.1., 1989, Roma, 258 e ss..

(⁴³²) ZAMPINI G., *La previdenza complementare...* op. cit., 43 e ss.. Cfr. anche PALLINI M., *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, 1, 21 e ss..

della concorrenza», di «perequazione delle risorse finanziarie» (art. 117, comma 2, *lett. e*), ma anche (o, forse, soprattutto) nella potestà legislativa esclusiva in tema di «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, *lett. e*) e di «ordinamento e organizzazione dello Stato» (*lett. g*)⁽⁴³³⁾. Se i limiti generali hanno lo scopo di uniformare (negli elementi indispensabili) le diverse legislazioni regionali nelle materie di potestà concorrente, oltre alla funzione di parificare l'attività legislativa degli organi dello Stato attraverso l'individuazione di medesimi vincoli [cfr. il primo comma dell'art. 117⁽⁴³⁴⁾], sussistono ulteriori limiti che derivano dall'esercizio di competenze legislative esclusive statali. In particolare, l'esercizio delle competenze attribuite alle Regioni, sia concorrenti che esclusive, è soggetto al limite negativo del rispetto dei livelli essenziali di prestazione in materia di diritti civili e sociali (comma 2, *lett. m*), nonché al limite costituito dai «principi fondamentali» (comma 3), la cui determinazione è riservata alla legislazione dello Stato con riferimento alle competenze concorrenti delle Regioni.

Ebbene, constatato il carattere di essenzialità che rivestono i livelli di prestazione in materia di diritti sociali⁽⁴³⁵⁾, non può non sorgere il dubbio che una tale impostazione finisca per generare una inevitabile erosione del principio di uguaglianza dei singoli, considerato ora meritevole di tutela solo nei suoi livelli minimi⁽⁴³⁶⁾.

Si può allora intuire come l'analisi della ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni sia di rilevante complessità per le diverse realtà giuridiche che essa è in grado di produrre ove si tenga a mente la scelta del modello «aperto», ravvisabile nell'art. 38 Cost., che può entrare in tensione con i predetti valori costituzionali per ragioni legate «alle concrete modalità e soluzioni in base alle quali la specifica materia venga materialmente regolata»⁽⁴³⁷⁾.

Come rileva un'autorevole dottrina⁽⁴³⁸⁾, l'art. 117, Cost. esplicitamente ammette la possibilità e la liceità di differenziazioni territoriali proprio nell'ambito dei diritti sociali. Ne discende allora che «opportuno prendere atto, con coerenza, che quanto di cruciale e potenzialmente innovativo è stato introdotto dalla riforma propriamente ruota, piuttosto che intorno al principio di eguaglianza, intorno ai problemi che pone la ripartizione di compiti e di responsabilità nella specifica materia: cioè, intorno al principio di sussidiarietà».

⁽⁴³³⁾ CINELLI M., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?*....., op. cit..

⁽⁴³⁴⁾ Secondo cui «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁽⁴³⁵⁾ Il termine «livelli essenziali», in linea con la garanzia costituzionale del diritto, andrebbe interpretato ponendo «in rapporto le prestazioni con i fini cui sono ordinate». Dunque, né «livelli minimi» (GHEZZI G., *Le riforme costituzionali e il diritto al lavoro: la Bicamerale è ibernata, ma i problemi restano* in *Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 1999, 508) né «standard uniformi» (PALLINI M., *La modifica del titolo V della Costituzione ...op.cit.*), piuttosto una correlazione tra la prestazione e i molteplici contenuti in cui si sostanzia il diritto.

⁽⁴³⁶⁾ A riguardo, va segnalato l'intervento del Governo nell'esercizio del proprio potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120, comma 2, della Cost., a tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

⁽⁴³⁷⁾ CINELLI M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano*....., op. cit..

⁽⁴³⁸⁾ CINELLI M., *Ibidem*..

La *ratio* della ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni sembrerebbe rispondere «alla necessità di affidare alla legislazione statale la cura di quegli interessi che, non essendo suscettibile di frazionamento o di localizzazione, vengono soddisfatti dalla «previdenza sociale» nella direzione di una uniformità di tutela, che realizzi il principio costituzionale di uguaglianza; e di attribuire alla «previdenza complementare e integrativa» il compito di appagare gli interessi ulteriori rispetto a quelli soddisfatti dalla previdenza sociale che, non necessitando di uniformità di disciplina, possono essere soddisfatti anche tramite leggi regionali»⁽⁴³⁹⁾. In altri termini, secondo alcuni in questa prospettiva, accanto alla previdenza sociale, di competenza esclusiva dello Stato, all'assistenza sociale, di competenza esclusiva delle Regioni e alla tutela della salute, di competenza concorrente, esisterebbe uno spazio, sempre di competenza concorrente, ma, a quanto sembra, più ampio rispetto ad altri ambiti, come quello della previdenza complementare, in cui le Regioni possono attuare una previdenza integrativa, da intendersi in senso lato, comprensiva, cioè, di forme sanitarie ed assistenziali private, fornite della garanzia costituzionale di cui all'ultimo comma dell'art. 38 Cost.

In questo ambito le Regioni potrebbero esercitare la propria competenza, attraverso leggi regionali di sostegno e di controllo, su un fenomeno che, attuato dalla solidarietà e dal settore del *non profit*, deve potersi esplicare liberamente nel contesto sociale⁽⁴⁴⁰⁾.

Che si tratti di una questione ambigua per lo stesso legislatore nazionale, si ha un'evidente riprova nella vicenda dell'«equivoco della regionalizzazione»⁽⁴⁴¹⁾ presente nell'art. 3, comma 1, *lett. d*), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 nella parte in cui abilita le Regioni a disciplinare direttamente «tali forme pensionistiche complementari con il solo vincolo del rispetto della normativa nazionale in materia». Da una prima lettura era parso che la norma avesse assegnato alle Regioni la facoltà di istituire direttamente i fondi pensione senza considerare l'assetto complessivo e strutturale della previdenza complementare e, in particolare, esulando dall'assetto regolatorio delle fonti istitutive e costitutive; un successivo approfondimento condotto sulla norma è giunto invero alla conclusione di ritenere che i fondi pensione possono essere promossi dalle Regioni a condizione che vi siano soggetti terzi candidati alla loro gestione alla stessa stregua dei fondi aperti ad adesione collettiva⁽⁴⁴²⁾.

⁽⁴³⁹⁾ PERSIANI M., *Devolution e diritto del lavoro*, op. cit., 33 e ss..

⁽⁴⁴⁰⁾ Non sembra, invece, che gli ammortizzatori sociali possano essere considerati in questo ambito di tutela integrativa, dovendo rientrare, per la loro funzione e la loro natura, nella competenza statale relativa alla previdenza sociale ed alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, uniformi su tutto il territorio nazionale (CIOCCA G., *Il sistema previdenziale nel federalismo*, Relazione al Convegno su “Federalismo e diritto del lavoro”, Ancona, 14 aprile 2003). Cfr. anche Corte Cost. 20 marzo 2003 n. 88 (p.d. 27641).

⁽⁴⁴¹⁾ TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 545; v. anche BONARDI O., *Tassonomie, concetti e principi* in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare* (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, n. 3-4, 2007, 554.

⁽⁴⁴²⁾ TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare...*, op. cit., 554. L'idea era già stata avanzata da altri autori (DONDI G., ZAMPINI G., 195) secondo i quali con riferimento al livello di competenza legislativa regionale esso configura non un modello di Regione legislatore, bensì un modello di Regione come

Lo spazio legislativo regionale sulla materia della previdenza complementare è geneticamente compressa dai due vicende: la previdenza obbligatoria, da un lato, e la libertà privata, dall'altro lato. La prima la comprime perché molti aspetti della sua disciplina sono connessi alla disciplina della previdenza di base e, dunque, geneticamente attratti dalla disciplina statale; la seconda la ridimensiona nei suoi tratti essenziali dal momento che tutti gli aspetti del funzionamento del fondo e delle modalità di erogazione delle prestazioni sono regolati dalle fonti istitutive primarie e secondarie ⁽⁴⁴³⁾.

Ebbene in uno scenario, già di per sé particolarmente complesso, occorre domandarsi se «la previdenza contrattuale», stante l'elaborazione da noi ipotizzata, sia o meno da ricomprendere nella previdenza sociale e, dunque, nella riserva del legislatore statale, nonostante la sua indubbia connotazione «integrativa» che potrebbe presupporre non necessariamente un'uniformità di regolamentazione tra Stato e Regioni, ben potendo essere gli interessi da essa soddisfatti perseguiti attraverso una speciale disciplina eventualmente dettata dalla legge regionale, sia pure nell'ambito dei principi fondamentali determinati dalla legge dello Stato.

In effetti, una tale soluzione non confuterebbe la soluzione di collocare la «previdenza contrattuale» in una posizione mediana tra il secondo e il quinto comma dell'art. 38 Cost.; anzi la valorizzerebbe specie ove essa converga nell'area della previdenza privata, la cui competenza rimane comunque ripartita fra Stato e Regioni. Resta però il fatto che è nella medesima Costituzione che trova radice il limite del territorio che in questa materia ha una significativa incidenza poiché di fatto impone la fonte della contrattazione collettiva come fonte garantita non solo dal rispetto della libertà sindacale ma altresì dalla sua valenza su tutto il territorio nazionale.

Dunque, l'espressione «previdenza complementare e integrativa» pone notevoli difficoltà interpretative, tanto da poter giustificare soluzioni che possono presentarsi diversificate. Se ci si attiene strettamente, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale ⁽⁴⁴⁴⁾, al significato che quei termini hanno nel comune linguaggio legislativo, si rischia, però, di essere indotti ad interpretare alquanto restrittivamente l'espressione in

«service amministrativo» che assume determinati servizi centralizzati nella gestione del fondo assumendo un ruolo niente affatto riduttivo (raccolta dei contributi, tenuta dei conti individuali). Cfr. anche BOLLANI A., *Fonti istitutive...* op.cit., 607 secondo cui, tra l'altro, in assenza di indicazioni da parte del legislatore statale, sono le norme del decreto legislatore n. 252 del 2005 ad assurgere nella loro interezza alla stregua di limite per i legislatori regionali. Una tesi che di recente ha trovato conferma nella pronuncia della Corte Cost. 13 febbraio 2013, n. 26 in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2013, pag. 422 con nota di NOCILLA D., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale l'art. 7, comma 5, della legge Regione Sardegna 22 dicembre 2011, n. 27 nella parte in cui in cui consente ai dipendenti regionali di esigere il versamento, sotto forma di capitale, dell'intero montante relativo alla propria posizione individuale maturata all'atto della cessazione, in luogo del limite del 50 per cento ordinariamente previsto dalla legislazione statale dall'art. 11, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

⁽⁴⁴³⁾ Cfr. SANDULLI P., *Previdenza complementare, Digesto delle Discipline pubblicistiche, Sezione commerciale*, LXI, Torino, 1995, 253; MAGNANI M., *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione in Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, in *Arg. Dir. Lav.*, 645 ss..

⁽⁴⁴⁴⁾ Ad esempio, Corte Cost. 22 dicembre 1961, n. 66.

questione: come riferibile, cioè, alla sola previdenza privata pensionistica, sanitaria, negli interventi integrativi all'ASpI operati dai fondi di solidarietà bilaterali ordinari e alternativi (art. 3, comma 17, legge 28 giugno 2012, n. 92), alle funzioni assolve dai ammortizzatori contrattuali istituiti per i settori e le classi di ampiezza già coperti dalla normativa in materia di integrazioni salariali (art. 3 comma 11, legge 28 giugno 2012, n. 92 ⁽⁴⁴⁵⁾).

All'inverso, la legislazione vigente denomina «*complementari*» le forme pensionistiche contemplate dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 e «*integrativi*» i fondi sanitari che, ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, provvedano ad incrementare le prestazioni del Servizio sanitario nazionale ⁽⁴⁴⁶⁾.

Per altro verso, però, se si prende in considerazione il fatto che norme di legislazione speciale fanno menzione alla «*previdenza integrativa*» (anche) in riferimento a forme di previdenza obbligatoria, regolata per legge e specifica di alcuni regimi di base, che la stessa concorre a formare (e, dunque, elettivamente riservata, come tale, alla competenza esclusiva del legislatore statale) ⁽⁴⁴⁷⁾, si potrebbe forse concludere diversamente, riconoscendo che alle Regioni è stata attribuita una competenza legislativa a istituire per legge regimi di previdenza obbligatoria integrativi del regime nazionale, analogamente a quanto già vale per le Regioni a statuto speciale ⁽⁴⁴⁸⁾, e, quindi, che la relativa potestà non può ritenersi pregiudizialmente limitata alla mera disciplina delle forme di previdenza complementare, istituite e regolate dall'autonomia privata. In altri termini, si potrebbe sostenere il riconoscimento a favore delle Regioni di un generale potere di integrazione di ogni aspetto del sistema previdenziale statale, attraverso la possibile previsione di prestazioni più generose e istituti aggiuntivi, nell'ottica di una differenziazione in *melius* della disciplina legislativa regionale ⁽⁴⁴⁹⁾. Il rischio di una tale lettura è quello «della perdita dell'univoca connotazione privatistica» del concetto di complementarietà, oltre a far perdere «nitidezza alla distinzione tra previdenza e assistenza» ⁽⁴⁵⁰⁾.

⁽⁴⁴⁵⁾ TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, op. cit.; SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva* ...op.cit., 36 e ss.; SQUEGLIA, M., *Previdenza contrattuale*, op. cit., 631.

⁽⁴⁴⁶⁾ Precisamente, la previdenza integrativa potrebbe indicare la previdenza privata che oggi non coincide più con la previdenza complementare. In tal caso «il riferimento normativo sarebbe [.....] l'ultimo comma dell'art. 38 Cost. e le regole civilistiche sulle associazioni ed anche sulle società di mutuo soccorso» (CIOCCA G., *Le prestazioni* in CARINCI F., BESSONE M. (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004). La regola fondamentale sarebbe quella della mutualità tra lavoratori che, in quanto tale sarebbe svincolata sia dalla normativa statale sulla previdenza pubblica (obbligatoria e complementare), sia dalla dimensione sindacale.

⁽⁴⁴⁷⁾ Si pensi alle particolari forme di «previdenza integrativa», che erogano prestazioni aggiuntive al fine di assicurare agli interessati un trattamento pensionistico più favorevole di quello generale, cui sono obbligatoriamente iscritte alcune categorie di lavoratori subordinati (ad esempio, i dipendenti delle miniere, cave e torbiere, i dipendenti delle esattorie e ricevitorie delle imposte dirette, i dipendenti delle aziende private del gas, ecc.).

⁽⁴⁴⁸⁾ PERSIANI M., *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. Lav.*, 2002, 25.

⁽⁴⁴⁹⁾ PALLINI M., *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo* ...op.cit., 21 e ss.

⁽⁴⁵⁰⁾ ZAMPINI G. *La previdenza complementare*...op. cit., 43-46.

Secondo un'altra dottrina ⁽⁴⁵¹⁾, la locuzione «*previdenza complementare e integrativa*» può essere intesa anche in senso particolarmente ampio: precisamente, quale endiadi riferibile al sistema di protezione sociale complessivamente considerato, e, dunque, astrattamente riferibile non solo alle pensioni e all'assistenza sanitaria, ma anche a prestazioni di disoccupazione, di cassa integrazione guadagni, di malattia, di maternità, cioè, in sostanza, ad ogni provvidenza idonea a contrastare il bisogno e il rischio di marginalità sociale. Ove si accolga tale ampia accezione, si dovrebbe conseguentemente ravvisare una sostanziale compenetrazione tra questa e quella della «*tutela e sicurezza del lavoro*»; ma senza che ciò possa implicare, nello specifico, rispettivo ambito, questioni aggiuntive, trattandosi, in entrambi i casi, di materie affidate alla potestà legislativa concorrente delle Regioni ⁽⁴⁵²⁾.

Ad ogni modo, le diverse interpretazioni che in questa sede sono state solo accennate, danno visione di un fenomeno generale: nell'evoluzione degli ordinamenti nazionali, fortemente caratterizzata dai fenomeni della globalizzazione e dell'integrazione europea e della dislocazione della tutela a livello locale, si assiste al sorgere di un fenomeno di tutela multilivello dei bisogni socialmente rilevanti che prova a spostare, dagli esiti controversi, la garanzia in una dimensione sovranazionale ed internazionale da un lato, ed a livello regionale e locale dall'altro.

4. L'opportunità di attingere alla nozione di «welfare contrattuale».

Lo schema della «previdenza contrattuale» postula che l'intervento pubblico diretto non realizzi appieno il principio di eguaglianza sostanziale. L'universalismo dei diritti sociali non è declinato nella forma dell'unicità e omogeneità del soggetto erogatore delle prestazioni. Da questo punto di vista, la nozione di welfare contrattuale, a sua volta declinato in quello di welfare aziendale, può essere esemplificativa dell'efficacia del modello di «previdenza contrattuale».

In verità, quando si parla di intervento pubblico è necessario operare qualche precisazione, stante la pluralità dei soggetti coinvolti costituisce una delle evoluzioni più significative del nostro *welfare*. Occorre dunque convenire che quando enuncia il superamento della centralità dello Stato occorre comprendere se con ciò si intenda la centralità nella programmazione, nel finanziamento, nella organizzazione dei servizi, nella produzione di prestazioni, nella erogazione degli interventi.

Per «welfare contrattuale» si intende l'insieme di iniziative e dei servizi che le imprese realizzano, attraverso un accordo con le rappresentanze sindacali, anche aziendali, per venire

⁽⁴⁵¹⁾ CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17.

⁽⁴⁵²⁾ LAGALA C., *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 363.

incontro alle esigenze dei lavoratori nei campi più differenti, dall'assistenza sanitaria alla necessità di cura dei figli, dall'accesso al credito fino al tempo libero ⁽⁴⁵³⁾. Nelle diverse soluzioni che caratterizzano questa area delle risposte ai bisogni sociali si può trovare un denominatore comune rappresentato dall'impiego di risorse private e aggiuntive rispetto a quelle pubbliche.

Il *welfare* contrattuale implica il «coinvolgimento e l'accordo fra gli attori delle relazioni industriali e può essere generato dalla legislazione pubblica in materia e dai contratti nazionali di lavoro, per poi essere implementato tanto a livello degli accordi territoriali quanto soprattutto a livello di singole imprese» ⁽⁴⁵⁴⁾. Esso trae origine dal principio di sussidiarietà, sancito dall'ultimo comma dell'art. 118, Cost. secondo cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse, sulla base del principio di sussidiarietà». In quest'ambito l'ente pubblico non solo riconosce e valorizza le comunità locali e i corpi intermedi della società, ma ravvisa l'autonomia di tali formazioni nel caso in cui esse necessitano di un sostegno ⁽⁴⁵⁵⁾. Non si tratta di una mera supplenza al settore pubblico, piuttosto al *welfare* contrattuale è assegnato un ruolo di intercettore di nuove istanze e portatore di continua innovazione. Le «politiche di responsabilità sociale» di impresa nei confronti dei dipendenti hanno assunto negli ultimi anni un valore aggiunto significativo nella contrattazione di secondo livello e nell'incentivazione di politiche motivazionali e di welfare territoriale ⁽⁴⁵⁶⁾. Il diffondersi di iniziative quali le forme di tutela delle pari opportunità nei confronti delle categorie definite svantaggiate, la realizzazione e la garanzia del funzionamento di infrastrutture interne e esterne come forme di assistenza sanitaria e mobilità e i programmi di aiuto a dipendenti con figli piccoli o con problemi familiari, nonché tramite l'attenzione ai problemi psicologici e sociali connessi al telelavoro, manifestano la consapevolezza di rendere effettivo un *welfare* contrattuale ed aziendale ⁽⁴⁵⁷⁾.

Nel «*welfare* contrattuale» due sono le aree di intervento: a) la prima comprende servizi socio assistenziali che sviluppano una serie di programmi a supporto della conciliazione basilare per garantire equilibrio tra vita privata e vita lavorativa; b) la seconda comprende una serie di attività che hanno un impatto accessorio rispetto ai servizi di base, ma che possono portare ad un

⁽⁴⁵³⁾ FIORENTINI G., *Impresa sociale e sussidiarietà*, Milano, 2006.

⁽⁴⁵⁴⁾ ASCOLI U., MIRABILE M. L., PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare nel lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa di impresa in Italia*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 69.

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. Cons. di Stato, sez. consultiva, 26 agosto 2002, n. 1794.

⁽⁴⁵⁶⁾ Conclusione alla quale giunge A. TURSI, *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e Responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006.

⁽⁴⁵⁷⁾ Sul punto, FIORENTINI G., CALÒ F., *La filiera sussidiaria aziendale e i servizi di conciliazione aziendale*, Milano 2011.

vantaggio competitivo e ad una più efficiente ed efficace contrattazione ⁽⁴⁵⁸⁾. La discussione socio-culturale e politica in Europa dimostra che i sistemi di *welfare* basati sul principio di sussidiarietà assimilano meglio le evoluzioni sociali e i periodi di crisi economica. Il rapporto promosso dalla Direzione generale per le politiche economiche e sociali della Commissione Europea, redatto per il Parlamento Europeo⁽⁴⁵⁹⁾, fornisce un quadro complessivo del ruolo e dello sviluppo della mutualità nel vecchio continente, evidenziando il ruolo che la mutualità ⁽⁴⁶⁰⁾ può svolgere nella politica di coesione sociale e nello sviluppo di forme efficienti ed efficaci per rispondere alla complessità di una domanda sociale, che i diversi regimi di welfare esistenti, pur nella loro diversità di origine bismarkiana ⁽⁴⁶¹⁾ o beveridgeriana ⁽⁴⁶²⁾, non riescono pienamente a soddisfare.

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr. OSSERVATORIO ASSOLOMBARDA, *Il lavoro a Milano*, Paper n. 5, gennaio 2011.

⁽⁴⁵⁹⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *The Role of Mutual Societies in the 21st century*, luglio, 2011.

⁽⁴⁶⁰⁾ Nel rapporto si legge che le mutue che offrono coperture sanitarie e sociali a 230 milioni di cittadini europei, rappresentano 180 miliardi di quote associative con cui direttamente o acquistando sul mercato, offrono servizi e prestazioni ai propri soci e alle loro famiglie, dando lavoro a 350.000 persone, reggono meglio sul piano finanziario, nonostante la crisi, data la loro finalità in assenza di lucro.

⁽⁴⁶¹⁾ Come è noto con tale espressione si sogliono individuare i sistemi di assicurazione sociale finanziati da contributi obbligatori e fondi assicurativi: Austria, Belgio, Francia, Germania, Ungheria, Giappone, Lussemburgo, Olanda (prima della riforma del 2006), Polonia.

⁽⁴⁶²⁾ Di contro, con tale modello (meglio noto come *social security plan*), che identifica nel «bisogno» l'ostacolo non unico, ma indubbiamente prevalente, che si frappone al programma di liberazione e sicurezza sociale, si intendono i Servizi sanitari nazionali sostenuti dalla fiscalità generale: Australia, Canada, Danimarca, Finlandia, Islanda, Irlanda, Italia, Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia, Regno Unito.

CAPITOLO TERZO

SCENARI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE DELLA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

Sommario: 1. Gli aspetti di *policy* a sostegno della «previdenza contrattuale»: volontà di sostituire le tradizionali forme con altre ispirate all'iniziativa privata o volontà di trovare soluzioni originali e innovative ai problemi del *welfare*? – 2. Previdenza contrattuale e flussi migratori quali soluzioni alla sostenibilità del sistema previdenziale e al contrasto dell'invecchiamento della popolazione. – 3. Le aree di un possibile intervento riformatore.

1. Gli aspetti di *policy* a sostegno della «previdenza contrattuale»: volontà di sostituire le tradizionali forme con altre ispirate all'iniziativa privata o volontà di trovare soluzioni originali e innovative ai problemi del *welfare*?

La storia della nostra legislazione previdenziale mostra come essa sia sempre più attenta a risolvere questioni di natura contingente e settoriale, più che all'attuazione di interventi sistematici, dovendo tenere conto delle croniche esigenze di contenimento della spesa pubblica. Il quadro complessivo che emerge è segnato da non marginali antinomie spesso originate da normative indirizzate verso obiettivi divergenti. La stessa, nuova, disciplina dei fondi di solidarietà bilaterali può ricevere due differenti letture: una prima, critica, ove si rilevi la disattesa prospettiva invocata da più parti di una riforma complessiva ed universalistica degli ammortizzatori sociali; una seconda, di apprezzamento, ove si consideri il tentativo di rendere più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione.

Così, l'analisi dei diversi strumenti di fonte contrattuale, messi ora a disposizione dal legislazione nazionale, palesa un dato oggettivo, rappresentato dalla volontà del legislatore di scommettere sull'adozione di strumenti privatistici e negoziali, anziché pubblicistici e normativi, al fine di accreditare un contesto normativo più idoneo a favorire la convergenza delle attività private con quelle pubbliche. Siamo tuttavia distanti da ciò che era stato teorizzato dal Libro Verde del Ministero del Lavoro come «*welfare* minimo o minimale»⁽⁴⁶³⁾, realizzabile attraverso

⁽⁴⁶³⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009; v. anche MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Glossario per un nuovo welfare*, in www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/libro_bianco/Glossario. Il Libro è strutturato in sei capitoli: il primo affronta temi significativi come la crisi dell'economia reale, i cambiamenti demografici, la ricerca, le biotecnologie, i nuovi modelli organizzativi d'impresa; il secondo tratta dei limiti e delle potenzialità del modello sociale italiano; il terzo capitolo è dedicato ai valori della persona, della famiglia e della comunità; il quarto espone la visione del nuovo *welfare*, con considerazioni sull'assistenza territoriale, sui piani di rientro, sulla presa in carico (con riferimenti al fascicolo sanitario elettronico), sulla maternità e sui temi del lavoro; il quinto esamina gli aspetti della povertà, della disabilità, degli anziani e della continuità della cura, del sostegno alla famiglia, degli ammortizzatori sociali e della remunerazione del lavoro; infine, l'ultimo capitolo, disegna un modello sociale che si ritiene sostenibile se basato su un «sistema multipilastro», sul federalismo fiscale e sull'universalismo selettivo.

il superamento della «centralità dello Stato» e la contestuale affermazione della «centralità della persona e della società civile» nonché dell'esplicitazione delle finalità del *welfare* individuate nella «risposta ai bisogni sociali» e nella «crescita socioeconomica». Il documento aderisce «all'idea secondo cui la modernizzazione in senso non categoriale del welfare non può prescindere dal rispetto degli equilibri finanziari ed è quindi opportuno si realizzi attraverso riforme ispirate a una scelta equilibrata tra universalismo dei diritti, quanto a individuazione della platea dei beneficiari, e selettività in base alla condizione economica, quanto a livelli di erogazione delle prestazioni o grado di compartecipazione alla spesa»⁽⁴⁶⁴⁾.

Da questo punto di vista lo schema della «previdenza contrattuale» si differenzia dall'idea alla base del Libro Verde, potendosi candidare tra i modelli di protezione sociale in grado di realizzare l'equilibrio tra principio di solidarietà, esigenze di finanza pubblica e tutela dei diritti, oltre a tener conto delle necessità discendenti dal quadro generale di un mercato del lavoro diverso e più flessibile. Vero è che la «previdenza contrattuale» può contribuire ad «attualizzare il tema dell'inderogabilità del diritto del lavoro in un'ottica nuova, non di rifiuto aprioristico di rivisitazione del *corpus* normativo» ⁽⁴⁶⁵⁾ bensì in vista dell'innalzamento dello standard complessivo della libertà sostanziale sul piano della costituzione materiale.

2. Previdenza contrattuale e flussi migratori quali soluzioni alla sostenibilità del sistema previdenziale e al contrasto dell'invecchiamento della popolazione.

E' noto che la sostenibilità finanziaria di ogni sistema previdenziale è compromessa dal fenomeno dell'invecchiamento della popolazione che contribuisce, da un lato, ad incrementare gli stanziamenti di spesa per le prestazioni di base e, dall'altro lato, ad erodere il gettito delle entrate contributive. Un fenomeno che si presenta ancora più delicato ove si consideri il ricorso degli attuali sistemi pensionistici a determinare il trattamento pensionistico obbligatorio con sistemi di calcolo contributivi che tengono conto della contribuzione effettivamente accantonata dal lavoratore durante la vita lavorativa, ma non anche dell'incoerenza del meccanismo di indicizzazione che diversifica il rendimento dei pensionati da quello dei soggetti attivi e dei coefficienti cd. di trasformazione che generano una disparità di trattamento tra generazioni ⁽⁴⁶⁶⁾.

Gli andamenti demografici prospettati per i paesi dell'Unione Europea nei prossimi decenni incideranno significativamente sulla loro crescita potenziale e comporteranno

⁽⁴⁶⁴⁾ TOSO S., *Pagine bianche sul libro bianco*, in www.lavoce.info/, 19 maggio 2009.

⁽⁴⁶⁵⁾ TIRABOSCHI M., *Un quadro di riferimento giuridico-istituzionale*, Atti del convegno *Il lavoro del futuro: apprendere nei luoghi di lavoro*, Bergamo, 27 e 28 ottobre 2011, promosso dall'Università degli Studi di Bergamo, CQIA e ADAPT.

⁽⁴⁶⁶⁾ V. GRONCHI S., *Errori e distorsioni del sistema pensionistico: due proposte di correzione*, in C. DELL'ARINGA, T. TREU, *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 369 e ss.; FORNERO E., CASTELLINO O. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale italiano*, Bologna, 2001.

complessivamente un aumento della pressione sulla spesa pubblica, non solo per la parte direttamente collegata alle pensioni e alla sanità, ma anche per quella destinata alle infrastrutture e ai molteplici interventi di adeguamento riconducibili all'area del welfare ⁽⁴⁶⁷⁾.

L'Italia è fra i Paesi dell'Unione Europea che presenta un elevato processo di invecchiamento della propria popolazione; ciò nonostante, nel dibattito politico-economico tale vicenda è affrontata privilegiando gli aspetti negativi – come freno alla spesa pubblica – piuttosto che esaltando quelli positivi, come sfida a costruire una società che, tenuto conto della sua nuova struttura demografica, coniughi efficienza con giustizia sociale nel mercato del lavoro, sistema pensionistico, sanità e *welfare*, fra i generi ⁽⁴⁶⁸⁾. I possibili correttivi demografici sono stati generalmente identificati nell'aumento della fecondità e nelle immigrazioni dall'estero. Entrambe le soluzioni presentano profili diversi di problematicità. Se l'aumento della fecondità comporterebbe il mantenere sempre elevato nel tempo il flusso di nascite, con conseguenti problemi d'inserimento lavorativo, peraltro, differiti nel tempo dalla transizione attraverso le età dell'infanzia e della formazione scolastica, l'aumento dei flussi migratori contribuirebbe a mitigare il processo di invecchiamento e a sostenere il gettito contributivo, ma porterebbe con sé alcuni dei suoi profili genetici più critici che, alle soglie del nuovo millennio, non trovano ancora una soluzione univoca. Basti riflettere semplicemente alla perenne sfida che l'immigrazione è chiamata ad affrontare in termini di accoglimento e d'integrazione economica e sociale: lingua, religione e cultura e formazione si presentano naturalmente diverse dal contesto in cui si devono inserire. Senza trascurare che nell'attuale congiuntura, caratterizzata da un'acuta crisi economica, l'immigrazione è fonte di preoccupazione per i timori che essa può provocare nei paesi di accoglienza ⁽⁴⁶⁹⁾.

Si aggiunga che i modelli teorici dimostrano che i flussi migratori non possono risolvere nel complesso il problema dell'invecchiamento specie se si considera l'entità dei flussi da ammettere ogni anno ⁽⁴⁷⁰⁾. Il principio secondo cui l'immigrazione potrebbe costituire un «antidoto» all'invecchiamento della popolazione europea non sembra sostenibile se ci si spinge con le analisi oltre l'orizzonte del breve periodo.

⁽⁴⁶⁷⁾ BLANGIARDO G.C., *L'antidoto migratorio all'invecchiamento demografico nelle società europee*, *Rivista Italiana di Scienze Sociali*, CXI, 2003, 135-145.

⁽⁴⁶⁸⁾ CESARATTO S., *Invecchiamento della popolazione, mercato del lavoro e welfare: un'introduzione critica*, in *Studi e Note di Economia*, Anno XIV, n. 3, 2009, 396.

⁽⁴⁶⁹⁾ Cfr. PAMMOLLI F., SALERNO N.C., *Spesa sanitaria, demografia, istituzioni* in NADIA M. (a cura di), *Un Welfare anziano: invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società*, Bologna, 2007.

⁽⁴⁷⁰⁾ BLOOM D.E., CANNING D., FINK G., FINLAY J.E., *The Cost of Low Fertility in Europe*, *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series*, n. 14820, 2009, 18 e ss.; REYNERI E., *Immigrazione, mercato del lavoro, sviluppo economico* in DELL'ARINCA C., TREU T. (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 167 e ss.. Alcune analisi sul tema ipotizzano, ad esempio, che l'Europa, che ogni anno accoglie 700 mila immigrati, per contrastare l'invecchiamento della sua popolazione dovrebbe accogliere circa 2,5 milioni di immigrati all'anno da oggi fino al 2050 (cfr. G. MAGNUS, *The Age of Aging. How Demographics are Changing the Global Economy and Our World*, John Wiley & Sons, Asia, Pte. Ltd, Singapore, 2008, 75).

E' stato osservato che, valutato a distanza di alcuni decenni, il sostegno al ringiovanimento ad opera dei flussi migratori ne esce drasticamente ridimensionato: studi dedicati al fenomeno mostrano come sino al 2050 l'Unione Europea nel suo complesso, quand'anche con significative differenze tra i membri che importano e quelli che esportano popolazione per effetto della mobilità territoriale, sarà caratterizzata da un crescente saldo positivo a favore dell'invecchiamento. Tale fattore, aggiungendosi alla perdurante bassa natalità e al continuo allungamento della sopravvivenza, contribuirà ad appesantire una struttura per età già fortemente compromessa ⁽⁴⁷¹⁾. E se il confronto con gli Stati Uniti ci pone in una condizione più favorevole, non altrettanto può dirsi rispetto a quello con le economie emergenti, «paesi che possono diventare, se già non lo sono, i temibili *competitor* con cui sarà inevitabile (e sempre più impegnativo) fare i conti» ⁽⁴⁷²⁾.

3. Le aree di un possibile intervento riformatore.

Diverse sono le aree su cui ipotizzare un possibile intervento riformatore. Se ne possono individuare almeno quattro con riferimento ai diversi ambiti della previdenza contrattuale e del *welfare* aziendale (e territoriale), pur essendo consapevoli che altre potrebbero esserne congetturate.

Una prima proposta di riforma dovrebbe favorire i flussi di migrazione e lasciare maggiori spazi di operatività ai trattamenti previdenziali complementari, integrativi e supplementari del regime di base e, dunque al modello da noi ipotizzato di «previdenza contrattuale». Potrebbe essere auspicabile allora un sistema universalistico obbligatorio nel quale i lavoratori (cittadini e immigrati), avrebbero diritto ad una pensione di base (*flate rate*) al compimento di un'età anagrafica ⁽⁴⁷³⁾ oppure potrebbe essere ipotizzabile riformare l'attuale assegno sociale, attualmente disciplinato dall'art. 3, commi 6 e 7, della legge n. 335/1995 e spettante ai cittadini che versino in condizioni economiche disagiate e in possesso di certe condizioni di reddito ⁽⁴⁷⁴⁾. Al contempo chi intendesse mantenere lo stesso livello di consumi che aveva nel corso della vita attiva dovrebbe provvedere a garantirselo da sé, mediante l'adesione alla previdenza complementare, al ricorso agli ammortizzatori sociali contrattuali (specie se aperti ad un bacino

⁽⁴⁷¹⁾ Secondo quanto conclude SPEROTTI F., *Demografia e mercato del lavoro: i cambiamenti dei prossimi quarant'anni*, in *DRI*, 1, 2011, 107 e ss., secondo cui «...essendo il dividendo demografico uno dei principali motori dell'economia, a una diminuzione della forza lavoro seguirà verosimilmente una contrazione economica. Nello stesso tempo, con la decrescita di tassi di occupazione diminuiranno anche i contribuenti, minando così la sostenibilità di molti schemi pensionistici».

⁽⁴⁷²⁾ BLANGIARDO G.C., LOI F., *L'invecchiamento importato (o esportato) nel panorama Europeo*, in *Statistica e Società*, n.3, 2013, 14-17.

⁽⁴⁷³⁾ V. il disegno di legge CAZZOLA G. - TREU T., n. 1299 del 16 giugno 2009; P. BORIA, P. PURI, *Welfare e previdenza: il benessere dietro l'angolo*, Roma, 2012, 148 e ss..

⁽⁴⁷⁴⁾ Sulla riconduzione dell'assegno sociale «all'area della previdenza» e non dell'assistenza, v. RIGANÒ G., *L'assegno sociale*, in PESSI R. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1996, 297 e ss..

più ampio rispetto a quello del settore di apparenza), dell'assistenza sanitaria integrativa. Se da un lato, per la generalità dei cittadini si diminuirebbe la soglia dei livelli garantiti oltre i rischi gravi, dall'altro si incoraggerebbe il ricorso di coperture contrattuali (e volontarie), in alternativa all'assunzione diretta dei rischi. Lo scopo sarebbe quello di favorire un «assetto previdenziale multipilastro» nel quale forme decentrate ed autogestite di tutela risultino finalizzate tanto al sostegno del reddito e dell'occupazione nei settori esclusi dall'ambito di applicazione degli ammortizzatori sociali pubblici quanto all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari e alla somministrazione delle prestazioni sanitarie effettivamente integrative, e non duplicative, del sistema obbligatorio. E' evidente che in questo scenario la contribuzione andrebbe a perdere ogni funzione sinallagmatica rispetto alla prestazione previdenziale per divenire strumento di partecipazione del singolo al finanziamento dell'intero sistema ⁽⁴⁷⁵⁾. Presumibilmente anche l'adozione di ulteriori misure di incentivazione fiscale potrebbe favorire ulteriormente il perseguimento dell'obiettivo senza ledere il livello delle prestazioni previdenziali complementari.

Una seconda proposta di riforma potrebbe intervenire sulla previsione, allo stato attuale di natura programmatica, di «*opting out*» sancito dall'art. 24, comma 28, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214. Al pari di altre esperienze europee, per rispondere all'esigenza dei giovani, tale meccanismo prevede che un lavoratore possa destinare al finanziamento di una forma di previdenza complementare una parte della sua contribuzione obbligatoria ⁽⁴⁷⁶⁾. In particolare, l'art. 24 dispone infatti che il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, costituisce, senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, una Commissione composta da esperti e da rappresentanti di enti gestori di previdenza obbligatoria nonché di Autorità di vigilanza operanti nel settore previdenziale. I compiti della Commissione sono quelli di valutare eventuali forme di decontribuzione parziale dell'aliquota contributiva obbligatoria verso schemi previdenziali integrativi in particolare a favore delle giovani generazioni, di concerto con gli enti gestori di previdenza obbligatoria e con le Autorità di vigilanza operanti nel settore della previdenza ⁽⁴⁷⁷⁾. E' utile rammentare che l'intendimento di

⁽⁴⁷⁵⁾ Cfr. CINELLI M., *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989, 222 e ss..

⁽⁴⁷⁶⁾ Sull'*opting out*, FORNERO E., *La strada dell'opting out*, in GIOVANNINI R. (a cura di), *Il futuro delle pensioni*, Roma, 129 e ss.; sul passaggio da un sistema a ripartizione ad uno a capitalizzazione MODIGLIANI F., CEPRINI M.L., MURALIDHAR A.S., *A solution to the social security reform*, Sloan Working Paper 4051, 2000.

⁽⁴⁷⁷⁾ Al riguardo rammenta CAZZOLA G. (*Riforma delle pensioni, resta incompiuta la scelta di opting out per destinare ai Fondi pensione un contributo in aggiunta al Tfr* in *amicimarcobiagi.com*, 22 dicembre 2012) che le linee generali dello schema preliminare sono state illustrate dal Ministro in occasione di audizioni appositamente convocate, tanto al Senato quanto alla Camera, ma il testo non è mai pervenuto in modo ufficiale, in attesa del parere del Consiglio di Stato.

favorire l'*opting out* ⁽⁴⁷⁸⁾, che permetterebbe di passare ad un sistema multipilastro a capitalizzazione attraverso una procedura che dovrebbe presentarsi volontaria ai fini dell'adesione, dovrebbe presentarsi limitata sul piano finanziario e graduale sotto il profilo temporale. Ad ogni modo, diverse paiono le perplessità ad una sua introduzione, dal momento che oltre ad essere onerosa la finanza pubblica, l'applicazione dell'*opting out* originerebbe due distinti modelli sulla base dell'opzione volontaria con la contestuale produzione di effetti sul mercato del lavoro non positivi ⁽⁴⁷⁹⁾. Senza trascurare gli esiti collegati alla fase di transizione e ai costi presumibili da sostenere ⁽⁴⁸⁰⁾.

Sulla falsariga di tale proposta, un'idea potrebbe essere quella di destinare parte dei contributi, destinati al finanziamento della previdenza pubblica, alla previsione di un «assetto previdenziale multipilastro o parallelo» ai fini della realizzazione degli obiettivi di tutela perseguiti dallo Stato. In questo modo, la predisposizione di forme di tutela effettivamente e costantemente adeguate alle esigenze di vita dei lavoratori costituirebbe interesse direttamente riconducibile all'intera collettività, oltre che preciso dovere imposto dall'art. 38 della Cost.. La trasformazione di un sistema pensionistico mono-pilastro (incentrato sul pilastro pubblico a ripartizione) in uno fondato sull'integrazione multi-pilastro è in ogni caso destinata ad essere ostacolata da cosiddetti «costi di transizione» Tali costi sono spesso sussunti nel cosiddetto «problema del doppio pagamento», secondo cui, durante la transizione, le coorti di lavoratori attive devono effettuare un doppio versamento ai fini previdenziali: il primo per continuare a finanziare le prestazioni erogate dal primo pilastro a ripartizione, il secondo presso i nuovi schemi a capitalizzazione allo scopo di accumulare risorse nei conti previdenziali individuali ⁽⁴⁸¹⁾.

In alternativa, ma seguendo la stessa linea di evoluzione, il *welfare* aziendale (e territoriale), specie attraverso il ricorso alla bilateralità e al modello eso-aziendale o interaziendale, potrebbe costruirsi uno spazio rilevante ove finalizzato a perseguire forme di tutela dell'assistenza e della previdenza contrattuale anche sostitutive di quelle pubbliche, oltre a forme di retribuzione non monetarie. In un ipotetico scenario evolutivo ben potrebbe ipotizzarsi anche la possibile previsione di unificare i regimi di assoggettamento contributivo degli importi versati a previdenza e assistenza privata e collegabili alla bilateralità in unico *plafond*

⁽⁴⁷⁸⁾ V. anche SQUEGLIA M., *Riforme senza progetto e progetto senza riforme* in SQUEGLIA M. (a cura di), *La staffetta intergenerazionale tra discutibili modelli e dubbie prospettive*, in *Bollettino Speciale Adapt*, n. 14, 2013.

⁽⁴⁷⁹⁾ CAZZOLA G., *Riforma delle pensioni ...*, op. cit.

⁽⁴⁸⁰⁾ Tali costi sono spesso individuati nel cosiddetto «problema del doppio pagamento», secondo cui, durante la transizione, le coorti di lavoratori attive devono effettuare un doppio versamento a fini previdenziali: il primo per continuare a finanziare le prestazioni erogate dal primo pilastro a ripartizione, il secondo presso i nuovi schemi a capitalizzazione allo scopo di accumulare risorse nei conti previdenziali individuali.

⁽⁴⁸¹⁾ Cfr. JESSOLA M., *La politica pensionistica*, Bologna, Il Mulino, 2009.

complessivo sufficiente ampio ⁽⁴⁸²⁾. Una sinergia virtuosa nella quale la quota pubblica della pensione riuscirebbe ad alleggerire il proprio impegno, in vista della crescente «crisi fiscale» degli Stati e dei rivolgimenti nella struttura sociale sottostante. Quella privata potrebbe contare su una garanzia di base, utile nel momento in cui il residuo trattamento è conseguito misurandosi con «gli spiriti animali» del mercato. È molto più conveniente, anche ai fini della tutela dei lavoratori, fare affidamento su una strategia che ripartisca il rischio-pensioni in parte sul sistema pubblico riformato e in parte su di una quota a capitalizzazione individuale, costituita da investimenti e rendimenti veri ⁽⁴⁸³⁾.

Una terza proposta potrebbe trovare spazi di operatività da subito attraverso il combinato disposto, di cui si è fatto cenno nel primo capitolo di questa parte, di una progressione di disposizioni (art. 2645 *ter* c.c., art. 4, comma 1, *lett. b*, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, art. 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502) al fine di consentire ad un patrimonio finalizzato di erogare non solo trattamenti pensionistici complementari o di somministrare prestazioni sanitarie, ma di perseguire, ad esempio, anche una tutela nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa in settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, ordinaria e straordinaria ovvero ulteriori finalità meritevoli di tutela dell'ordinamento che si combinerebbero a quelle pubbliche già riconosciute ed espressamente individuate. Su questa previsione la previdenza cd. «contrattuale» potrebbe da subito attecchire, alla presenza di uno spazio che è già legislativamente regolamentato, presentandosi come base progettuale di strumenti integrati al fine di soddisfare bisogni previdenziali socialmente rilevanti. Infine, un'ultima proposta potrebbe prevedere l'applicazione obbligatoria di una contribuzione a carico dei lavoratori al fine di autofinanziare interamente le misure di «previdenza contrattuale». Essa opererebbe sulla falsariga di quanto già disciplinato, come si è argomentato in precedenza, nell'ambito della previdenza e dell'assistenza pubblica, dall'art. 1, comma 245, legge 23 dicembre 1996, n. 662, con cui è stata istituita la «Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali», e dal successivo decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro, del 28 luglio 1998 n. 463 ⁽⁴⁸⁴⁾ che offre una variegata tipologia di

⁽⁴⁸²⁾ FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 11, 3, 706.

⁽⁴⁸³⁾ Con riferimento ai soli collaboratori a progetto di costruirsi su base volontaria un «secondo pilastro» a capitalizzazione individuale, potendo contare su di una più elevata quota di contribuzione deducibile, ovvero potendo avvalersi della facoltà in *opting out* di utilizzare le somme corrispondenti fino a sei punti, a regime, dell'aliquota contributiva obbligatoria destinata alla Gestione separata presso l'Inps, allo scopo di finanziare la propria posizione individuale in una forma di previdenza complementare scelta tra quelle regolate dal decreto legislativo n. 252 del 2005, v. la proposta di legge n. 1299 della XVI Legislatura della Camera dei Deputati presentata il 16 giugno 2008 dagli On. Cazzola, Lorenzin, Lo Presti e altri.

⁽⁴⁸⁴⁾ Secondo i giudici amministrativi (T.A.R., sez. I Roma, Lazio, 2 novembre 2012, n. 8961) l'art. 1 del decreto ministeriale comprende l'individuazione di un complesso di prestazioni, promiscuamente annoverate, di carattere propriamente creditizio e, diversamente, connotate da eminenti finalità sociali o solidaristico-assistenziali. Del resto, la norma in questione ha istituito presso l'Istituto una «gestione unitaria autonoma delle prestazioni creditizie e sociali»: con ciò intendendo, unitariamente, ricomprendere - unitamente allo svolgimento di operazioni di erogazione

prestazioni con l'obiettivo di promuovere il benessere individuale e collettivo del lavoratore del settore pubblico (⁴⁸⁵).

del credito - anche attività diversamente preordinate al conseguimento di finalità solidaristiche. Tale circostanza, peraltro, non consente una assimilazione delle due *species* di operatività nel novero di un medesimo *genus*: né, men che meno, di predicare l'immanenza di una *vis attractiva* suscettibile di snaturare l'essenza "commerciale" dell'attività di erogazione del credito.

(⁴⁸⁵) Secondo i dati trimestrali al 31 dicembre 2013 forniti dall'Inps, le prestazioni creditizie e sociali hanno registrato un aumento, rispetto all'anno precedente, delle erogazioni per piccoli prestiti del 30 per cento e per quelli pluriennali del 12 per cento, mentre, in riferimento al progetto *welfare*, si è assistito all'ampliamento ed al consolidamento delle prestazioni in favore di giovani ed anziani.

LITERATURE REVIEW ^(*)

() La presente Literature Review segue la suddivisione delle Parti, dei Capitoli e dei Paragrafi dell'Indice sommario. Si è omesso di riportare i titoli di ciascuno dei paragrafi al solo fine di non frammentare il dibattito della dottrina sul tema di ricerca.*

PARTE PRIMA

GLI AMBITI DELLA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»

Il filo conduttore della parte prima è la trattazione delle caratteristiche, sotto plurimi profili, dei diversi ambiti nei quali si articola la previdenza sociale che presentano caratteristiche e strumentazioni affini. Ambiti nei quali è possibile ricomprendere istituti finalizzati tanto al sostegno del reddito e dell'occupazione nei settori esclusi dall'ambito di applicazione degli ammortizzatori sociali pubblici quanto all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio e alla somministrazione di prestazioni sanitarie superiori, ai livelli minimi (ed uniformi), garantiti dal Servizio Sanitario Nazionale (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 3, 2012, 628 - 669). L'analisi si estende all'ambito del welfare aziendale (e contrattuale), posto che sotto la spinta di una crescente domanda di servizi da parte dei lavoratori, e alla luce delle significative incentivazioni fiscali riconosciute dalla normativa vigente, le imprese adottano in misura sempre più crescente una politica di «total reward», nell'ambito della quale strumenti di tipo monetario (salario e retribuzione variabile) sono affiancati da strumenti non monetari (*benefit* e servizi) [TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013; A. TURSI, *Il welfare aziendale: profili istituzionali*, *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 219 e ss.]. Diverse si presentano le strutture organizzative per il perseguimento di bisogni previdenziali socialmente rilevanti: è appena il caso di rammentare, oltre ai fondi a carattere privato, le differenti forme di enti bilaterali – diverse per denominazione, ambito di intervento, provenienza delle risorse – cui sono assegnati non solo compiti di integrazione, ma anche sostitutivi rispetto al sistema generale di base (sul tema della bilateralità e sulle prospettive attuali, VARESI P., *Bilateralità e mercato del lavoro: un tema non ancora sufficientemente esplorato*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011; BAVARO V., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav. Giur.*, 2007, 12, 1169 ss.; NAPOLI M., *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, in *Jus*, 2005; LEONARDI S., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *DLRI*, 2004, 3, 450 ss.).

Il collegamento con la bilateralità e, più in generale, con il bilateralismo si spiega tendendo presente che esso rappresenta «il tentativo di favorire una coesistenza del welfare – quanto meno di alcune sue parti e su un piano eminentemente integrativo – per il tramite sempre più estensivo dell'autonomia collettiva, dunque delle relazioni industriali» (LEONARDI S., ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 82 e ss.). Si tratta del modello definito «eso-aziendale o interaziendale» che determina l'analisi degli schemi di *welfare* privato che oltrepassano le mura dell'azienda, raggiungendo la categoria di lavoratori/aziende vincolati a un contratto collettivo evidentemente non aziendale, ma inter-aziendale, o regionale/territoriale, sino a quello nazionale. Tali schemi sono riferibili a forme di mutualizzazione, anche intersettoriale, ove generalmente una istituzione bilaterale, con funzione gestionale del *welfare* privato, diviene punto di attrazione di più contratti collettivi nazionali o territoriali, ricollegabili a settori vari, rivenendosi traccia normativa negli art. 118 e 4 della Cost. (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio e comparazione* in *Working Paper MEFOP* n. 33, 2013, 3). D'altronde, quella della bilateralità è un'esperienza che viene rivitalizzata dal recente legislatore, laddove è sancita la «facoltà» delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative di adeguare «alle finalità» e «non all'intera disciplina» recata dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 le fonti istitutive dei rispettivi Fondi di solidarietà bilaterali (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino, 2013, 511) allo scopo di assicurare una tutela reddituale, in caso di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, correlate alle caratteristiche delle attività produttive interessate, in tutti quei settori nei quali siano operanti «consolidati sistemi di bilateralità e in considerazione delle peculiari esigenze dei predetti settori, quale quello dell'artigianato» (i fondi cd. «alternativi» di cui all'art. 3, commi 14-18, legge 28 giugno 2012, n. 92).

Ad ogni modo, in ciascuno di questi ambiti è presente la volontà del legislatore di scommettere sull'adozione di strumenti privatistici e negoziali, anziché pubblicistici e normativi, allo scopo di accreditare un contesto normativo più idoneo a favorire la convergenza delle attività private con quelle pubbliche. Una previdenza «parallela» che si aggiunge al tradizionale sistema di sicurezza sociale (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 476 e ss.).

Capitolo Primo

La previdenza complementare di fonte contrattuale

1. Fino a metà degli anni Duemila, la peculiarità del modello italiano di previdenza complementare, intendendosi per tale «uno strumento complementare di realizzazione della sicurezza sociale secondo il disegno costituzionale» (PESSI R., *La nozione di previdenza integrativa* in PESSI R. (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel Diritto della previdenza Sociale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, 16), è stata la natura contrattuale. Nel momento in cui il perno dei rapporti tra le parti sociali diventa la soddisfazione dei bisogni di lavoratori, la possibilità di impiegare il livello collettivo per soddisfare il bisogno dei singoli diventa un'importante opportunità che il sistema delle relazioni industriali mostrerà di apprezzare nell'area della previdenza, ma anche della sanità integrativa e dei bisogni di tipo assistenziale in senso lato (secondo lo studio condotto da BRAMBILLA A., *Capire i Fondi Pensione. Nuova previdenza complementare, TFR e pensioni pubbliche degli italiani*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007 il primo fondo pensione italiano di cui si abbia notizia fu istituito dalla «Commissione centrale di beneficenza» della Cariplo nel 1842). Nel periodo «icasticamente definito di paternalistico illuministico (racchiuso tra la seconda metà del XIX secolo e la legge sull'impiego privata del 1919) i primi fondi aziendali vengono creati grazie alla lungimirante iniziativa delle imprese più floride, interessate a garantire trattamenti pensionistici ai dipendenti cessati dal servizio per il raggiungimento dei limiti di età (e, dunque, non anche in caso di licenziamento per giusta causa o di dimissioni).....» (VIANELLO R., *La previdenza complementare nel sistema della previdenza sociale*, Padova, 2005, 42). Più precisamente si trattava di iniziative di derivazione pressoché esclusivamente unilaterale nei cui confronti non scaturiva una disciplina organica, ma un insieme di norme particolari di volta in volta introdotte al fine di soddisfare esigenze pratiche rilevanti, ma pur sempre settorialmente circoscritte, rappresentando «un indubbio ostacolo alla diffusione delle forme pensionistiche complementari, pur in presenza di condizioni storicamente favorevoli» (PANDOLFO A., *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare* in AA.VV. (a cura di), *I fondi pensione*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, n. 35, inserto, IX). Così, «il terreno sul quale si accinge a intervenire il legislatore all'inizio degli anni Novanta ..non è propriamente deserto: e, anzi fertile (di iniziative e prospettive), seppure incolto» (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 49).

Ad una prima fase storica - che potrebbe definirsi pionieristica (CANDIAN A.D., *I fondi pensione*, Milano, 1998, 42 ss.) - di lì a poco ne subentrerà un'altra che si contraddistinguerà per l'ampia libertà offerta alla contrattazione collettiva - cui gioco forza la previdenza privata è, in certo qual modo «costretta» a seguire le vicende evolutive (CECCONI S., *La previdenza privata e le sue vicende* in RIDL, 1996, I, 194 e ss.) - di definire i propri bacini di utenza, le modalità di adesione e di collocamento, le forme e i contenuti della partecipazione dei lavoratori ai fondi pensione, i limiti territoriali d'azione, i contenuti della promozione e del sostegno all'iniziativa previdenziale. D'altronde, la previdenza privata ha iniziato faticosamente ad acquistare dignità di (micro) sistema nel momento in cui è emersa l'origine contrattuale - sindacale o comunque di fenomeno basato su un atto di autonomia negoziale [GRANDI M., *Previdenza integrativa e previdenza privata (con particolare riferimento al settore del credito)*, in *Dir. Lav.*, 1990, I, 102].

Se con l'art. 3, comma 1, lett. v), della legge 23 dicembre 1992, n. 421 il legislatore delegante attribuisce al Governo la delega ad emanare uno o più decreti legislativi con «la previsione di più elevati livelli di copertura previdenziali, disciplinando la costituzione, la gestione e la vigilanza di forme di previdenza, anche articolate secondo criteri di flessibilità e diversificazione per categorie di beneficiari, per la erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico per i lavoratori dipendenti, i lavoratori autonomi ed i liberi professionisti, su base volontaria, collettiva o individuale...»; il decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124, assegnando agli attori sociali l'onere e la responsabilità della valutazione, dell'opportunità e della fattibilità di forme pensionistiche complementari all'interno di un dato ambito contrattuale, esclude, di fatto, la strada della decisione unilaterale come atto fondativo di un fondo di previdenza complementare. L'asimmetria tra il dettato della legge delega - «che sembra porre sullo stesso piano le scelte individuali o collettive a favore della previdenza complementare non autorizzando l'istituzione di una supremazia delle seconde rispetto alle prime e non condizionando l'efficacia soggettiva della fonte collettiva ad una precisa adesione individuale...» (DONDI G., *Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, 707) - e le norme successive del decreto legislativo del 21 aprile 1993, n. 124 avvalorano il sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega (SANDULLI P., *Fondamenti giuridici e modelli di regolamentazione della previdenza integrativa nell'evoluzione del sistema pensionistico*, in *Prev. Soc.*, 1989, 451 e ss.).

Alla base vi è dunque la convinzione che il rilievo dell'autonomia collettiva, quale fonte istitutiva della previdenza complementare, trova solida base nella realizzazione di un interesse naturalmente collettivo, «un interesse che anima le fonti costitutive di queste forme pensionistiche integrative» (SANDULLI P., *Il decreto legislativo n. 124 del 1993 nel sistema pensionistico riformato* in AA.VV. (a cura di), *I fondi pensione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, n. 35, inserto, III).

Viene così valorizzata non solo la centralità dell'autonomia collettiva «come la fonte più adatta ad affrontare contestualmente i problemi della nascita dei fondi e del loro finanziamento» (R. VIANELLO, *La previdenza complementare* op. cit., 156), ma anche «la necessità della solidarietà collettiva come indice dell'esistenza di bisogni ai quali possono trovarsi esposti tutti gli appartenenti al gruppo di solidarietà» (PESSI R., *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in AA. Vv. (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro – Previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, supp. 2, 278). L'unico caso limitato e circoscritto riguardava (e riguarda) i regolamenti di enti o aziende i cui rapporti di lavoro non erano disciplinati da contratti e accordi collettivi, anche aziendali. In questi casi, tale fonte si sostanzia (e si sostanzia) in un «contratto plurimo» poiché l'adozione del regolamento del datore di lavoro finiva per dar luogo ad una pluralità di contratti individuali di contenuto uniforme, predeterminato in relazione alle condizioni generali stabilite dall'imprenditore ex art. 1341, de codice civile (VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, 27). E' pur vero che la residualità della fonte regolamentare rispetto a quello tipicamente collettiva non si traduceva nella «mera virtualità della stessa e ciò non solo per motivi storici, ma per ragioni di carattere pratico che del regolamento fanno uno strumento flessibile per le imprese di medie e piccole dimensioni» (TURSI A., *La previdenza nel sistema di sicurezza sociale*...., op. cit., 203; *contra* BESSONE M., *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 110 secondo cui «l'attivazione dei fondi pensione mediante fonte unilaterale presentava (e presenta) tutti i caratteri di una fattispecie relativamente marginale»).

La rigidità del modello, necessariamente collettivo, non giustifica però il ricorso ad una strumentazione che saggiamente giocata in chiave promozionale dell'autonomia collettiva «lascia al singolo solo lo spazio angusto e condizionato degli eventuali fondi aperti e disincentiva marcatamente l'autonomia individuale» (PESSI R., *La riforma previdenziale del '95: il ritorno al modello assicurativo*, in *Dir. Lav.*, I, 1995, 17).

Prima con la legge delega 23 agosto 2004, n. 243 e poi con il successivo decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, si assiste al passaggio da un assetto delle fonti istitutive «fortemente centrato sul rilievo egemonico del contratto collettivo» ad uno «policentrico, multipolare (e multilivello)» (GIUBBONI S., *La previdenza complementare tra libertà individuale e interesse collettivo*, Bari, 2009, 23) che nasce dalla volontà di parificare sotto un unico regime, a forte vocazione concorrenziale, anche le forme pensionistiche di nuova generazione, accomunate dal fine di erogare trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio.

Per tale ragione è dato rilevare nel decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 «un singolare affastellamento, in un unico elenco, di fonti istitutive in senso proprio (quali i contratti collettivi, gli accordi tra lavoratori, i regolamenti di enti o aziende), e di soggetti giuridici, privati o pubblici, che evidentemente fonti non sono» (TURSI A., *Note introduttive*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 2007, 544).

Non si tratta però di «una fuga in avanti», trattandosi di previsioni che costituiscono un ritorno al passato, dal momento che contribuiscono «al recupero di quelle suggestioni paritarie tra scelte individuali e scelte collettive in materia di previdenza complementare che, a detta di alcuni, trovano alimento proprio nell'art. 3, comma 1, lett. v) della legge n. 421/1992 e che sono state in seguito accantonate, nel 1993, in sede di attuazione della delega» (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 110).

Nonostante il cambio di indirizzo, il crescente interesse del legislatore per forme pensionistiche diverse da quelle negoziali o chiuse ovvero da quelle «limitate ai lavoratori ai quali si applica la disciplina sindacale che li istituisce o, considerata la loro origine, di forme di previdenza sindacale» (M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, 2006, 353) non ne comporta il definitivo abbandono, ma esprime solo l'opzione «di rendere definitivo il compimento di quel programma politico-legislativo di riunificazione di forme pensionistiche collettive ed individuali» (GIUBBONI S., *La previdenza complementare*...., op. cit., 47). «Questa scelta legislativa non è ovviamente neutrale: una prima importante conseguenza è la rinuncia... ad una nozione unitaria del fenomeno “previdenza complementare”, a meno di non aderire ad un livello generalissimo di astrazione concettuale focalizzato su pochi elementi funzionali che accomunano le diverse fattispecie in termini di vincolo di scopo previdenziale dei versamenti effettuati, o, per i destinatari delle forme, collettive o individuali, cui gli stessi hanno scelto di aderire» (GIUBBONI S., *La previdenza complementare*...., op. cit., 98).

Ad ogni modo, il rimando alla fonte «contrattazione collettiva» e la conseguente «collocazione della previdenza complementare nel contesto di un sistema contrattuale non formalizzato sul piano normativo» (TOSI P., *Le fonti istitutive dei fondi di previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 439) trascina la previdenza complementare all'interno dei diversi profili critici che regolano la materia, con tutte le sue luci ed ombre. A riguardo, è stato osservato che «il rapporto tra legge, contratto collettivo ed autonomia individuale nella vicenda istitutiva (..) della forma pensionistica complementare esibisce tratti di accentuata complessità, oltre di irriducibile difformità rispetto agli schemi del diritto sindacale generale» (GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...* op. cit., 50). Ne deriva la necessità di operare «una continua mediazione tra la norme di copertura costituzionale, la fonte legislativa e quella contrattuale, e, infine, le istanze dell'autonomia individuale» (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 116).

La disciplina delle fonti acquista un'indubbia valenza definitoria, caratterizzandosi per la non corrispondenza fra l'articolazione delle fonti e quella tipica del sistema di relazioni sindacali e per la possibile sovrapposizione tra le fonti istitutive propriamente dette e le fonti costitutive (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 153). E' l'analisi delle norme a confermare tale assunto. L'art. 3, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, attribuisce ai contratti ed agli accordi collettivi (fonti istitutive) poteri di normazione nella definizione della forma pensionistica, nella modalità di partecipazione e nel regime delle contribuzioni mentre l'art. 4 del medesimo decreto individua le fonti costitutive, il cui compito è quello di organizzare la forma pensionistica, rappresentando lo strumento di attuazione del disegno previdenziale delle fonti istitutive. Questo momento è distinto da quello istitutivo e coincide con l'atto formale che traduce la volontà delle parti nella concreta creazione di un fondo pensione secondo una delle forme pensionistiche previste dalla disciplina (CANDIAN A.D., *I fondi pensione*, Milano, op. cit.).

Occorre allora «riconoscere la possibilità di una collaborazione partecipativa tra fonti istitutive e fonti costitutive o statutarie in sede di regolamentazione di determinati aspetti del fenomeno pensionistico complementare...[.] che fa anche balenare, in astratto, l'eventualità di una sovrapposizione conflittuale o, quanto meno, non adeguatamente coordinata tra i due tipi di fonti» (VIANELLO R., *Previdenza complementare ..* op. cit., 156).

Ciò in quanto la fonte costitutiva si pone in una posizione di precisa «dipendenza funzionale» della fonte costitutiva dall'atto fonte istitutiva (BESSONE M., *Previdenza complementare*, Milano, 2000, 50). Più precisamente il rapporto tra le fonti istitutive e le fonti negoziali non è da concepire in termini di «separazione e sostanziale svuotamento di competenze bensì più semplicemente di subordinazione gerarchica» (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 232 ss.), giacché solo la prima si pone in una posizione apicale nel sistema di poteri normativi di autonomia privata (BESSONE M., *Previdenza complementare*, op. cit.).

Ciò porta a sostenere che «non esiste un confine netto tra le due fonti [...]; ciò che giuridicamente rileva è l'esistenza di un negozio o normalmente di una serie di negozi giuridici, collegati in modi vari e non rigidamente predeterminabili, secondo uno schema *lato sensu* procedimentale, tra i quali sia ricompreso almeno uno degli atti a rilevanza strettamente o latamente collettiva» (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., 197), cosicché «i problemi delle seconde [rectius le fonti costitutive] sono in buona parte proiezione dei problemi delle prime» (BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare* (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, n. 3-4, 2007, 596). Ne discende che l'assenza di equiparazione formale tra le due fonti comporta che «in caso di contrasto o di indebita intromissione delle fonti costitutive, la preminenza delle fonti istitutive dovrebbe essere preservata attraverso il meccanismo di controllo che fa capo alla Commissione di vigilanza alla quale è riconosciuto un paralizzante potere di veto e di coazione indiretta..» (VIANELLO R., *Previdenza complementare ..* op. cit., 155).

Se le fonti costitutive e regolamentari dei fondi pensione hanno competenze coestese a quelle delle fonti istitutive, ma a queste subordinate (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., 195 ss.), è proprio in questa relazione gerarchica che è possibile rilevare l'aspetto promozionale che la legge assegna al contratto collettivo quale fonte istitutiva della previdenza complementare, sul duplice presupposto della garanzia della libertà consacrata nell'art. 39, comma 1, Cost. e nell'art. 38, comma 5, della Cost. (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, op. cit.; GIUBBONI S., *La previdenza complementare ...* op. cit., 62).

Ad ogni modo, tale «modello dualistico di genesi e di costituzione non è rinvenibile o per lo meno direttamente applicabile [...] al fondo pensione aperto in quanto istituito e costituito da un unico gestore

[...]. Ciò non toglie che sotto il profilo della ricostruzione delle linee del sistema, la profondità delle differenze che si riscontrano tra i due tipi di fondi, impedisca di pensarlo in senso unitario.» (CANDIAN A. D., *Linee ricostruttive di fondi pensione*, in IUDICA G. (a cura di), in *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, Padova, 1998, 116 e 117).

Il rilievo attribuito alla fonte collettiva non ha indotto il legislatore a elaborare criteri di identificazione dei soggetti contrattuali o meccanismi di selezione degli stessi: dovranno essere necessariamente i sindacati e, in particolare, «coalizioni non effimere ed occasionali» e quand'anche stabili, «nemmeno esclusivamente finalizzate alla gestione della previdenza complementare» (TOSI P., *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *Arg. Dir. lav.*, 1999, 362 e ss.).

L'effetto di trascinamento generato dalla natura negoziale dei fondi pensione coinvolge anche la responsabilità delle parti sociali nell'individuare le fonti di finanziamento della previdenza complementare. Questa attribuzione nasce dal disposto dell'art. 8, comma 2, decreto legislativo n. 252 del 2005 che stabilisce che le modalità e la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore possono essere fissati dai contratti collettivi, anche aziendali nel caso di forme pensionistiche con adesione su base collettiva.

Senza trascurare che in tale contesto, la contrattazione collettiva ha ricevuto un apprezzabile rinvigorimento per effetto del meccanismo del «conferimento tacito» del trattamento di fine rapporto che «costituisce uno dei modelli di predisposti dall'ordinamento per realizzare la partecipazione del singolo al sistema di previdenza pensionistica complementare» (SANDULLI P., *Il conferimento tacito e non del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 157).

La nuova disciplina prevede che le modalità tacite di adesione alla previdenza complementare operino secondo una precisa «gerarchia» nella sequenza delle fonti, che privilegia gli accordi raggiunti a livello aziendale che prevedono la destinazione del trattamento di fine rapporto ad una forma collettiva tra quelle previste dall'art. 1, comma 2, lett. e), della legge 23 agosto 2004, n. 243 ovvero individuano tra più forme pensionistiche quella su cui far confluire il trattamento di fine rapporto maturando in deroga al principio secondo cui occorrerebbe prediligere quella alla quale abbia aderito il maggior numero dei lavoratori dell'azienda (cfr. art. 8, comma 7, lett. b), n. 1 e 2 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252) (FERRANTE V., *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del trattamento di fine rapporto*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 721).

In particolare, ove il lavoratore non esprima alcuna volontà, a decorrere dal mese successivo alla scadenza dei sei mesi ivi previsti il datore di lavoro trasferisce il trattamento di fine rapporto maturando dei dipendenti alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, salvo sia intervenuto un diverso accordo aziendale che preveda la destinazione del trattamento di fine rapporto ad una forma collettiva tra quelle previste all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 2), della legge 23 agosto 2004, n. 243 (trattasi del fondo pensione negoziale o del fondo aperto) e purché tale accordo sia notificato dal datore di lavoro al lavoratore, in modo diretto e personale. La disposizione pare attribuire, in deroga al diritto comune dell'autonomia collettiva, «efficacia *erga omnes* all'accordo aziendale in deroga a quello, sempre aziendale, istitutivo del fondo pensione negoziale (cfr. l'art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 252 del 2005), destinando il trattamento di fine rapporto ad una forma collettiva pensionistica diversa da quella negoziale operante in azienda». (TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, op. cit.). Sussiste un motivo di distonia con l'assetto individuato dall'art. 3, comma 1, del medesimo decreto laddove specifica che i contratti e gli accordi collettivi, istitutivi dei fondi pensione negoziali possono essere anche aziendali limitatamente per questi ultimi anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi con la questione dell'errata ricostruzione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale (segnatamente TURSI A., *Note introduttive*, op. cit.).

Un altro aspetto su cui è possibile rilevare un travisamento della natura negoziale dell'autonomia collettiva attiene la portabilità del contributo datoriale. Il legislatore rimette «alla sovrana determinazione dell'autonomia collettiva» l'an e il *quomodo* della destinabilità e della portabilità del contributo datoriale in caso, rispettivamente, di adesione o di trasferimento del lavoratore a una forma pensionistica dallo stesso liberamente prescelta (BONARDI O., *Tassonomie, concetti e principi* in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare* (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, n. 3-4, 2007, 788 e ss.). Da un lato, è sancito (art. 14, comma 6, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252) che in caso di esercizio della facoltà di trasferimento della posizione individuale, il lavoratore ha diritto al versamento della forma

pensionistica da lui prescelta del trattamento di fine rapporto maturando «nei limiti e secondo le modalità stabilite dai contratti e accordi collettivi anche aziendali». Dall'altro, l'art. 8, comma 10, del medesimo decreto legislativo stabilisce che ove il lavoratore abbia diritto, in base al contratto o agli accordi collettivi, anche aziendali, ad un contributo a carico del datore di lavoro da destinare alla previdenza complementare questo affluisce alla forma pensionistica prescelta dal lavoratore stesso «nei limiti e secondo le modalità stabilite dai predetti contratti e accordi». La conseguenza che se ne trae è che ai contratti collettivi sarebbe data la piena facoltà di escludere la portabilità del contributo datoriale. Sotto questo profilo ogni altra diversa interpretazione, secondo PERSIANI M., *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. Dir. Lav.* 2006, 1479 e ss., volta in particolare a liberalizzare la scelta di destinazione del contributo datoriale sulla base delle preferenze individuali del singolo lavoratore rappresenterebbe «un attentato alle prerogative dell'autonomia collettiva e alla sua libertà più grave di quello derivante dalla previsione della libertà di adesione individuale».

La questione si pone non solo con riferimento alle citate ipotesi dell'adesione tramite conferimento del trattamento di fine rapporto e del trasferimento da un fondo pensione negoziale ad altra forma pensionistica complementare, ma anche nel caso di adesione ad una forma pensionistica individuale. In quest'ultimo caso, l'assenza del predetto vincolo assegnato alla contrattazione collettiva farebbe presumere che il contributo datoriale possa essere liberamente destinabile qualora il lavoratore decida di passare ad una forma di previdenza complementare (TURSI A., *Note introduttive*, op. cit., 546 e ss.). Contro questa interpretazione si è evidenziato che la previsione dell'art. 14, comma 6, del Decreto legislativo n. 252 del 2005 ha una «valenza regolativa, al contempo omnicomprensiva e specifica, di ogni trasferimento della posizione soggettiva da una forma all'altra (FERRANTE V., *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del tfr* in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina....*, op. cit., 721).

Ad ogni modo, le norme si presentano «di scopo», giacché non abbozzano un indirizzo programmatico, giacché impegnano i medesimi contratti (o accordi collettivi) a definire i confini e le modalità entro le quali la portabilità di tale contributo potrà utilmente dispiegarsi (BONARDI O., *Tassonomie, concetti e principi* in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, op. cit., 563 e ss.). E', dunque, ragionevole ritenere che il legislatore sia stato indotto «dalla tendenza a concepire l'autonomia collettiva in termini non negoziali ma normativo-eteronomi, e, conseguentemente, il meccanismo del (l'adesione tramite) tacito conferimento (del t.f.r.) in termini, ancora una volta, di applicazione di una fonte normativa, che prescinde dalla sussistenza di canali negoziali di collegamento alla volontà individuale» (TURSI A., *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, op. cit., 544).

2. Fondo pensione «è il nome che spetta ad una serie tipizzata di forme previdenziali che si differenziano però tra loro sulla base dei diversi requisiti e di variegate caratteristiche» (CANDIAN A. D., *Linee ricostruttive di fondi pensione*, op. cit., 115). Ciò spiega le ragioni per le quali il legislatore ha preferito percorrere la strada dell'indicazione analitica dei soggetti giuridici in cui incorporare un fondo pensione in modo da escludere tutti i soggetti che non rientrano nell'elenco del legislatore (si pensi alla forma consortile o quella della società cooperativa) (ROPPO V., *La costituzione dei fondi pensione*, in IUDICA G. (a cura di), in *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, Padova, 1998, 72). Le associazioni che possono impersonare fondi pensione si presentano quali ulteriori soggetti che si aggiungono al proliferare di sottotipi associativi, posto che la norma conferma l'introduzione di «elementi specifici di distinzione rispetto alle fattispecie giuridiche originarie che configurano le forme previdenziali (associazione da una parte e patrimonio separato di destinazione dall'altra), facendo di questi istituti forme «terze» rispetto al quadro normativo civilistico» (BRUNI R., *La governance delle forme pensionistiche complementari*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 2007, 622 e ss.) e, dunque, aggiungendo una nuova tipologia di figura organizzativa «...di soggetti collettivi che presentano qualche elemento di atipicità e particolarità rispetto ai modelli tradizionali...» (ROPPO V., *La costituzione dei fondi pensione*, op. cit., 70).

L'art. 4, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, ai fini dell'individuazione della forma giuridica sulla base della quale configurare l'autonomia giuridica, ricorre alle fattispecie disciplinate dal titolo II del libro I del codice civile. Il ricorso ad esse, però, non mina la convinzione che il fondo pensione si configuri come «forma tecnica originale e autonoma» (BESSONE M., *Previdenza complementare*, op. cit.). In specie, i fondi pensione possono essere costituiti: a) come soggetti di natura associativa, ai sensi dell'articolo 36 del c.c., distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa; b) come soggetti dotati di

personalità giuridica (sebbene il riconoscimento della personalità giuridica consegua al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività della Covip); c) come patrimonio di destinazione, autonomo e separato, ai sensi dell'art. 2117, del codice civile, limitatamente ai fondi pensione istituiti dagli enti di diritto privato, di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103 (con l'obbligo della gestione separata), ai fondi pensione aperti, alle forme pensionistiche complementari individuali.

Pertanto, il comma 5 del medesimo art. 4, stabilisce nel caso in cui si tratti di fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, sia per i lavoratori subordinati ed autonomi, l'obbligo della costituzione come soggetto dotato di personalità giuridica. A ben vedere, la forma «soggetto dotato di personalità giuridica» ricomprende sia le associazioni riconosciute sia le fondazioni. Queste ultime si presentano come «un'alternativa di modello che ormai sembra interessare esclusivamente gli studiosi di teoria generale» (BESSONE M., *Fondi pensione « chiusi ». Le regole di organizzazione e le attività degli amministratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 746), posto che esse non sono state concretamente utilizzate, presumibilmente a causa dell'assenza di un organo assembleare.

E' dato inoltre segnalare ulteriori deroghe al codice civile, oltre quella già riferita del riconoscimento della personalità giuridica. In specie, l'art. 1, comma 4, del decreto legislativo n. 252 del 2005 impone l'obbligo delle forme pensionistiche complementari di contenere la dizione di «fondo pensione». Sotto questo profilo, tale obbligo rappresenta la «premessa logica cui l'art. 4 dà poi svolgimento, concorrendo così tali norme del decreto legislativo. n. 252 del 2005 a radicare uno dei pilastri fondamentali su cui riposa la complessiva architettura dell'intervento legislativo (BOLLANI A., *L'assetto delle fonti costitutive*, in TURSI A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, op. cit., 612 e ss.).

3. Nella previdenza complementare, l'iniziativa per l'istituzione dei fondi pensione è affidata ai sensi dell'articolo 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, lett. a), ai contratti (o accordi) collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi – ovvero, in mancanza, agli accordi tra lavoratori promossi da sindacati firmatari dei contratti collettivi nazionali di lavoro o agli accordi, anche interaziendali, per gli appartenenti alla categoria dei quadri, promossi dalle organizzazioni sindacali rappresentative della categoria, membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro – che ne definiscono l'ambito soggettivo di applicazione, le modalità di partecipazione e il regime delle contribuzioni.

La formula contratti e accordi collettivi pare possa esprimere «un'indicazione di *genus* (e non di *species*) e, intesa, come sinonimo di (fonte di) autonomia collettiva, consente di includere anche altre tipologie di fonti collettive» (ad esempio, gli accordi economici collettivi) (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 157). Se l'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 252/2005 sancisce che «l'adesione alle forme pensionistiche complementari è libera e volontaria», è l'art. 3, comma 3, del medesimo decreto, che individua il principio di libertà di adesione in base al quale «le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari [...] garantiscono la libertà di adesione individuale».

Il peculiare atteggiarsi del «rapporto tra autonomia collettiva e libertà individuale influenza le caratteristiche ideologiche dell'una e dell'altra: nel senso che tanto l'autonomia collettiva quanto le libere scelte individuali iniziano ad operare ...come vere e proprie fonti di trasformazione del sistema previdenziale....perchè agiscono non da testimoni ma da protagonisti dell'evoluzione del medesimo» (VIANELLO R., *La previdenza complementare* op. cit., 111 e 112).

Si pone dunque non solo il problema del contrasto tra la regola legale della libertà di adesione e l'efficacia generale del contratto collettivo, ma anche la tensione tra la tematica dei diritti quesiti e il principio dell'efficacia temporale del contratto collettivo e, quindi, della futura modificabilità della disciplina collettiva (PESSI R., *La previdenza complementare tra legge e contratto collettivo* in PESSI R. (a cura di), *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, 1997, 100).

E' evidente la collisione tra autonomia collettiva e autonomia individuale: quest'ultima è enfatizzata dal legislatore al punto di divenire non solo libertà di adesione, ma come si è visto, anche libertà di scelta tra forme pensionistiche collettive e individuali.

Nella previdenza complementare la volontarietà attiene più propriamente all'efficacia oggettiva (o all'inderogabilità) del contratto collettivo, giacché interviene sul rapporto diretto che intercorre tra la norma e il destinatario della forma pensionistica complementare, piuttosto che sul collegamento negoziale tra il contratto collettivo (fonte istitutiva) e la volontà individuale. Ciò comporta che la volontarietà subordina l'efficacia di un contratto, soggettivamente applicabile, al consenso dell'individuo, rendendo impossibile l'iscrizione automatica alla forma pensionistica, che invece dovrebbe scaturire dall'efficacia inderogabile del contratto collettivo. In particolare, TURSI A., *La*

previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, cit., 236, ricostruisce il diritto di aderire ad un fondo pensione «non come un diritto legale attivabile sul presupposto di una fonte istitutiva che si dichiara applicabile al suo titolare», bensì come «un diritto contrattuale attribuito dalla fonte istitutiva ai lavoratori che sono parte di rapporti di lavoro negozialmente collegati con essi».

Secondo BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva...* op. cit., 600 e ss., il principio di libertà di adesione individuale opera nel senso di impedire – mediante la previsione di una necessaria e specifica dichiarazione di volontà del lavoratore – «che il contratto collettivo produca i suoi consueti effetti normativi all'interno della cerchia di soggetti cui esso trova applicazione». TURSÌ A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., 237, sostiene che resta così confermato che «uno solo sarà il contratto collettivo istitutivo di un fondo pensione, applicabile al rapporto, in virtù del collegamento negoziale consistente, di volta in volta, nell'affiliazione sindacale, o della sua recezione espressa o per fatti concludenti».

Lo schema si presenta analogo, almeno sul piano dei concetti, negli enti bilaterali (BAVARO V., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, cit., 1169 ss.): alla fase volontaria dell'istituzione deducibile dall'autonomia contrattuale, si accompagna quella della volontarietà all'adesione al regolamento contrattuale, ad opera delle imprese datrici di lavoro nel settore di riferimento.

Sulla questione dell'obbligatorietà o meno dell'iscrizione, dopo la modifica dell'art. 3, decreto legge 23 marzo 1993, n. 71, ai fini del riconoscimento dei benefici contributivi, subordinati «all'integrale rispetto degli accordi e collettivi», in dottrina è opportuno richiamare, TIRABOSCHI M., *Incentivi economici e contratti collettivi: note sull'art. 10, legge n. 30/2003*, in *GL*, 2003, 44, 34; BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *op. cit.*, 38 ss.

Tuttavia, il principio dell'adesione individuale subisce una deroga parziale dal meccanismo di conferimento tacito del trattamento di fine rapporto ove quest'ultimo venga interpretato come preclusivo di previsioni del contratto collettivo che dispongano una iscrizione sospensivamente condizionata al mancato dissenso del lavoratore soggetto al suo ambito di applicazione. Tale impostazione è segnale «della diffusa propensione a concepire l'autonomia collettiva come vincolo normativo all'autonomia negoziale e non come espressione di autonomia negoziale essa stessa» (TURSÌ A., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, 513 ss.).

La questione che coinvolge l'irrisolto nodo dell'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva non assume rilevanza nell'analisi dei Fondi interprofessionali per la formazione continua rispetto ai citati fondi di previdenza complementare o agli enti bilaterali: nel caso di specie, la mancata applicazione del contratto collettivo non esime il datore dall'obbligo di versare il contributo integrativo, presentandosi obbligatorio per effetto della previsione di cui all'art. 118, comma 5, della l. n. 388 del 2000. Tant'è che è espressamente sancito che in caso di assenza di adesione ad un Fondo autorizzato permane a carico del datore di lavoro l'obbligo di versare i contributi alla pubblica amministrazione. In sostanza, si può ritenere che l'obbligo di contribuzione non discenda dal vincolo derivante dall'applicazione del contratto collettivo. Semmai la questione invade il campo di indagine della dimensione oggettiva del contratto collettivo: nel caso dei Fondi interprofessionali, il datore di lavoro è libero di aderire al Fondo del proprio ambito di appartenenza, ma resta libero di aderire anche ad un Fondo interprofessionale diverso da quello istituito dal proprio settore merceologico nonché di decidere di trasferire ad un altro Fondo il settanta per cento delle somme versate nel triennio antecedente, al netto dell'ammontare eventualmente già utilizzato per finanziamento dei propri piani formativi (cfr. l'art. 19, comma 7 bis, decreto legge 28 novembre 2008, n. 185 che esclude dalle quote da trasferire i versamenti del datore di lavoro riversati dall'Inps al Fondo di provenienza prima del 1° gennaio 2009) (SQUEGLIA M., *Contribuzione dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua e ricorso all'art. 6, comma 2, d.l. n. 78 del 2010*, in *DRI*, 2, 2012, 544 e ss.).

In definitiva, «dalla valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva ne deriva l'attribuzione di una duplice funzione: da un punto di vista teorico, di parziale guida e conduzione dell'interesse previdenziale condizionato per la parte afferente alla tutela complementare, dalle scelte operate a livello collettivo e individuale; dal punto di vista pratico –economico di governo del costo del lavoro» (VIANELLO R., *La previdenza complementare op. cit.*, 113).

4. Altro elemento da considerare riguarda il coinvolgimento degli attori sociali nella vita del fondo e quindi di una fase che va al di là dell'iniziale momento costitutivo. Non va trascurata la funzione di garanzia che le parti sociali svolgono attraverso gli organi paritetici e consultivi, previsti negli accordi collettivi e recepiti negli statuti delle forme pensionistiche complementari. D'altronde, «la struttura di governance dovrebbe assicurare un'adeguata suddivisione delle regole operative e di controllo nonché, per coloro a cui fanno tali responsabilità, il dovere di rispondere del proprio operato (*accountability*) e

requisiti di adeguatezza» (FRANCARIO L., *La ridefinizione della governance dei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 331).

Che la forma pensionistica complementare si presenti originale rispetto al tradizionale schema civilistico dell'associazione, ne sono prova le previsioni legislative sulla composizione degli organi della vita associativa e, in particolare, del consiglio di amministrazione e di controllo. L'art. 5, comma 1, decreto legislativo n. 252 del 2005, riprendendo la precedente previsione contenuta nel decreto legislativo n. 124 del 1993, impone la pariteticità della rappresentanza tra lavoratori e datori di lavoro sia per la partecipazione negli organi di amministrazione sia per quelli di controllo. L'applicazione del criterio della pariteticità deve essere interpretato come uno degli elementi fondativi del modello di *governance* dei fondi pensione e come tale non può essere derogato (BRUNI R., *La governance delle forme pensionistiche complementari...*, op. cit., 624). Senza trascurare che è sancito il metodo elettivo per i rappresentanti dei lavoratori secondo modalità e criteri definiti dalle fonti costitutive (FRANCARIO L., *La ridefinizione della governance dei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in MESSORI M. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 352 e ss.).

5. Il sistema della previdenza complementare, così come erompe dal decreto legislativo n. 252 del 2005, resta comunque caratterizzato per la centralità del ruolo svolto contrattazione collettiva. Si è già riferito della volontà di garantire all'autonomia collettiva uno spazio che rimane rilevante, sebbene non più privilegiato, in coerenza con la natura sociale della previdenza. Esempio di ricorso alla contrattazione collettiva è offerto dalla previsione secondo cui la facoltà di adesione ai fondi pensione aperti può essere prevista su base contrattuale collettiva.

L'art. 12, del decreto legislativo n. 252 del 2005 si limita a consentire l'istituzione di un fondo destinato esclusivamente all'adesione (individuale e volontaria) degli appartenenti ad una «collettività» di lavoratori subordinati o autonomi delimitata in ragione dei criteri più vari (PALLINI M., *Le «altre» forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali* in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)* in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 789).

Tuttavia, questi accordi non debbono, però, essere confusi con i contratti o gli accordi collettivi istitutivi della forma pensionistica di cui all'art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 252 del 2005: nel caso dei fondi aperti è «soggetto istitutore soltanto il soggetto imprenditoriale gestore del fondo» (VOLPE PUTZOLU G., *I fondi pensione aperti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 338 e ss.) così come non vi è distinzione tra fonte istitutiva e fonte costitutiva del fondo, identificandosi «funzionalmente entrambe nella delibera di adozione del regolamento del fondo» (CANDIAN A. D., *I fondi pensione*, Milano, 1998, 151).

Ne consegue che nei fondi aperti «la fonte istitutiva è del tutto neutra rispetto ai rapporti laburistici e si fonda sul potere aggregante che un gestore può ottenere proponendo un programma previdenziale e la relativa gestione» (CANDIAN A. D., *Linee ricostruttive in materia di fondi pensione* in IUDICA G. (a cura di), *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, Padova, 1998, 122).

6. Trattandosi di una forma di risparmio vincolato, il legislatore, anziché assoggettare le somme destinate a previdenza complementare alla contribuzione ordinaria del regime di appartenenza, ha sancito l'obbligo al versamento alle gestioni pensionistiche obbligatorie del predetto contributo di solidarietà, pari al 10 per cento delle quote e delle contribuzioni a carico dei datori di lavoro, destinate ai fondi di previdenza complementare (GIUBBONI S., *La previdenza complementare*, op. cit., 148-150).

L'art. 12 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n.124 e l'art. 16 del decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252, nel riproporre il contenuto delle disposizioni recate dall'art. 9 bis del decreto legge n. 103/1991, al comma 1) hanno disposto che «fermo restando l'assoggettamento a contribuzione ordinaria nel regime obbligatorio di appartenenza di tutte le quote ed elementi retributivi di cui all'art.12 della legge 30 aprile 1969, n.153 e successive modificazioni, anche se destinate a previdenza complementare a carico del lavoratore, sulle contribuzioni o somme a carico del datore di lavoro, diverse da quella costituita dalla quota di accantonamento al TFR, destinate a realizzare le finalità di previdenza pensionistica complementare, è applicato il contributo di solidarietà previsto nella misura del 10 % dall'art.9 bis del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito con modificazioni, dalla legge del 1 giugno 1991, n.166» (per l'applicazione del contributo di solidarietà anche per i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, v. il messaggio Inps 30 maggio 2013, n. 8831).

Anche l'esame del regime tributario accordato alle forme pensionistiche complementari si presenta «speciale», posto il prevalente interesse ad agevolare il risparmio avente natura previdenziale, tanto per

i vincoli che tale natura comporta rispetto ad altre forme di risparmio e quanto perché, come si è visto, è tutelato dalla carta costituzionale. Esso è ispirato al principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali (MARCHETTI S., *Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Rass. trib.*, 1996, 27 ss.) in base al quale l'onere impositivo cade solo nel momento finale dell'erogazione della prestazione pensionistica complementare (VICENTINI G., F. MARCHETTI, *Riforma della previdenza complementare: riflessioni sul trattamento fiscale*, in *Economia Italiana*, 95). La ragione fondamentale dell'intervento del legislatore è quella di attuare un *favor* fiscale nei confronti del sistema della previdenza complementare che ha un sicuro referente nella Carta costituzionale che eleva la tutela previdenziale ad un interesse di tutta la collettività organizzata nello Stato e quindi meritevole di incentivi anche di natura tributaria (MAGNANI C., *Il trattamento fiscale dei fondi pensione*, in G. IUDICA (a cura di), in *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, Padova, 1998, 140) ove si tratti di un risparmio vincolato o, comunque, «di un risparmio non disponibile» (GALLO F., *Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 561).

Ciò che distingue la previdenza privata dal risparmio è il «vincolo di destinazione» che il fine previdenziale imprime all'accantonamento. Mentre nel risparmio può sussistere una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di risparmio, nel caso della previdenza deve trattarsi di un vincolo oggettivo: l'accantonamento è destinato alla protezione del lavoratore dai rischi di diminuzione o perdita della capacità di lavoro e guadagno. In sostanza, sia la previdenza individuale-suppletiva che quella collettiva-complementare rispondono al medesimo principio, per cui devono godere dello stesso regime fiscale (MARCHETTI F., *Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Rassegna tributaria*, 1,1996, 27).

Circa il trattamento fiscale delle forme pensionistiche complementari, sono gli tre aspetti che ne rivelano la capacità contributiva: a) il trattamento tributario dei contributi; b) la tassazione delle prestazioni; c) il regime tributario del fondo pensione (v. PISANI R., *Previdenza complementare: regime tributario dei fondi preesistenti in squilibrio finanziario nella fase del finanziamento*, in *Fisco*, 2008, 15, 2684).

7. Il modello della previdenza complementare non si presenta finalizzato unicamente ad assicurare rispettivamente adeguati livelli di copertura previdenziale, ma si presenta dischiuso allo svolgimento di funzioni anche diverse da quelle tradizionalmente loro assegnate. Le norme di riferimento attengono agli artt. 11, comma 4, e 14, comma 2, *lettere b e c* del decreto legislativo n. 252/2005. Nell'art. 11, comma 4, del decreto legislativo n. 252/2005 si consente alle forme pensionistiche complementari di prevedere che, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi, le prestazioni pensionistiche siano, su richiesta dell'aderente, consentite con un anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l'accesso alle prestazioni nel regime obbligatorio di appartenenza.

In questo caso se, da un lato, è comprensibile la volontà del legislatore di assicurare all'aderente un sostegno economico nel periodo di non lavoro, anche in considerazione dell'indisponibilità del trattamento di fine rapporto conferito alla forma pensionistica, dall'altro, secondo alcuni (TOZZOLI S., *Le prestazioni di previdenza complementare*, in TURSÌ A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare...*, op. cit., 759) può risultare poco conforme ad essa la scelta di posticipare l'erogazione del trattamento «ad un momento significativamente successivo alla perdita dell'occupazione, quando l'esigenza di protezione del reddito si è già verificata e forse anche esaurita».

Così, con una «formulazione della norma non tecnicamente felice» (PALLINI M., *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari* in TURSÌ A. (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, op. cit., 800), l'art. 14, comma 2, lett. *b*) e *c*) del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 ammette, in primo luogo, la possibilità di riscattare parzialmente, nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria. In secondo luogo è sancita l'opportunità di riscattare totalmente la posizione individuale maturata per i casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi. Una facoltà che però non può essere esercitata nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari.

Riguardo alla disciplina della cedibilità, pignorabilità e sequestrabilità, l'estensione della disciplina prevista per le prestazioni previdenziali obbligatorie del limite di un quinto ai trattamenti complementari e alle anticipazioni per le spese sanitarie (art. 11, comma 10, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n.

252), non solo segna «un'innovazione di rilevante portata rispetto alle previsioni del Decreto legislativo 124 del 1993» ma, mostra come «il legislatore abbia assimilato i due tipi di previdenza, ritenendoli concorrenti nell'assicurare al lavoratore mezzi adeguati alle sue esigenze di vita» (CIOCCA G., OLIVELLI P., *Le prestazioni* in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123*, Milano, 2010, 392). Una volta che i montanti vengano smobilizzati dalla fase di «accumulo» per passare nella disponibilità del soggetto titolare viene infatti meno ogni funzione previdenziale con conseguente possibilità, da parte dei suoi creditori di poter esercitare sui montanti medesimi le azioni esecutive (PROCOPIO M., *Pignorabilità e sequestrabilità delle polizze vita e delle posizioni previdenziali complementari*, in *Dir. economia assicur.*, 2010, 2, 319).

Ritorna l'impostazione, già fatta propria dalla Corte Costituzionale con la sentenza 393 del 2000 secondo la quale previdenza pubblica e complementare hanno la medesima funzione di garantire l'adeguatezza delle prestazioni e sono fornite delle medesime garanzie, come quella della pignorabilità di un quinto.

In effetti, anche precedentemente all'emanazione del Decreto legislativo 252 del 2005, in dottrina si era ritenuto che l'art. 545, c.p.c. fosse estensibile anche ai trattamenti pensionistici complementari sulla base dell'assunto che essi fossero ricompresi fra le «altre indennità relative al rapporto di lavoro in quanto aventi natura retributiva» (ZAMPINI G., *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 276).

Peraltro si tratta di una estensione che «il legislatore non ha ritenuto di operare alle altre anticipazioni della posizione individuale relative all'acquisto della prima casa e alle ulteriori esigenze degli aderenti segnando una differenza qualitativa tra i vari di anticipazione o rispetto alla prestazione, in verità difficilmente condivisibile» (CIOCCA G., OLIVELLI P., *Le prestazioni*, op. cit., 394).

Per contro, rimane ferma l'impignorabilità e insequestrabilità della posizione previdenziale complementare, posta la stretta connessione della prestazione con lo scopo per il quale è maturata, vale a dire quello previdenziale dal quale la prestazione stessa non può essere distolta per nessuna ragione (PROCOPIO M., *Pignorabilità e sequestrabilità ...*, op. cit., 319).

Capitolo Secondo

Gli ammortizzatori sociali contrattuali

1. Anche dopo la recente emanazione della legge del 28 giugno 2012, n. 92, che «raccolle, in maniera che si potrebbe definire sincretistica, l'eredità di una pluralità di modelli che nel corso dell'ultimo quindicennio si sono susseguiti e sovrapposti, reciprocamente influenzandosi» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino, 2013, 477), permangono le diversità nell'impianto delle fonti degli ammortizzatori contrattuali rispetto alla previdenza complementare. L'impianto delle fonti si presenta diverso negli ammortizzatori contrattuali. L'analisi delle norme sul piano positivo – anche sulla base dei Fondi bilaterali cd. ordinari di cui all'art. 3, comma 4, di cui alla recente legge 28 giugno 2012, n. 92 – mostra che il contratto collettivo costituisce il presupposto per l'emanazione del decreto interministeriale e rappresenta l'elemento essenziale per la definizione dell'ambito di intervento (LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, 253), da un lato; che il compito della fonte costitutiva è quello di assicurare l'applicazione del sistema di garanzia predisposto dalla fonte istitutiva, dall'altro.

In particolare, per i nuovi Fondi di solidarietà bilaterali cd. ordinari la costituzione presuppone non solo l'accordo o il contratto collettivo, anche intersettoriale, bensì il successivo recepimento con un decreto interministeriale, entro i successivi tre mesi. Una modalità di costituzione che evidenzia la loro «natura spuria» (LISO F., *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, in *Bollettino ADAPT*, n. 33, 2012, 2 e ss.) e che riceve una inequivocabile conferma anche in sede di eventuali modifiche aventi ad oggetto la disciplina delle prestazioni o la misura delle aliquote, atteso che esse sono da adottare con decreto direttoriale dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle finanze, sulla base di una proposta del comitato amministratore (art. 4, comma 5, legge 28 giugno 2012, n. 92). Senza trascurare che il medesimo assetto è confermato anche ove intervengano modifiche aventi ad oggetto la disciplina delle prestazioni o la misura delle aliquote, giacché esse sono adottate con decreto direttoriale dei Ministeri del lavoro e delle politiche sociali e dell'economia e delle finanze, sulla base di una proposta del comitato amministratore (CARMINATI E., CASANO L., TIRABOSCHI M., *I fondi di solidarietà bilaterali: conferme e novità dopo il passaggio in Senato*, in RAUSEI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, ADAPT University Press, giugno 2012, 257-263).

Dunque, a differenza dei fondi di previdenza complementare, la sola presenza della fonte istitutiva non è sufficiente; occorre il recepimento dell'accordo collettivo in un apposito decreto interministeriale che, operando come atto di normazione secondaria, consenta di incardinare i rapporti giuridici previdenziali previsti dal Fondo di solidarietà (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...* op. cit., 475 e ss.; per la disciplina precedente v. SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali*, in *IPrev*, 2008, 39; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali* in *DRI*, 3, 2012, 643). Semmai, come è stato di recente sostenuto da FERRARO G. (*Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 143/2012, 12), per i nuovi ammortizzatori contrattuali di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92 «ancora più marcata risulta l'interdipendenza funzionale tra le tutele di carattere pubblicistico e quelle che vengono integralmente delegate alle parti private». In ogni caso, tale soluzione consente di aggirare il dibattuto e controverso tema dell'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo e, dunque, della vincolatività dell'accordo istitutivo anche nei confronti dei datori non aderenti al sindacato stipulante (art. 39, comma 1 della Costituzione). Si è ripropone uno schema, per molti versi, analogo a quello impiegato in occasione della legge 14 luglio 1959 n. 741 in base al quale il Governo fu delegato a recepire con atti aventi forza di legge i contenuti dei contratti collettivi di diritto comune stipulati sino a quel momento, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo a tutti gli appartenenti ad una stessa categoria economica.

L'art. 3 prevede «l'obbligo» dell'istituzione dei fondi per «i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti. A riguardo in dottrina si ritenuto che non sussiste alcun obbligo a costituire i fondi in oggetto nei confronti delle parti sociali dal momento che questo «contrasterebbe con la libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, della Cost.» (CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *RDDS*, 2012, 27), qualificandosi piuttosto come un onere della contrattazione (SIGILLÒ MASSARA G., *Le tutele previdenziali in costanza del rapporto di lavoro*, in VALLABONA A. (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2012, Torino, 90 e ss.).

Il riferimento specifico alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, comma 10, legge 28 giugno 2012, n. 92) pare «non realizzare l'obiettivo dell'universalizzazione delle tutele» (SPATTINI S., *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 102), sebbene «le parti sociali possono ben convenire che il fondo copra anche i datori che hanno meno di sedici dipendenti e il decreto del ministro verrà fatto in coerenza con quanto da esse previsto» (LISO F., *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, in *Bollettino ADAPT*, n. 33, 2012, 3 e ss.) e, in ogni caso, il dubbio sembra superabile «alla luce della ratio della normativa... che dovrebbe impedire interpretazioni restrittive» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 487). Rispetto alla previdenza complementare per la quale non è imposta alcuna speciale qualificazione soggettiva delle organizzazioni sindacali stipulanti (cfr. TOSI P., *Contrattazione collettiva e previdenza complementare*, in *ADL*, 1999, 362), negli ammortizzatori contrattuali la legge prescrive un requisito di rappresentatività qualificata, ricorrendo alla formula traslatica della rappresentatività comparativamente maggiore» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 493 e ss.). E ciò sembra coerente con la più marcata funzionalizzazione dell'autonomia privata collettiva rispetto all'obiettivo previdenziale perseguito che caratterizza i fondi di solidarietà bilaterali anche rispetto alla previdenza complementare (A. TURSI, *I fondi di solidarietà bilaterali*, op. cit., 494; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 3, 2012, 645).

Il ragionamento deve essere esteso anche ai «fondi bilaterali puri» (LISO F., *I fondi bilaterali alternativi* in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 523) o fondi bilaterali alternativi, espressamente disciplinati all'art. 3, comma 14, della legge n. 92 del 2012, intendendosi per tali quei fondi istituiti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nei settori non rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni nei quali siano operanti «alla data di entrata in vigore della legge, consolidati sistemi di bilateralità».

Tuttavia, in essi è dato ravvisare qualche segnale di diversità rispetto ai fondi bilaterali ordinari, posto che attraverso l'adeguamento delle fonti istitutive, «i fondi bilaterali puri, esterni alla matrice Inps, vengono ad acquisire una qualità che ad essi non era conferita dalla legge precedente (decreto legge n. 185/2008)... diventando destinatari di una contribuzione che tutti i datori di lavoro della categoria, di cui la bilateralità è espressione, sono tenuti a versare sebbene si tratti di un vincolo che non è affermato esplicitamente ma è nella logica del sistema.. » (LISO F., *I fondi bilaterali alternativi*, op. cit., 524).

Dunque, a differenza dei fondi bilaterali cd. ordinari che operano in un ambito prettamente pubblicistico posto il provvedimento ministeriale che, concretizzando quanto convenuto dalle parti sociali, istituisce il

fondo come gestione separata dell'Inps, i fondi bilaterali puri conservano la loro natura privata dal momento che non è previsto alcun provvedimento del ministro sebbene sia ribadito il vincolo a contribuire in capo a tutti i soggetti rientranti nella categoria per la quale è stato costituito il fondo ancorché l'art. 3, comma 16, della legge 28 giugno 2012, n. 92 precisa che «i fondi bilaterali puri sono volti a realizzare ovvero integrare il sistema, in chiave universalistica, di tutela del reddito in costanza di rapporto e in caso di sua cessazione».

Che il fondo bilaterale puro sia incaricato dello svolgimento di una pubblica funzione lo si ricava dalla previsione del comma 16 dell'art. 3 allorquando stabilisce che con un decreto del Ministro del Lavoro verranno fissati i «requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti preposti alla gestione dei fondi, i criteri e requisiti per la contabilità dei fondi, nonché modalità volte a rafforzare la funzione di controllo sulla corretta gestione e di monitoraggio sull'andamento delle prestazioni anche attraverso la determinazione di standard e parametri omogenei» (LISO F., *I fondi bilaterali alternativi...*, op. cit., 525).

2. Dal piano delle fonti occorre spostare il baricentro dell'analisi sulla natura degli ammortizzatori contrattuali, presentandosi argomento di particolare interesse per il nostro tema di ricerca. Anche in questo caso le affinità con la previdenza complementare si presentano evidenti, sebbene siano riscontrabili alcune sostanziali differenziazioni, specie confrontando l'art. 4, comma 1, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 secondo cui «i fondi pensione sono costituiti come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36, del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa [...] e come soggetti dotati di personalità giuridica», con l'art. 3, commi 8 e 9, legge 28 giugno 2012, n. 92 che stabilisce che «i nuovi Fondi bilaterali non hanno personalità giuridica e costituiscono gestioni dell'Inps... Spetta al regolamento di contabilità dell'Istituto previdenziale determinare i criteri per definire gli oneri di amministrazione dei Fondi». La norma introduce un vincolo nell'individuazione della forma giuridica sulla base della quale configurare l'autonomia giuridica dei fondi pensione mentre negli ammortizzatori contrattuali anche «le modalità gestionali e la *governance* dei fondi di solidarietà bilaterali è del tutto assimilata a quella delle cd. gestioni interne dell'Istituto previdenziale pubblico» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 500 e ss.).

A riguardo, si può tenere conto dell'esperienza del Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito. L'orientamento prevalente in dottrina ritiene che esso rientri tra le associazioni non riconosciute di cui all'art. 36 del codice civile sulla base di una duplice considerazione: per un verso, la fonte istitutiva è definibile come contratto plurilaterale con comunione di scopo di cui all'art. 1420 del codice civile; per altro verso, la gestione delle risorse non è legata ad un fine lucrativo poiché esse sono destinate all'assolvimento delle funzioni statutariamente previste (BRIDA A., *Natura giuridica dei fondi pensione*, in *DPL*, 1998, 23; MARIMPIETRI I., PANDOLFO A., *Ammortizzatori sociali fai da te: il caso del settore del credito* in *Riv. Prev. Pubb. e Priv.*, 2001, 1, 101 e ss.).

Occorre però segnalare che tale ricostruzione incontra i limiti, sanciti dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, in ordine al finanziamento, all'individuazione degli interventi e, infine, alla gestione). Di contro, si ammette la natura pubblicistica del Fondo (Cfr. CECCONI S., NICCOLAI A., *La gestione degli esuberanti nel settore del credito*, in *RIDL*, II, 13 ss.) in considerazione delle finalità perseguite, del procedimento seguito per l'istituzione del Fondo, della composizione del comitato amministratore e, più in generale, in considerazione del ruolo esercitato dalla legge nella sua costituzione e gestione, del controllo operato dagli organi pubblici sull'utilizzo dei finanziamenti stanziati. Non sono peraltro mancati tentativi di temperamento rispetto a tale posizione. In specie, in dottrina si è giunti a distinguere nella costituzione del Fondo di solidarietà due stadi (SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali...*, op. cit., 39): il primo, che prevede l'intervento della contrattazione collettiva finalizzato all'istituzione del Fondo e la costituzione di esso in un ente di fatto di cui all'art. 36 del codice civile; il secondo, successivo, che determinerebbe un mutamento della natura giuridica in «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato», di cui all'art. 38, comma 4, della Costituzione, a seguito del successivo recepimento della fonte istitutiva con una configurazione analoga «a quelle delle gestioni previdenziali già operanti presso l'ente pubblico». Ciò anche alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale secondo cui «l'art. 38, comma 2, della Cost. lascia piena libertà allo Stato di scegliere le strutture organizzative ritenute più convenienti al raggiungimento dei fini indicati (sent. n. 160 del 1974), né lo vincola, ove scelga la forma assicurativa, a improntarla ai presupposti e agli schemi delle assicurazioni private» (C. Cost. 2 marzo 1991, n. 100, in *GC*, 1991, I, 1115). Una impostazione quest'ultima che parrebbe modellarsi pienamente alle caratteristiche dei nuovi Fondi di solidarietà bilaterali (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale...* op. cit., 648).

Nei Fondi di solidarietà bilaterali di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92 è ravvisabile una marcata natura pubblicistica. Difatti, il comitato amministratore è nominato con un decreto del Ministero del lavoro che dura in carica quattro anni o per la diversa durata prevista dal decreto costitutivo. Il presidente del medesimo comitato è eletto dal comitato stesso tra i propri membri. Le deliberazioni del comitato amministratore sono assunte a maggioranza e, in caso di parità nelle votazioni, prevale il voto del presidente. Peraltro, è sancito che il collegio sindacale dell'INPS e il direttore generale del medesimo Istituto o un suo delegato, con voto consultivo, partecipa alle riunioni del comitato amministratore del Fondo. Particolarmente significativo si presenta poi il potere devoluto al direttore generale dell'INPS di sospendere l'esecuzione delle decisioni adottate dal comitato amministratore ove si evidenzino profili di illegittimità. In questo caso, il provvedimento di sospensione deve essere adottato nel termine di cinque giorni ed essere sottoposto, con l'indicazione della norma che si ritiene violata, al presidente dell'INPS; entro tre mesi, il presidente stabilisce se dare ulteriore corso alla decisione o se annullarla. Trascorso tale termine la decisione diviene esecutiva. Sotto questo profilo, la normativa pone attenzione «ai profili dell'equilibrio economico e dell'autosufficienza finanziaria dei fondi di solidarietà bilaterali» (TURSÌ A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, op. cit., 501 e ss.).

Rispetto ai fondi di previdenza complementare, lo schema si presenta diverso: in questi «la governance mira a realizzare forme di autogoverno, da parte dei destinatari di programmi previdenziali che sono espressione diretta di interessi collettivi negozialmente organizzati in un quadro di regole di garanzia e sotto il controllo di un organismo esterno indipendente» (TURSÌ A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 501), nei fondi di solidarietà bilaterali «non sussiste né un patrimonio..da far fruttare..né un diritto del singolo alla prestazione previdenziale» (SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del Welfare*, Padova, 2008, 96). Se questa è l'impostazione attinente alla soggettività dei fondi di solidarietà bilaterali, non può sorprendere che siano assenti indicazioni aventi ad oggetto l'obbligo di applicare il metodo elettivo nell'ambito del comitato amministratore ovvero il criterio della pariteticità. In specie, l'assenza di una rappresentanza bilanciata di diverse componenti priverebbe il fondo di pluralismo e finirebbe per mal conciliarsi con l'esigenza di assicurare un «sistema inteso ad assicurare adeguate forme di sostegno per i lavoratori dei diversi comparti» (art. 3, comma 4, legge 28 giugno 2012, n. 92). Pare allora condivisibile ritenere che, pur assente nella norma legale, siffatto principio «è affermato nella genesi dello strumento e, più precisamente nel coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali nell'imposizione della contribuzione a loro carico che finisce per tradursi in un intervento delle stesse nell'organo di gestione del fondo medesimo» (SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva*, op. cit., 96).

3. Nell'ambito degli ammortizzatori sociali contrattuali, l'elemento volontaristico – se interviene all'atto della sua istituzione – sicché sono le parti sociali che volontariamente definiscono i criteri, l'entità e le modalità di concessione degli interventi è assente nella fase immediatamente successiva, giacché non è richiesto né ai datori di lavoro né ai lavoratori alcuna manifestazione di adesione al Fondo. E ciò avviene anche dopo l'emanazione della legge n. 92 del 2012, giacché la connotazione vincolistica dei nuovi Fondi di solidarietà bilaterali ha di fatto escluso anche ogni margine di scelta in ordine alla loro istituzione da parte delle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative.

Difatti, l'art. 3, comma precisa che «l'istituzione dei fondi di cui al comma 1 [si tratta dei Fondi cd. ordinari] è obbligatoria per tutti i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di 15 dipendenti. Le prestazioni e i relativi obblighi contributivi non si applicano al personale dirigente se non espressamente previsto». Da questo punto di vista, la differenza si presenta non marginale rispetto ai fondi di previdenza complementare (e agli enti bilaterali) (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale ...*, op. cit., 643).

Il criterio della volontarietà negli ammortizzatori contrattuali interviene in un momento successivo, laddove si prevede che, ove il numero dei lavoratori in possesso dei requisiti soggettivi risulti superiore al numero degli esuberanti, si debba favorire la volontarietà da esercitare «nei termini e alle condizioni aziendali concordate». Esso finisce per incidere direttamente sulla posizione del datore di lavoro, il quale è obbligato ad applicare un criterio che può interessare specifici profili professionali e il cui esodo potrebbe essere causa di danno all'impresa, da un lato, ed è obbligato ad impegnarsi a non attivare le procedure di licenziamento collettivo, anche nei confronti del personale che non abbia aderito all'offerta e che quindi continui a rimanere in esubero, per almeno dodici mesi dall'accordo sindacale, dall'altro.

Sulla questione della volontarietà può offrire un utile esemplificazione il Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito, oggetto ora di adeguamento al modello generale per effetto della disposizioni contenute nella legge n. 92 del 2012 (cfr. SIGILLÒ

MASSARA G., *La disciplina intertemporale dei fondi bilaterali preesistenti*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 533 e ss.).

In particolare, l'obbligo del versamento dei contributi al Fondo discende in via automatica, a seguito del recepimento operato, dalla fonte regolamentare e non dal contratto collettivo che avrebbe, come è noto, un'efficacia limitata alle parti stipulanti. Al più, per individuare l'elemento volontaristico nel Fondo di solidarietà, occorre modificare l'angolo di osservazione verso la fase più propriamente dell'accesso alle prestazioni economiche, una volta intervenuto il relativo accordo aziendale (in ordine alle procedure di accesso, vedi NUNIN R., *L'accesso alle prestazioni del Fondo bancari e il sostegno alla formazione*, in *DPL*, 1998, 1537), al solo fine di evitare il ricorso ai licenziamenti collettivi (o per riduzione di personale). Più precisamente, l'elemento volontaristico interviene nella fase di selezione degli esodandi nell'ambito del più ampio numero degli esuberanti.

In questa accezione, la volontarietà si presenta come specificazione «delle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale», individuate nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 223/1991. Si mostra favorevole a tale criterio, DEL PUNTA R., *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *LD*, 1999, 403, 413. ROMEI R., *Le procedure di riduzione del personale nel settore ferroviario*, in *LD*, 1999, 349 – riferendosi al settore ferroviario – argomenta di un criterio che si presenta comunque omogeneo, tenendo conto, da un lato, dei principi in vigore nel nostro ordinamento e della disciplina sul prepensionamento di cui all'art. 27 della l. n. 223/1991, dall'altro. Ad ogni modo, per fruire delle prestazioni del Fondo (ordinarie, straordinarie ed emergenziali) si esige un accordo collettivo aziendale finalizzato ad amministrare la crisi temporanea o permanente dell'impresa in funzione di limite ai poteri datoriali, nell'ambito del quale individuare «una pluralità di strumenti secondo quanto indicato dalle normative vigenti in materia di processi che modificano le condizioni di lavoro del personale, ovvero determinano la riduzione dei livelli occupazionali» (articolo 7, comma 2, decreto ministeriale n. 158/2000). È con l'accordo che si stabiliscono, nell'ambito delle previsioni contrattualmente definite, le modalità di esodo rivolto a tutto il personale dipendente. Ai fini dell'individuazione dei lavoratori in esubero, le parti sociali hanno ritenuto di impiegare il criterio delle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale di cui all'articolo 5 della legge n. 223/1991 – come prevalenti rispetto a quelli legali residualmente applicabili (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive, in concorso tra loro) – allo scopo di giustificare e meglio specificare una più ristretta localizzazione della scelta, privilegiando quei lavoratori che, alla data stabilita per la risoluzione del rapporto di lavoro, risultino in possesso dei requisiti di legge previsti per aver diritto alla pensione di anzianità o vecchiaia – anche se abbiano diritto al mantenimento in servizio – prospettandogli, in prima battuta, la possibilità di aderire volontariamente alle prestazioni ordinarie, sempreché il numero dei lavoratori in possesso dei suddetti requisiti risulti superiore al numero degli esuberanti e, ove ancora superiore, di tenere conto del criterio sociale dei carichi di famiglia (art. 8, comma 1, decreto ministeriale n. 158/2000). L'accesso alla prestazione straordinaria avviene privilegiando, in via prioritaria, il criterio della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza, ovvero quello della maggiore età (art. 8, comma 2, decreto ministeriale n. 158/2000). Anche in questo caso, la volontarietà interviene ove il numero dei lavoratori in possesso dei suddetti requisiti risulti superiore a quello degli esuberanti, e, nel caso in cui tale numero risulti ancora superiore, la prevalenza è assicurata ai carichi di famiglia (art. 8, comma 3, decreto ministeriale n. 158/2000).

Tuttavia, occorre tenere conto degli effetti che le norme contrattuali riconnettono alla rinuncia al preavviso ed al successivo accesso volontario, con riferimento alle prestazioni straordinarie erogate dal Fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito. In particolare, la rinuncia al preavviso – che è posta a pena di decadenza dall'intervento straordinario – comporta acquiescenza al licenziamento, dovendosi così argomentare dal disposto di cui all'art. 10, commi 9 e 16, del decreto ministeriale n. 158/2000. In altre parole, essa presuppone che il rapporto si estingua, o possa estinguersi, per licenziamento, non avendo altrimenti senso prevedere l'esclusione del preavviso (che, come è noto, non opera in caso di risoluzione consensuale). Tant'è che in giurisprudenza si sostiene che ai fini del ricorso alla prestazione dell'assegno straordinario «è indifferente la forma giuridica attraverso cui si realizza l'estinzione del rapporto», trattandosi di disposizioni che si inseriscono «nel quadro di una normativa che, proprio con la previsione dei suddetti benefici, mira ad eliminare, per quanto possibile, l'eventuale contenzioso derivante dai processi di ristrutturazione aziendale, e, non a caso, chiama il datore di lavoro a partecipare finanziariamente all'erogazione dei trattamenti».

4. Secondo alcuni commentatori (LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *GDRI*, 1998, 53) negli ammortizzatori contrattuali il contratto collettivo assume un duplice rilievo: da un lato, si presenta come presupposto per l'emanazione del regolamento ministeriale, dall'altro come elemento essenziale per la definizione dei suoi contenuti predominanti. E' dunque, la natura regolamentare-pubblicistica della fonte istitutiva a sancire l'obbligatorietà *erga omnes* dei fondi di solidarietà e la conseguente idoneità a costituire rapporti giuridici contributivi (PANDOLFO A., MARIMPIETRI I., *Ammortizzatori sociali fai da te...*, op. cit., 121 e ss.).

Viene così risolto alla radice il delicato problema dell'efficacia soggettiva – e, in particolare, dell'applicazione del contratto collettivo alle sole parti stipulanti – nonché quello dell'insistenza della legislazione di rinvio, la quale delega alla fonte contrattuale una pluralità di compiti ovvero di funzioni (integrativa, concorrente, derogatoria). Secondo, PROIA G., *Il contratto collettivo fonte e le funzioni della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro organizzate dall'AIDLISS Foggia, Milano, 125 «il legislatore utilizza il contratto collettivo per integrare il precetto legale [...] sia quando l'autonomia collettiva è chiamata a specificare o attuare la tutela legale, sia quando essa è abilitata a derogare ad essa o comunque a manipolarla». Quello che un'altra dottrina (DEL PUNTA R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2006, 187), con riferimento al concorso di legge e di autonomia collettiva, definisce come «una sorta di staffetta tra le due fonti». Ciò non comporta che il ruolo della contrattazione collettiva sia «sussidiario» (SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali...*, op. cit.), rispetto alla legge. La fonte sindacale ha un ruolo «preponderante» dal momento che all'accordo di istituzione del Fondo di solidarietà spetta la definizione concreta dell'ambito di intervento dello strumento di sostegno del reddito.

Non pare potersi escludere l'istituzione di fondi di solidarietà «liberi o atipici» (così TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 482) ad opera della contrattazione collettiva, vale a dire fondi che non soggiacciono alle regole sancite dalla legge n. 92/2012 con l'unica conseguenza di sottrarsi al regime promozionale della legge del 2012, *in primis*, all'obbligo di versare la contribuzione correlata alla prestazione alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato. Peraltro, occorre rammentare che tale obbligo non grava sui fondi bilaterali puri o alternativi.

Infine, si aggiunga che la disciplina delle fonti dei Fondi di solidarietà non esaurisce la sua funzione di regolazione della materia ma si caratterizza anche per una valenza promozionale nei confronti dell'autonomia collettiva, sebbene meno efficace, rispetto agli altri strumenti della previdenza negoziata (sulla «forte» valenza promozionale delle fonti istitutive nella previdenza complementare vedi TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 192 ss.). In particolare, essa si manifesta nel rapporto tra la fonte contrattuale istitutiva e la fonte negoziale (aziendale/gestionale) a cui devolve il compito di veicolare gli esuberi attraverso l'adesione dei lavoratori all'accesso delle prestazioni, in linea di principio, in forma libera e volontaria.

5. Negli ammortizzatori sociali contrattuali è dato rilevare la presenza di disposizioni che si pongono nel solco delle linee di politica legislativa «che tendono ad introdurre un regime tributario agevolato per l'esodo dei lavoratori prossimi al pensionamento o le cui competenze sono diventate obsolete rispetto all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni» (SIGILLÒ MASSARA G., *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali...*, op. cit.). D'altronde, la logica dei fondi di solidarietà è quella «della sostituzione di prestazioni che il regime generale garantisce solo ai lavoratori subordinati che operano in determinati settori» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 514 e ss.) e non anche - a differenza del sistema di previdenza complementare – dell'integrazione di prestazioni pubbliche.

Ad esso si accompagna, almeno in linea di principio, anche un regime contributivo incentivante, dal momento che nei casi di erogazione delle prestazioni ordinarie e straordinarie (e integrative) i fondi di solidarietà bilaterali (ordinari e residuali) hanno rispettivamente l'obbligo e la facoltà di versare la «contribuzione correlata» alla prestazione alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato. In linea di principio, perché come efficacemente sostenuto in dottrina «l'obbligo di versare la contribuzione “correlata” anche in relazione agli assegni straordinari è stabilito in maniera solo eventuale dal comma 34; mentre il comma 24 è formulato in termini che sembrano vincolanti per le fonti istitutive...sebbene il dubbio vada sciolto, sul piano esegetico, dando la prevalenza, rispetto alla disposizione che enuncia le finalità dei fondi (comma 24), a quella che detta la disciplina specifica della prestazione in oggetto» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 517 e 518 e ss.).

6. Non mancano gli esempi in cui alle parti sociali viene assegnato il compito di impiegare lo strumento contrattuale per perseguire finalità ulteriori rispetto a quelle all'origine assegnate. Delle

funzioni *non standard* è possibile ora argomentare per i nuovi Fondi c.d. ordinari e residuali di cui rispettivamente all'art. 3, commi 4 e 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92, posto che il comma 11 del medesimo articolo stabilisce che essi possono perseguire ulteriori finalità quali: a) assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione dal rapporto di lavoro, integrativa rispetto all'assicurazione sociale per l'impiego; b) prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni; c) contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione europea.

Ad ogni modo, le potenzialità di tali strumenti contrattuali si presentano di estremo interesse: da un lato, contribuire al funzionamento degli ammortizzatori sociali nonché incidere sulla loro efficacia, anche attraverso strumenti capaci di promuovere (o favorire) l'inserimento o il reinserimento dei lavoratori nel circuito della produzione, dall'altro. Ciò «dipenderà anche dalla implementazione delle discipline di decentramento e di modernizzazione dei servizi per l'impiego» (TREU T., *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessarie*, in *Il diritto della sicurezza sociale: previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2004, 1, 10 ss), il cui aggiornamento è negli ultimi tempi continuo.

Sempre nell'ottica di devolvere ai Fondi bilaterali ulteriori compiti rispetto a quelli tradizionalmente assegnati l'art. 3, comma 17, della legge 28 giugno 2012, n. 92 ha stabilito in via sperimentale per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015 che l'indennità dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego di cui all'articolo 22 della medesima legge possa essere riconosciuta ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali che siano in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 23 e subordinatamente ad un intervento «integrativo» pari almeno alla misura del 20 per cento dell'indennità stessa a carico dei Fondi bilaterali cd. ordinari e alternativi. In ogni caso, la durata massima del trattamento non può superare novanta giornate da computare in un biennio mobile. Tuttavia tali disposizioni non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale, nonché nei casi di contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale (art. 3, comma 18, legge 28 giugno 2012, n. 92). Un esempio di «previdenza integrativa» dalla quale deriva il venir meno la possibilità di essere ammessi agli ammortizzatori in deroga in mancanza dell'integrazione economica dell'indennità di disoccupazione a carico dei Fondi di solidarietà (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, op. cit., 491).

Capitolo Terzo

I fondi sanitari integrativi

1. L'intervento del legislatore sulla materia dell'assistenza sanitaria integrativa si è inserito in un contesto caratterizzato da un elevato livello di indeterminatezza. E' stato osservato che la sanità integrativa si pone come «una forma implicita di razionamento posta a cavallo fra il diniego (l'esclusione dei potenziali beneficiari perché non idonei o perché i loro bisogni non sono abbastanza urgenti) e la diluizione (il servizio sanitario non è negato ma la sua intensità e la sua portata sono ridotte)» (BAGNOLI R., *Fondi integrativi. Perché non decollano*, in *Giornale delle Assicurazioni*, 2002, 27 e ss.). L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 stabilisce che «i fondi integrativi del sistema sanitario», intesi come *species* del più ampio *genus* «delle forme di assistenza sanitaria integrativa» sono finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza (ad esempio, ticket, assistenza domiciliare e residenziale, intramoenia, ecc.) e si pongono «in una condizione di ancillarità funzionale rispetto al servizio sanitario nazionale» (CANDIAN A. D., MAGNANI P., PETRONE V., VENTURINI L., *L'assicurazione nella sanità integrativa: i tipi e le forme collettive* in A. PEDONE, *La sanità in Italia*, Il Sole 24 ore, 2008).

A partire dal 2010 il legislatore, «preso atto dell'impossibilità del Servizio Sanitario nazionale di assicurare certe tipologie di prestazioni alle condizioni equitative del passato» (S. PACI, *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2, 552), ha delineato un nuovo quadro pubblico-privato nel quale convergono oltre i tradizionali fondi sanitari integrativi anche quelli, in precedenza esclusi, che forniscono prestazioni duplicative del Servizio Sanitario (con finalità, dunque, meramente assistenziali), ove rispettino alcune condizioni espressamente individuate dai D.M. 31 marzo 2008 e 27 ottobre 2009 (GELMETTI M., *Ambito di intervento dei fondi sanitari integrativi*, in *Enti non profit*, 10, 2008, 538).

Segnatamente i decreti in questione hanno adottato un approccio diverso e più conciliante rispetto a quello tradizionale: da un lato, si chiede ai fondi di comunicare alcune informazioni rispetto al loro assetto istituzionale e al loro funzionamento, nonché di destinare almeno il 20% delle risorse a due ambiti di assistenza tradizionalmente deboli del servizio sanitario nazionale (odontoatria, soprattutto dopo la definizione dei LEA nel 2001, e non autosufficienza); dall'altro, si ricompensa tale disponibilità con un'alta deducibilità fiscale dei contributi e dei premi versati (CAVAZZA M., DE PIETRO C., *Assetto istituzionale e scelte di gestione in sei fondi sanitari*, 2012, 213).

L'ampia gamma delle fonti istitutive ammesse dall'art. 9 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 [a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali; b) accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale; c) regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali; d) deliberazioni assunte da associazioni non lucrative nei settori dell'assistenza socio-sanitaria o dell'assistenza sanitaria o da società di mutuo soccorso riconosciute; e) atti assunti da soggetti pubblici e privati a condizione che contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti da selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti] testimonia la volontà del legislatore di realizzare diverse forme di tutela sanitaria (AA.VV., *I fondi sanitari integrativi. Quale futuro per la sanità italiana?*, Milano, 2003) così «da rompere la logica corporativa, cui in Italia da sempre sono state legate le esperienze di sanità integrativa» (CAZZOLA G., *La sanità liberata, Il mercato possibile per la tutela della salute*, Bologna, 1997, 64 e 74). E' stato osservato che con l'ampliamento della platea dei beneficiari è venuto meno «l'unico vincolo organizzativo inizialmente richiesto, ossia il requisito dell'assenza dello scopo di lucro, che in qualche modo costituiva una garanzia per gli assistiti» (TUBERTINI C., *Commento sub. art. 9*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 357 e ss.).

E' la fonte collettiva, o comunque contrattuale, a presentarsi prevalente: i fondi di categoria permettono «agli assicurati o potenziali tali di ridurre le asimmetrie informative, aumentare il potere contrattuale per la determinazioni delle prestazioni erogabili e abbattere i costi e al fondo di attivare economie di scala e ampliare il bacino degli utenti» (PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, in *RDSS*, 2007, 467). Secondo i dati forniti dal gruppo tecnico del Ministero della Salute nel 2009 risultano sottoscritti 23 rinnovi contrattuali con accordi di sanità integrativa che hanno dato luogo alla costituzione di fondi (Fasifat, Asdepp, Fasiv, Cadiproff, Fontour, Easi, Fasie, Ipa, Farmacie private, Cooper salute aster, Dipendenti della Regione Toscana, Fasiopen, Vigilanza privata, Dipendenti centri elaborazione dati, Grandi catene alberghiere, Alimentaristi). Nel 2010 i rinnovi contrattuali hanno sancito accordi di sanità integrativa con aziende quali: *Ducati, Granarolo, Gucci, Siemens, Finmeccanica, Sky, Campari, Mediaset, Luxottica*, e per le colf e badanti con regolare contratto. All'inizio del 2011 il rinnovo del contratto nazionale dell'artigianato ha previsto la costituzione di un fondo di sanità integrativa. Nel settembre 2011 anche per i dipendenti del mondo delle cooperative sociali il rinnovo del proprio contratto ha previsto a decorrere dall'anno 2013 l'attivazione della sanità integrativa. Infine, è dato segnalare che dal primo luglio 2010 è operativa la cassa Colf in ottemperanza da quanto sottoscritto dalle organizzazioni sindacali *Fisascat Cisl, Filcams Cgil, Uiltucs Uil* e dalle associazioni datoriali *Fidaldo, Domina e Federcolf*.

Lo schema impiegato è quello noto: la fonte legale devolve ai contratti e agli accordi collettivi, anche aziendali, poteri di normazione nella disciplina della sanità integrativa. Ciò significa che per i fondi sanitari integrativi, al pari delle forme pensionistiche complementari collettive, si ripropone il delicato problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo. D'altronde, le forme di assistenza integrativa sono da ricondurre «alla logica della previdenza complementare considerato che nell'originaria formulazione del decreto legislativo n. 517 del 1993 erano espressamente richiamati i principi del decreto legislativo n. 124 del 1993 (PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 295).

Tuttavia è opportuno operare una differenziazione tra la previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa. A fronte della nota distinzione dell'assistenza sociale dalla previdenza in ragione della sua struttura «universalistica e gratuita» (PERSIANI M., *Diritto della previdenza*, op. cit., 2006, 26), anche l'assistenza può essere pubblica o privata, ma essa rimane giustificata «non già da una diversità di fondamento bensì dal diverso modo in cui l'ordinamento ha valutato le esigenze dei cittadini rispetto a quello dei lavoratori» (PERSIANI M., *Diritto della previdenza*, op. cit., 2006, 28). Dunque in essa non è dato distinguere una retribuzione con funzione assistenziale da una assistenza contrattuale posto che quella assistenziale si presenta unicamente come «finalità capace di giustificare trattamenti giuridici da riservarsi a plurime e diverse strutture giuridiche, pubbliche o private, normative o negoziali» (TURSI A., *Welfare aziendale: profili istituzionali*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 223).

L'impossibilità di distinguere la finalità dalla natura giuridica ha consentito di superare alcune questioni che per converso resistono in ambito previdenziale. Così, riprendendo la copiosa giurisprudenza in

materia (cfr. Cass. Civ., 2 giugno 1995, n. 6173), con una nota del 21 dicembre 2006 il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale prot. 25/SEGR/0007573, rispondendo ad un'istanza di interpello avanzata dal Consiglio Provinciale dell'Ordine di Treviso ha chiarito che le clausole di contratto collettivo istitutive dei fondi di assistenza sanitaria integrativa (nella specie si trattava del fondo sanitario integrativo di natura contrattuale del settore terziario: fondo EST) presentano tutti gli elementi e le caratteristiche tali da rivestire natura obbligatoria. Ne consegue che anche la contribuzione prevista per il finanziamento al fondo e delle prestazioni sanitarie da erogare non rientrano nella parte economica e normativa del contratto collettivo. La questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo è stata superata imponendo alle parti datoriali di corrispondere in alternativa una retribuzione accessoria di natura compensativa al lavoratore, di importo più elevato rispetto a quella invece stabilita come contribuzione al fondo sanitario integrativo. Secondo alcuni, l'equivalente economico erogato dall'impresa diventa nella specie «un diritto individuale di natura contrattuale» (BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L., DE SANTIS G. (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 41 e ss.). Ad ogni modo, una siffatta retribuzione accessoria rientrava nelle clausole economiche e normative del contratto collettivo e, dunque, pienamente estensibili anche ai soggetti ad esso non aderenti. In questo modo, il lavoratore poteva ugualmente beneficiare, sebbene surrettiziamente, di una quota aggiuntiva per finanziare il fondo sanitario integrativo. Un'impostazione che ha ricevuto l'avallo del Ministero del Lavoro (circolare n. 43 del 15 dicembre 2010) che ha confermato l'obbligatorietà delle somme accessorie a carico del datore di lavoro e, dunque, di fatto legittimando l'alternativa all'iscrizione alle forme di assistenza sanitaria integrativa. Dall'elenco delle fonti si palesano soggetti, quali le associazioni non lucrative e le società di mutuo soccorso (disciplinate dalla legge 15 aprile 1886, n. 3818 che «realizzano forme di mutualità tra i soggetti, svincolate dallo schema dell'art. 38, secondo comma della Cost. e rientranti più propriamente in quello tipico del quinto comma del medesimo articolo. Senza trascurare che tra le fonti istitutive si presenta singolare anche quella regionale, posto che tale competenza si aggiunge a quella più generale di erogare la sanità di base (attraverso la determinazione dei predetti livelli minimi ed uniformi di assistenza), finendo, almeno in via potenziale, per generare «comportamenti opportunistici, spostando impropriamente oneri fra la prima e la seconda» (PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi...* op. cit., 539 e ss.). Dall'elenco delle fonti si palesano soggetti quali le associazioni non lucrative e le società di mutuo soccorso (disciplinate dalla legge 15 aprile 1886, n. 3818): in questi casi, i fondi «finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, definiti dal Piano sanitario nazionale», realizzano forme di mutualità tra i soggetti, svincolate dallo schema dell'art. 38, secondo comma della Cost. e rientranti più propriamente in quello tipico del quinto comma del medesimo articolo. Un modello, questo, che potrebbe fungere da apripista per la «previdenza cd. integrativa» di cui al nuovo art. 117, Cost., vale a dire di una previdenza privata non coincidente con la previdenza complementare (cfr. CIOCCA G., *Le prestazioni* in F. CARINCI, M. BESSONE (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004). Senza trascurare che tra le fonti istitutive si presenta singolare anche quella regionale, posto che tale competenza si aggiunge a quella più generale di erogare la sanità di base (attraverso la determinazione dei livelli minimi ed uniformi di assistenza), finendo in via potenziale per generare «comportamenti opportunistici, spostando impropriamente oneri fra la prima e la seconda» (PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi...* op. cit., 539 e ss.).

2. Si può rilevare come l'attenzione dedicata all'individuazione delle fonti istitutive non si riscontri per ciò che attiene altri indispensabili aspetti attinenti alle forme giuridiche assunte dai fondi sanitari integrativi. A differenza dei fondi di previdenza complementare e degli ammortizzatori contrattuali, la disciplina non contiene disposizioni specifiche che regolino tali aspetti definitivi e requisiti organizzativi. Secondo taluni commentatori, partendo dal dato letterale «fondi integrativi del Servizio Sanitario Nazionale», è possibile giungere alla conclusione della possibile riconduzione ad una struttura prevalentemente patrimoniale, analoga alla fondazione, quale potrebbe essere il patrimonio di destinazione separato nell'ambito del patrimonio dell'imprenditore di cui all'art. 2117, c.c. Tale lettura parrebbe avvalorata dall'impiego delle locuzioni contenute nell'art. 9, comma 8, lettere d ed e della medesima legge, posto che il riferimento «ai destinatari o ai sottoscrittori del fondo» - e non già gli iscritti - andrebbe interpretato come un segnale della volontà del legislatore di non privilegiare strutture nelle quali prevale l'elemento soggettivo, quali le associazioni non riconosciute ovvero le associazioni con personalità giuridiche. Secondo altri (BAGNOLI R., *Fondi integrativi. Perché non decollano*, op. cit.), il riferimento agli organi di amministrazione e controllo, contenuto nel comma 8, lett. b), dell'art. 9 del decreto legislativo n. 502 del 1992 lascerebbe invece ipotizzare una preferenza del legislatore per i

soggetti dotati di autonomia patrimoniale (cfr. anche PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, op. cit., 465 che argomenta di associazione non riconosciuta).

Nella disciplina dei fondi sanitari integrativi la presenza di disposizioni che ne delimitano l'applicazione, si giustifica con lo scopo di precludere comportamenti distorsivi e non coerenti con la rilevanza sociale attribuita ai fondi medesimi (CAZZOLA G., *La sanità liberata, Il mercato possibile per la tutela della salute*, op. cit.). In specie, trattasi degli obblighi: a) di impiegare la denominazione di «fondo integrativo del Servizio sanitario Nazionale» (art. 9, comma 2, decreto legislativo n. 502 del 1992); b) di non adottare meccanismi di selezione dei rischi (art. 9, comma 3, decreto legislativo n. 502 del 1992); c) di non operare in concorrenza con il Servizio sanitario nazionale (art. 9, comma 4, decreto legislativo n. 502 del 1992).

3. Anche nei fondi sanitari integrativi è confermato il modello della previdenza complementare: definita la cornice contrattuale che istituisce il fondo sanitario e reso operativo tale accordo con la materiale costituzione del fondo, è il lavoratore che sceglie se aderire al piano sanitario e sfruttare l'opportunità che la contrattazione collettiva ha determinato oppure rinunciarvi. Si è già riferito della soluzione adottata dalla contrattazione collettiva per ovviare alla mancata adesione della parte datoriale alle associazioni stipulanti (v. *supra* par. 1).

In questa sede occorre aggiungere che in dottrina si individua l'origine dell'eterogeneità esistente tra i diversi fondi sanitari nella modalità di adesione: questa in effetti implica «diversi livelli di *pooling* dei rischi individuali e ha conseguenze dirette sulle possibilità di avere problemi di selezione avversa (o autoselezione)» (LABATE G., TARDIOLA A., *La sanità integrativa in Italia*, in DE VINCENTI C., FINOCCHI GHERSI R., TARDIOLA A. (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011).

Mutuando l'esperienza della previdenza complementare, si fa riferimento alla differenza tra i cosiddetti fondi chiusi e i fondi aperti, dove i primi sono rivolti a categorie predeterminate di potenziali iscritti, mentre i secondi si rivolgono a soggetti indifferenziati o comunque non vincolano l'iscrizione a classi specifiche di persone. Ne discende che più i fondi sono rivolti a un pubblico indistinto di singoli iscritti, tanto più i rischi di autoselezione saranno rilevanti. In questa situazione, «i fondi dovranno definire condizioni e clausole di salvaguardia mantenendo franchigie, compartecipazioni alla spesa, massimali e carenze» (CAVAZZA M., DE PIETRO C., *Assetto istituzionale e scelte di gestione in sei fondi sanitari*, 191, 2012).

4. Sul versante della *governance* dei fondi sanitari è dato segnalare l'assenza di disposizioni legislative attinenti alla composizione degli organi di amministrazione e di controllo: le regole di funzionamento avrebbero dovuto essere emanate con un apposito decreto del Ministero della Salute che però non è mai venuto alla luce. Forte è il sospetto che «sia stata forte l'opposizione dei fondi esistenti alle nuove norme dal momento che avrebbero dovuto adeguare i propri statuti e regolamenti alle onerose norme introdotte dall'allora Ministero della Sanità» (PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN...*, op. cit., 468).

5. Il legislatore, avendo definito a decorrere dall'anno 2010, gli ambiti di intervento dei fondi sanitari integrativi e degli enti, casse e società di mutuo soccorso, fruiscono di incentivi fiscali due tipologie di fondi: a) i fondi integrativi del servizio sanitario nazionale i cui contributi versati sono deducibili dal reddito fino ad un massimo di euro 3.615,20; b) i fondi (enti, casse e società di mutuo soccorso) che coprono anche prestazioni fornite dal servizio sanitario nazionale ma che iscritti all'anagrafe rispettano i vincoli imposti (destinazione di una percentuale minima delle risorse raccolte a coprire tipologie di prestazioni che possono essere considerate integrative del servizio sanitario nazionale e iscrizione all'anagrafe dei fondi e trasmissione di una serie di informazioni sulle loro caratteristiche) possono godere dell'agevolazione tributaria di cui all'art. 51, del Testo Unico sulle imposte dei redditi da riferire alla determinazione del reddito di lavoro dipendente. Ne consegue che quest'ultima è utilizzabile «solo dai lavoratori dipendenti che possono aderire ai fondi e ne rimangono esclusi coloro che, pur svolgendo un'attività subordinata, non hanno un'istituzione collettiva di riferimento e i lavoratori autonomi» (PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, op. cit., 554 e ss.).

6. A differenza della previdenza complementare il sistema dei fondi sanitari integrativi non si basa sul principio della capitalizzazione bensì su quello tradizionale della ripartizione, vale a dire commisurando l'entità dei contributi da incassare in un anno all'entità delle prestazioni sanitarie che

nell'anno stesso si prevede dovranno essere erogate. Sull'opportunità di operare una modifica, non più ragionevolmente differibile, sul sistema a ripartizione, v. PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in DELL'ARINGA C., TREU T., *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 263 e ss.). Sotto questo profilo «non vale più il teorema di Aaron che nelle fasi demografiche di espansione, in cui le generazioni giovani sono più numerose di quelle anziane, identifica nella ripartizione il meccanismo più efficiente sia per spostare risorse nel tempo sia per finanziare coperture sanitarie universali... diventa, proponibile il ribilanciamento del finanziamento a ripartizione con iniezione di capitalizzazione reale» (PAMMOLLI F., *La sanità in Italia...*, op.cit., 265 e 266).

Da ciò si comprende come le forme integrative di assistenza sanitarie siano espressione di una solidarietà che deve necessariamente coinvolgere tutti i soggetti coinvolti, in modo da enfatizzare il connotato socio-assistenziale dei fondi. Così, mentre la previdenza sociale si orienta sul decollo della previdenza complementare e confida nell'aumento della produttività, pur nella consapevolezza che è destinata comunque a ridursi la proporzione tra la prestazione previdenziale e il reddito procapite, il settore sanitario si presenta più problematico, perché, a differenza della previdenza, non è un settore di trasferimenti diretti di risorse (MARIANI CASTELLI G., *Il ruolo delle forme integrative di assistenza sanitaria*, in DRI, 2000, 3, 265 e ss.).

Altra peculiarità del modello sanitario integrativo attiene alle modalità di vigilanza. In particolare, è dato segnalare, da un lato, la presenza di un'anagrafe dei fondi sanitari presso il Ministero della Salute, istituita dal decreto ministeriale del 27 ottobre 2009, avente lo scopo di raccogliere annualmente dai fondi una specifica documentazione (atto costitutivo, regolamento, nomenclatore di prestatore garantite, bilancio preventivo e consuntivo, modelli di adesione relativo al singolo iscritto ed eventualmente del nucleo familiare) nonché di un Osservatorio dei fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale e, dall'altro, la competenza delle Regioni in materia di vigilanza, ai sensi dell'art. 112, del decreto legislativo n. 112/1998, ove si tratti di fondi istituiti a livello regionale o infraregionali.

7. I fondi sanitari integrativi si sono mostrati renitenti nei confronti dell'autosufficienza. Secondo alcuni autori «la non autosufficienza potrebbe costituire un terreno privilegiato per verificare l'efficace operatività dei fondi sanitari integrativi, posto che i soggetti non autosufficienti potrebbero essere maggiormente affidati alle prestazioni individualizzate che possono essere erogate dai fondi» (PUTRIGNANO V., *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, op. cit., 472). Di contro, si fa notare che «non autosufficienza e *Long term care* sono condizioni strettamente legate all'età degli assistiti e diventano rilevanti soprattutto in età avanzata, quando gli assistiti sono tipicamente in pensione. Per questo motivo, si tratta di un'assistenza che mal si concilia con il funzionamento delle casse sanitarie aziendali o dei fondi originati nei contratti collettivi» (CAVAZZA M., DE PIETRO C., *Assetto istituzionale e scelte di gestione ...op. cit.*, 2012, 231).

In questo contesto è dato segnalare, per i fini di nostro interesse, che non mancano proposte di costituzione di una garanzia *Long Term Care* a favore degli iscritti a forme di previdenza complementare (cfr. ISVAP, *La non autosufficienza degli anziani: il caso italiano alla luce delle esperienze estere*, in ISVAP (a cura di), *Quaderno Isvap n. 11*, Roma, 2007). Peraltro, nel Libro Verde pubblicato nel 2009 dal Ministero del Lavoro si sottolinea che «le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro possono dare vita ad un robusto welfare negoziale, nella dimensione nazionale come in quella territoriale, organizzando una vera e propria cogestione diffusa dei servizi che danno valore alla persona» (MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro Verde sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009; MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Glossario per un nuovo welfare*, www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/libro_bianco/Glossario. Ultima consultazione: luglio 2009).

Capitolo Quarto

Il welfare aziendale (e territoriale)

1. Il welfare aziendale è generalmente inteso come l'insieme di *benefit* e servizi, forniti dall'azienda ai propri dipendenti «al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa, che vanno dal sostegno al reddito familiare, allo studio e alla genitorialità, alla tutela della salute, fino a proposte per il tempo libero e agevolazioni di carattere commerciale. Spazio crescente all'interno delle aziende, ma anche nelle amministrazioni pubbliche, è occupato dalla sfera del *work-life balance*» (MALLONE G., *il*

secondo welfare in Italia: esperienze di welfare aziendale a confronto, in *Working Paper-2WEL Percorsi di secondo welfare* n. 3, 2013, ISSN 2281-7921, 4). Si tratta di una nozione estremamente ampia che raccoglie, al pari della responsabilità sociale delle imprese, una «pluralità di prospettive metodologiche e disciplinari che spaziano dalla scienza politica all'economia, dal diritto all'etica» (TURSI A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e Responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006).

Ciò fa comprendere che se le «potenzialità di sviluppo del welfare privato... sono molteplici», esse «risentono del contesto sociale e istituzionale» (TREU T., *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 4). La libertà dei privati, sancita a livello costituzionale (artt. 18, 33, 38 e 39), di organizzarsi per finalità previdenziali, assistenziali, culturali e di istruzione avvalorata la convinzione che «lo sviluppo del welfare privato, e segnatamente di quello aziendale, non è posto in contraddizione con le basi del welfare pubblico; ma è legittimato ad arricchirlo, ampliando la capacità di risposta dell'intero sistema alla domanda di qualità sociale e al benessere delle persone» (TREU T., *Welfare aziendale. Migliorare la produttività...* op. cit., 5).

E' proprio l'eterogeneità dei beni e servizi che il welfare aziendale mira ad assicurare che rende difficile pervenire ad una nozione univoca in termini giuridici-contrattuali: si spazia dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione) al diritto non corrispettivo (es. diritto al *part time*, alla flessibilità oraria, al telelavoro), alle politiche *strictu sensu* retributive alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/*work-life balance*, politiche *family-friendly*). Più precisamente sul piano giuridico vanno ricondotte alla nozione di welfare aziendale: a) la previdenza e l'assistenza integrativa e/o complementare, comprensiva della previdenza complementare disciplinata dal decreto legislativo n. 252 del 2005; b), l'assistenza sanitaria integrativa disciplinata dall'art. 9, decreto legislativo n. 502/1992; c) gli ammortizzatori sociali contrattuali di cui alla recente riforma del mercato del lavoro; d) le forme di retribuzione non monetarie (*fringe benefits*, retribuzione in natura, beni e servizi aziendali per la generalità dei dipendenti o loro familiari) (TREU T., *Welfare e benefits. Esperienze aziendali e territoriali...*, op. cit.).

2. Gli interventi di welfare possono essere soddisfatti ricorrendo al modello dell'iniziativa unilaterale del datore di lavoro, il quale di fronte ad una richiesta di bisogni di diverso genere e natura, giunge alla conclusione di costruire un piano di welfare modellato ad immagine dei bisogni previdenziali e sociali dei dipendenti della propria azienda. Trattasi di un modello che cede il passo a quello della contrattazione collettiva, specie aziendale, collocandosi quest'ultima come «un segnale di svolta negli orientamenti delle maggiori organizzazioni sindacali» (DEL CONTE M., *Il welfare aziendale in un terzo delle imprese*, in *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2011, 10) ovvero come di «un nuovo terreno di confronto tra le parti sociali che può contribuire alla qualificazione e allo sviluppo della contrattazione decentrata in un'ottica di relazioni industriali rinnovate...» (REGALIA I., *La protezione sociale del lavoro come tema delle relazioni industriali* in *Riv. Pol.e Soc.*, 3, 2012, 27).

Su un altro versante, sebbene parallelo, si pone il ricorso ai c.d. contratti di rete. In linea generale, con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato (art. 3, co. 4 *ter*, decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con legge 9 aprile 2009, n. 33 e successive modificazioni) (In dottrina, v. CAFAGGI F. (a cura di), *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali – Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004; CAMARDI C., *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contratti*, 10, 2009; DI LIZIA A., *(Contratto di) Rete di imprese, Rassegna e clausole contrattuali*, in *Notariato*, 3, 2012). Con tale schema contrattuale è possibile realizzare una forma di cooperazione interaziendale, incentivata dal legislatore con vantaggi fiscali, per unire competenze ed esperienze e ottenere vantaggi di scala sulla materia del welfare, come del resto dimostrano alcune recenti evidenze empiriche (MALLONE G. *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale* in F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013, 19 e ss.).

Infine, un altro esempio di welfare che però presenta la peculiarità di essere interamente autofinanziato dai lavoratori della pubblica amministrazione, dedicato a favore di giovani, anziani, e altri soggetti, e che offre una variegata tipologia di prestazioni con l'obiettivo di promuovere il benessere individuale e collettivo, è contenuto nell'art. 1, comma 245, legge 23 dicembre 1996, n. 662 e nel decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro, del 28 luglio 1998, n. 463.

Un esempio, neppure tanto recente, di ricorso alla mutualità che palesa una soluzione affine a quella di recente prospettata dal legislatore a favore degli enti previdenziali di diritto privato intesa a autofinanziare, sia pure con diverse modalità, misure e interventi di «welfare professionale» (cfr. SQUEGLIA M., *Enti di diritto privato e "welfare professionale"* in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il lavoro riformato*, Milano, 2013, 423 -438).

3. Negli ultimi anni è dato rilevare il tentativo di recuperare sul piano delle relazioni industriali la progressiva perdita di acquisto dei salari mediante la contrattazione di un'ampia gamma di prestazioni e di servizi che vanno dalla previdenza alla sanità integrativa, al sostegno del reddito in caso di sospensione del lavoro fino ad arrivare a veri e propri pacchetti integrati di welfare contrattuale e aziendale (LEONARDI S., ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv. Politiche Sociali*, op. cit., 80 e ss.). Sotto questo profilo, le iniziative di welfare costituiscono ormai un contenuto frequente della contrattazione aziendale e possono diventare una vera e propria frontiera della innovazione sulla Relazioni Industriali specie decentrate» (TREU T., *Welfare e benefits. Esperienze aziendali e territoriali...*, op. cit., 11).

Sebbene talune tipologie di welfare contrattuale (tipicamente la previdenza complementare e gli ammortizzatori contrattuali) trovino il loro terreno di elezione nel livello contrattuale nazionale, il livello naturale delle forme di welfare aziendale resta la dimensione decentrata: datoriale/aziendale, ma anche quella territoriale con riferimento alle piccole imprese (TREU T., *Welfare e benefits. Esperienze aziendali e territoriali...*, op. cit.). Difatti, «la tutela degli interessi dei lavoratori costituisce una tipica funzione della contrattazione collettiva, con la facoltà della stessa di travalicare gli aspetti della diretta regolamentazione dei rapporti di lavoro. Il principio di libertà sindacale sorregge anche l'ampliamento delle materie oggetto di negoziazione oltre quelle tradizionali, tanto che alla luce di diffuse realizzazioni si parla di una funzione istituzionale dei contratti collettivi» (PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 4 op. cit., 87 e ss.).

Rispetto ad altri paesi europei nei quali alla «contrattazione collettiva nazionale e/o decentrata viene delegata anche la funzione di creazione di schemi di welfare privato utile a integrare prestazioni a base pubblicistica, l'Italia si pone in una posizione mediana tra welfare privato mutualistico-settoriale (enti bilaterali con finalità previdenziali) e welfare privato aziendale» (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio e comparazione in Working Paper MEFOP n. 33*, 2013, 2).

In sostanza, al modello definito «eso-aziendale o interaziendale» ove ove generalmente una istituzione bilaterale, con funzione gestionale del welfare privato, diviene punto di attrazione di più contratti collettivi nazionali o territoriali, ricollegabili a settori vari si contrappone quello «endo-aziendale» che è perimetrato dall'azienda (o gruppo) in cui viene introdotto e nel quale non si pongono problemi sulla vincolatività del datore di lavoro e dei lavoratori alle clausole istitutive e ai conseguenziali obblighi contributivi (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa...* op. cit., 2013, 4).

Il welfare aziendale si rivela come una sorte di «catalizzatore della contrattazione decentrata», anche territoriale e quindi quale «terreno elettivo di sperimentazione di quel decentramento da tempo predicato e da ultimo anche pragmaticamente assunto a scelta strategica degli attori delle relazioni industriali con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011» (TURSÌ A., *Il welfare aziendale: profili istituzionali...*, op. cit., 229).

Oltre alla contrattazione aziendale – si pensi ad esempio al noto «caso Luxottica» (v. CARAGNANO R., *Un nuovo modello di welfare aziendale: l'esperienza Luxottica* in *DRI*, 20, 4, 1171-1175) o Tetra Pak o Eni (v. DE FILIPPO A., *Diffusione, buone pratiche e casi di successo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 163 e ss.) – anche la contrattazione territoriale si sta muovendo in tale direzione: basti menzionare l'accordo quadro interconfederale per il rinnovo dei contratti regionali dell'artigianato in Lombardia del 15 febbraio 2012 che istituisce un fondo per il welfare o la legge regionale Lombardia n. 7 del 2012 che promuove la realizzazione di forme organiche e stabili di welfare aziendale e nel contempo a incrementare la produttività dei salari attraverso forme innovative di flessibilità organizzativa del lavoro. Non va trascurato che un insieme di interventi e di misure di ispirazione mutualistica, finanziati dalla contribuzione volontaria del datore di lavoro, gestiti pariteticamente e in piena autonomia delle parti attraverso l'istituzioni di enti e fondi interprofessionali o di categoria (LEONARDI S., ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 80 e ss.). La bilateralità rappresenta il tentativo di favorire la cogestione del welfare per il tramite sempre più estensivo dell'autonomia collettiva rappresentando una sorte di categoria «idealtipica» entro la quale rientrano

molte cose diverse fra loro per ambiti di intervento, fra i settori e fin dentro i settori, nei territori (LEONARDI S., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo* in *GDRI*, 26, 103, 443 e ss.).

La bilateralità si pone come «un sottosistema del sistema di relazioni industriali» in quanto affianca, ma non sostituisce, gli altri strumenti dell'azione sindacale quali lo sciopero, la contrattazione collettiva, ecc. (LEONARDI S., ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo...*, op. cit., 82 e ss.). Il modello della bilateralità – intendendo per tale l'individuazione di enti o fondi a seconda della messa a disposizione di risorse finanziarie e presentandosi intersettoriali, settoriali, aziendali, multiscopo, monoscopo, multilivello – ha interessato la previdenza complementare, l'assistenza sanitaria integrativa, la mutualizzazione degli obblighi retributivi, il sostegno al reddito nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, interventi integrativi dell'AspI nei casi di crisi aziendali e occupazionali, accesso al microcredito, formazione professionale, politiche per la salute e la sicurezza sul lavoro.

D'altronde, gli enti bilaterali possono utilmente operare per assicurare taluni servizi e prestazioni di carattere sociale che in un tessuto di piccola e media impresa come italiano, risultano più efficaci se forniti a livello territoriale (LAI M., *Appunti sulla bilateralità* in *DRI*, 4, 1036 e ss.).

4. Sotto la spinta di una crescente domanda di servizi da parte dei lavoratori e alla luce delle significative agevolazioni fiscali riconosciute dalla normativa vigente, un numero crescente di imprese sta arricchendo il sistema di welfare aziendale a disposizione dei propri dipendenti, adottando sempre di più una politica di «total reward», nell'ambito della quale strumenti di tipo monetario (salario e retribuzione variabile) sono affiancati da strumenti non monetari (benefit e servizi) per perseguire obiettivi di ottimizzazione fiscale e contributiva, di fidelizzazione, motivazione e attrazione delle risorse umane e di costruzione di una solida e duratura *corporate identity*. In quest'ottica il «total reward», si configura come il corrispettivo per una serie di aspettative che le persone riversano nel rapporto di lavoro e che vanno oltre la semplice componente monetaria (TREU T., *Welfare e benefits. Esperienze aziendali e territoriali*, op. cit.).

Basti riflettere sui modelli innovativi di *welfare* privato, chiamati in gergo anche «*Cafeteria benefits*», che «entrano prepotentemente nella prassi aziendale, soprattutto transnazionale, e trovano sviluppo in forma di *vouchers*, *crèche facilities*, beni/servizi alla persona e dal nucleo familiare del lavoratore, servizi ai figli, borse di studio, *wellness*, *flex-time*, periodi sabbatici, prestiti agevolati, palestra, vacanze, tempo libero, etc., contrattualizzati o unilateralmente (volontariamente) erogati dal datore di lavoro» (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa...* op. cit., 5).

Da questo punto di vista «il *total reward* tende a diventare, da forma di remunerazione del lavoro, forma o modalità di lavoro stesso che può avvalersi del sostegno (o assistenza) pubblico, integrato o sostituito da politiche aziendali ad hoc» (TURSI A., *Il welfare aziendale: profili istituzionali...*, op. cit., 217 e ss.). Difatti, tra i protagonisti del welfare aziendale un ruolo importante è rivestito dalle imprese, che hanno potenzialità in termini di risorse economiche e organizzative per implementare quelle politiche aziendali a favore della sostenibilità – sociale e ambientale – che rientrano oggi nell'ampio concetto di *corporate social responsibility* (European Commission 2001). Gli strumenti a disposizione delle imprese consistono nell'erogazione di forme di retribuzione non monetarie che si presentano legate ad una natura liberale ovvero da specifiche finalità sociali o finanche alla corresponsione diretta di beni e servizi a carico dell'azienda (FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi* in *RDSS*, 11, 3, 663 e ss.).

5. La conversione del premio di risultato in beni e servizi incentiva da un lato il coinvolgimento attivo dei lavoratori nel raggiungimento di determinati obiettivi aziendali, dall'altro sfrutta le incentivazioni riconosciute dalla disciplina fiscale (MALLONE G., *il secondo welfare in Italia: esperienze di welfare aziendale a confronto...*, op. cit., 18).

In specie, siffatte forme di retribuzione godono di un regime incentivante per effetto delle previsioni contenute nell'art. 51 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, in materia di determinazione del reddito da lavoro dipendente, che individua diverse fattispecie: a) retribuzione in natura assoggettata a franchigia fiscale (art. 51, comma 3); b) utilizzazione, da parte dei dipendenti o dei loro stretti familiari, di opere e servizi per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, volontariamente offerti dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti (art. 51, comma 2); c) somme, servizi, prestazioni erogate dal datore di lavoro per asili nido, colonie climatiche, borse di studio per familiari dei dipendenti (art. 51, comma 2, lett. f) bis); spese sanitarie (art. 51, comma 2, lett. h); g) contributi alla sanità integrativa (art. 51, comma 2, lett. a).

La peculiare costruzione fiscale esistente in Italia (art. 51, comma 2, lett. f, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) distingue tra beni/servizi erogati in assenza di obbligo di contratto collettivo e beni/servizi erogati

in forza di norma di contratto collettivo, con esclusione dal reddito ai fini fiscali/contributivi della prima ipotesi e non della seconda (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa: casi studio e comparazione*.... op. cit., 5). Si aggiunga che l'art. 100 del medesimo Testo Unico riconosce specifiche incentivazioni fiscali ove si tratta di oneri sostenuti per finalità di utilità sociale.

A parità di costo per il datore di lavoro, il beneficio netto per il lavoratore derivante dall'erogazione di prestazioni sotto forma di *benefit* è largamente superiore a quello generato dall'erogazione dell'importo corrispondente alla retribuzione di risultato. In taluni casi, poi, a tale vantaggio si aggiunge quello per l'impresa, che si vede ridurre o annullare gli oneri contributivi a proprio carico. Le interpretazioni estensive confermate dall'Agenzia delle Entrate con riferimento alle somme erogate per frequenza di asili nido e colonie climatiche da parte dei familiari dei dipendenti, nonché per borse di studio, e agli oneri di utilità sociale hanno ulteriormente ampliato le opportunità a disposizione delle imprese e dei lavoratori.

Così «in un modello ideale di regolazione, dovrebbero essere in primo luogo leggi di carattere sostanziale a riconoscere il rilievo sociale di ulteriori forme di risposta organizzata da privati a bisogni socialmente rilevanti. Accade, tuttavia, che tale rilievo viene riconosciuto da leggi che prevedono regimi contributivi e fiscali di favore. Il che, ovviamente, non è poco» (PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*op. cit., 81 e ss.).

6. È interessante notare che – fatta eccezione per la previdenza complementare e per qualche progetto ancora allo studio sul tema della non autosufficienza – la maggioranza dei *benefit* riguarda il supporto alle famiglie con figli e la tutela della salute, concentrandosi dunque sulle prime due fasi della vita. Anche rispetto al grande tema della conciliazione tra vita familiare e lavorativa l'offerta è molto variabile in termini di impegno aziendale, andando dalle convenzioni con le strutture al contributo economico, per arrivare fino a programmi di flessibilità lavorativa per i genitori (MALLONE G., *il secondo welfare in italia: esperienze di welfare aziendale a confronto*, op. cit., 18).

Ad ogni modo il raggio di azione del welfare aziendale si presenta molto più ampio rispetto a quello che la «previdenza contrattuale» mira ad assicurare. Così alle prestazioni sanitarie si sono accompagnate i i servizi di assistenza alle persone...le misure per la conciliazione fra lavoro e vita privata e per la condivisione dei ruoli nella famiglia... le iniziative di sostegno all'istruzione e all'educazione, anzitutto per i giovani, ma anche per diffusione dell'educazione degli adulti» (TREU T., *Welfare e benefits. Esperienze aziendali e territoriali*, op. cit., 11 e 12).

Pertanto, il welfare si coniuga anche con forme di controllo indiretto del lavoro, generando nuove forme di rischio per il benessere della persona che possono rientrare nel tema del danno non patrimoniale e dello stress-lavoro correlato (TURSÌ A., *Il welfare aziendale: profili istituzionali*, op. cit., 218 e ss.).

Senza trascurare che «lo schema di welfare privato che si concretizza nei c.d. *Cafeteria benefits* può essere posto in correlazione alla nozione di «*total remuneration*», la quale è riferibile ai contenuti a forte rilievo sociologico-gestionale di retribuzione. In questi casi, la attenzione sull'osservazione secondo cui la retribuzione nel nuovo contesto delle relazioni lavorative assurge a principale strumento gestionale delle risorse umane, mediante il quale si pone mano all'organizzazione (o a una certa organizzazione) scientifica del lavoro» (FAIOLI M., *Welfare privato in Europa*...., op. cit., 15 e ss. che indica il welfare privato di Google Inc. e il sistema dei *voucher* servizi come specie di cittadinanza transnazionale di welfare privato).

PARTE SECONDA

LA «PREVIDENZA CONTRATTUALE»: UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

Nella seconda parte ci si interroga sulla riconducibilità della previdenza complementare, degli ammortizzatori contrattuali, dell'assistenza sanitaria integrativa e del *welfare* aziendale ad una nozione unitaria di previdenza, da noi definita, «contrattuale». Un modello che si presenta, per un verso, privatistico, quanto a genesi, contenuto e struttura e, per un altro verso, pubblicistico quanto ad obiettivi e finalità.

Capitolo Primo

Il concetto di «previdenza contrattuale»

1. La prevalente impostazione della dottrina (PESSI R., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale* in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte III Milano, 2004, 3203 e ss.; SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 5, 2010, 509 e ss.) vuole che il sistema previdenziale sia articolato in «quattro cerchi concentrici, dei quali solo i primi tre insistono su bisogni socialmente rilevanti». Se i primi due cerchi - relativi a «bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati» - sono occupati dal sistema di tutela pubblico dal momento che il primo coincide con la garanzia del minimo vitale (comma 1, dell'art. 38 Cost.) e il secondo si identifica con il trattamento minimo per un'esistenza libera e dignitosa (comma 2, dell'art. 38 Cost.), il terzo cerchio è riferibile al bisogno presunto del mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa che originariamente ricoperto dalla previdenza pubblica è stato gradualmente ceduto alla previdenza complementare. Questi tre cerchi sono stati in passato occupati dalla previdenza pubblica; anche là dove questa occupazione non era integrale «il sistema si poneva in tensione per occuparli; ora, al contrario il sistema dichiara esplicitamente di voler ridurre la presenza del terzo cerchio, ritenendo che la migliore utilizzazione delle risorse disponibili si realizzi migliorando gli *standards* e quindi ampliando il perimetro dei primi due cerchi» (PERSIANI M., *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in ASAP-INTERSIND, *Lavoro, La giurisprudenza costituzionale, 1956-1986*, I, Roma, 1987, 93 e ss.).

Rimane, il quarto cerchio che è devoluto alla previdenza privata, dal momento che va ad insistere su bisogni meritevoli di tutela, ma privi del carattere della rilevanza sociale (comma 5 dell'art. 38).

La ricostruzione del sistema previdenziale appena descritta, nel giustificare il sistema di limitazioni e vincoli imposto dal legislatore con le riforme degli anni '90, presupponeva una visione dello Stato che da «gestore» si proponesse anche come «regolatore» delle componenti private del sistema, funzionalizzandole, in una logica di complementarità, alla realizzazione di quelle garanzie ora da lui dismesse (TREU T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, 753).

Pare così condivisibile l'opinione di chi ha individuato nel processo di funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica (realizzato dal legislatore con le riforme pensionistiche degli anni '90 e avallato dalla Corte Costituzionale con una serie di pronunce espressive di un indirizzo consolidato), il risultato di una scelta politica di carattere contingente, tesa a soddisfare esigenze di tipo transitorio, identificabili nella necessità di compensare la diminuita effettività della tutela previdenziale pubblica, e come tali estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale disegnato dal legislatore costituzionale (PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *GDLRI*, 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara, 11/13 maggio 2000, 222 e ss.). Secondo le previsioni di tale dottrina, proprio il carattere transitorio della premessa giustificativa dell'istituzione di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, avrebbe, con l'evoluzione stessa del sistema di previdenza complementare e più in generale del sistema di welfare, fatto perdere attendibilità a tale prospettazione ricostruttiva. In specie, sarebbe venuta meno l'esigenza di una disciplina legislativa che condizioni alla previdenza pubblica quella privata in termini di finanziamento e prestazioni e quest'ultima sarebbe tornata ad essere

necessariamente libera, nonché assoluta prerogativa dell'autonomia collettiva (PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, op. cit., 222 e ss.).

Oltre i confini di quella complementare, la previdenza si può presentare anche integrativa e finanche sostitutiva, rientrando rispettivamente nell'alveo del quinto comma dell'art. 38 ovvero del secondo comma del medesimo articolo: nel primo caso sono da annoverare gli interventi integrativi all'ASpl operati dai fondi di solidarietà bilaterali ordinari e alternativi (art. 3, comma 17, della legge n. 92 del 2012); nel secondo si individuano gli ammortizzatori contrattuali che intervengono nei settori non coperti dalla cassa integrazione guadagni straordinaria a favore delle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, commi 4 a 18, della legge 28 giugno 2012, n. 92) (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino, 2013,; G. SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 36 e ss.; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi ...op.cit.*, 2012, 643 e ss.).

A differenza della previdenza, l'assistenza sociale di cui all'art. 38, comma 1 della Cost., si pone come il complesso delle attività che l'amministrazione pubblica svolge per il fine della protezione sociale avendo quale fine quello della solidarietà allocata a livello generale e di sottrarre i bisognosi dallo stato di indigenza. Essa è riferita a soggetti tendenzialmente incapaci di inserirsi a pieno ritmo in un ciclo produttivo, garantendo prestazioni che costituiscono un *minus* rispetto a quelle previdenziali. In questa fattispecie si prescinde dai requisiti in ordine alla struttura del finanziamento, ma «è logico che il sistema non possa reggersi su contributi degli stessi assistiti, per definizione pressoché inidonei a generare con continuità i redditi» (TRANQUILLO T., *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1995, 71 e ss.). In linea generale il modello essa è realizzata secondo un modello di tutela residuale in quanto la platea dei beneficiari è selezionata sulla base di precisi requisiti cui è subordinato il diritto alle prestazioni assistenziali: inabilità al lavoro e mancanza di mezzi di sostentamento, accertata per il fatto di possedere redditi inferiore ad una certa predeterminata (MAZZIOTTI F., *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 1998).

Ebbene a fronte di una tutela che si presenta «universale ed indifferenziata» (PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960), anche l'assistenza sociale può trovare legittimazione attraverso l'intervento dei privati (art. 38, 5° comma, della Cost.): basti riflettere che originariamente l'assistenza ai poveri veniva assicurata esclusivamente da associazioni di carità), sebbene essa – differenziandosi dalla previdenza – non è caratterizzata dal vincolo di destinazione di risorse personale a copertura di bisogni futuri né è legata alla tipicità dell'evento tutelato (ad esempio, la vecchiaia o la malattia), né dalla presenza di un diritto soggettivo a favore del destinatario degli interventi ma semplicemente di interesse legittimo. Ciò contribuisce a spiegare le ragioni che sussistono dell'assenza di un obbligo datoriale, a fronte di una previsione collettiva e negoziale, di contribuzione ad un fondo sanitario integrativo, a differenza di quanto avviene nell'ambito della previdenza complementare.

Ad ogni modo, l'ordinamento mostra di accogliere l'idea di una funzione sociale della previdenza complementare (o integrativa) in quanto adotta regole dirette a promuovere o incentivare l'adesione ad essa da parte dei lavoratori attraverso un regime fiscale incentivante. In tale ambito assume valenza l'art. 47 della Costituzione, posto che il risparmio, «in tutte le sue forme», deve necessariamente costituire oggetto di una specifica tutela da parte della Repubblica. E accanto, a questo principio costituzionale, stabilito da una norma che la dottrina prevalente ha definito da sempre come norma di natura programmatica ed a carattere generale (CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, nota 5, 34), la Costituzione, nella versione novellata per accogliere la riforma del Titolo V, individua nel legislatore statale l'organo competente a disciplinare sia la materia della tutela del risparmio sia, più in generale, quella della previdenza e dei mercati finanziari. Ebbene, la circostanza che il risparmio possa essere finalizzato ad un obiettivo previdenziale, e come tale oggetto di incentivazioni di natura fiscale, è che deve trattarsi di un «risparmio vincolato del quale il soggetto non abbia la disponibilità» (GUERRA C., *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, n. 2, 2001, 7).

L'esempio noto è quella previdenza complementare: il soggetto, nel momento in cui manifesta l'adesione ad un piano previdenziale, accetta dei vincoli che «gli impediscano di assumere, anche nei momenti successivi, comportamenti «miopi o sleali» [...] in analogia con l'agevolazione concessa al risparmio forzoso attuato con il sistema pubblico e diversamente rispetto ad altre forme di risparmio non considerate altrettanto meritorie o degne di incentivo». Vincoli individuabili nell'adesione ad un piano pensionistico che deve protrarsi per un numero di anni non inferiore ad un minimo prefissato, nel raggiungimento di una certa età, anagrafica o contributiva per la fruizione dei benefici, nella corresponsione, sotto forma di vitalizi, in ordine alla tipologia di prestazioni (GUERRA C., *La previdenza*

complementare deve essere incentivata..., op. cit., 12; GALLO F., *Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 563 e ss.).

Un risparmio non disponibile che va opportunamente differenziato da quello destinato ad un determinato fine ovvero «per la soddisfazione di determinati bisogni il cui appagamento è compito già della previdenza obbligatoria» (PESSI R., *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2002, 664). E' dunque l'indisponibilità, che presentandosi «passiva e oggettiva... di un vincolo diverso e preliminare rispetto al vincolo di scopo (di carattere dichiaratamente teologico) teorizzato da una certa dottrina come elemento identificativo della fattispecie» (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale...*, op. cit., 111), a costituire il tratto essenziale del risparmio previdenziale, peraltro riscontrabile anche nella legislazione degli altri paesi occidentali.

2. La transizione verso un assetto previdenziale «multipilastro» che ricomprenda fondi pensionistici, sanitari, di solidarietà bilaterali e di welfare pare giustificarsi dall'analisi dei fattori che rendono vulnerabili gli attuali schemi di tutela dei sistemi previdenziali «mono-pilastro» (pubblici ed universalistici). Sotto questo profilo, l'art. 38 della Cost. mostra una evidente genericità rispetto al metodo ed agli strumenti di perseguimento delle finalità di sicurezza sociale.

A ben vedere, si tratta di «una scelta non casuale: nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente emerge chiaramente la volontà di non attribuire rilevanza costituzionale all'assetto organizzativo ed istituzionale della previdenza e dell'assistenza sociale e ..di non predeterminare alcuna regola di funzionamento, lasciando così spazio al legislatore ordinario ...allo scopo di determinare le misure concrete e gli assetti normativi idonei a realizzare le finalità di protezione sociale» (HERNANDEZ S., *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972; BORIA P., PURI P., *Welfare e previdenza: il benessere dietro l'angolo*, Roma, 2012, 62).

Nel Libro pubblicato dal Ministero del Lavoro nel 2009 si legge che «...lo sviluppo del pilastro privato complementare è un passaggio essenziale per la riqualificazione della spesa e la modernizzazione del nostro welfare. [...] lo sviluppo dei fondi su base contrattuale, delle forme di mutualità, delle assicurazioni individuali o collettive può essere la risposta alle limitate risorse pubbliche e alla domanda di accesso a maggiori servizi. In particolare, le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro possono dare vita a un robusto welfare negoziale [...] sanità integrativa, *long term care*, salute e sicurezza nel lavoro [...], nella dimensione nazionale come in quella territoriale, organizzando una vera e propria cogestione diffusa dei servizi che danno valore alla persona. Si tratta di esperienze già avviate e che meritano tuttavia sostegni maggiori in funzione del conseguimento di idonei livelli di massa critica. [...]» (MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro Verde sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009).

D'altronde il modello classico di sicurezza sociale, fondato su uno schema mutualistico improntato ad una logica di solidarietà generale, ha denunciato nel corso del tempo una serie di evidenti limiti, quali l'inadeguatezza delle prestazioni sociali, ed in specie quelle previdenziali, rispetto allo standard di dignità e libertà personale del lavoratore, e la frammentazione dei regimi assistenziali e previdenziali che appaiono largamente variabili e differenziati per le varie categorie di lavoratori (BORIA P., PURI P., *Welfare e previdenza...* op. cit., 67 e 68).

Esaminando quello pensionistico obbligatorio emerge che: a) la spesa pensionistica assorbe una quota rilevante del prodotto interno lordo; b) il modello di gestione a ripartizione manifesta squilibri tra l'ammontare dei contributi riscossi e la spesa per le prestazioni erogate; c) il ricorso a metodi di calcolo retributivo delle prestazioni pensionistiche obbligatorie risultano alla base del consistente aumento della spesa per la vecchiaia (cfr. TREU T., *Una revisione strutturale del sistema pensionistico*, in C. DELL'ARINGA, T. TREU (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 293 e ss.).

Su un altro versante, quello degli ammortizzatori sociali pubblici, è «il presupposto del rischio» a renderne critica la sostenibilità dal momento che essi sono imposti e riconosciuti per l'inattività con o senza prospettive di ripresa. Tuttavia, si osserva che la previsione costituzionale di tutela universale degli ammortizzatori pubblici non impone l'obbligo di «fiscalizzare, ponendo a carico dell'intera collettività i rischi causati dall'attività economica...ma neanche «vuol dire ...in negativo, evitare esclusioni per fatto esterno, come la carenza finanziaria» (MISCIONE M., *Ammortizzatori sociali per razionalizzare*, in *LG*, 2007, 7). Da qui i tentativi del legislatore, incalzato dalla più grave crisi economica dal dopoguerra, di virare su un diverso modello di ammortizzatore sociale, anch'esso esistente nel nostro Paese da oltre un decennio: quello degli ammortizzatori sociali in deroga..... agli ambiti e alle condizioni – anche e soprattutto temporali – di applicazione degli ammortizzatori sociali classici, costituiti dalla Cassa integrazione guadagni e dall'indennità di mobilità (e di disoccupazione speciale per l'edilizia)» (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...* op. cit., 478 e ss.).

Non si può trascurare che l'invecchiamento della popolazione e l'aumento della spesa sanitaria potenziale *pro-capite* lungo tutto l'arco della vita sono altrettanto fenomeni che mettono a repentaglio la sostenibilità dei conti pubblici, posto che la spesa sanitaria è «la voce del *welfare* che, nelle prossime decadi, farà registrare la crescita più intensa in termini di incidenza sul prodotto interno lordo» (PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in DELL'ARINGA C., TREU T. (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 263 e ss.).

Le stesse esigenze di welfare privato se sono nate «dalla necessità di rispondere ai bisogni sociali più pressanti di singoli gruppi di popolazione nelle specifiche situazioni storiche, in assenza di interventi pubblici.. svolgono ora un ruolo complementare di integrazione e di arricchimento dell'intervento pubblico...». Ciò in quanto «se, da una parte, la debole dinamica o la riduzione delle risorse pubbliche, conseguente al rallentamento della crescita economica e poi alla crisi, inducono lo Stato e le istituzioni del *welfare* a una maggiore selettività rispetto al passato nella individuazione delle prestazioni sociali rispondenti a bisogni essenziali e quindi da garantire su base universale, o comunque obbligatoria (assicurativa), e quelle che possono essere affidabili alla libera scelta delle persone e gestibili anche su base privatistica...d'altra, la evoluzione qualitativa dei bisogni tende a richiedere oltre a prestazioni monetarie e a servizi erogabili in forma standard, anche prestazioni personalizzate che richiedono specificità di intervento, nonché maggiore libertà e partecipazione da parte dei singoli» (TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T., (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 1 e ss.).

3. A fronte della crisi del modello classico di sicurezza sociale, pare possibile prefigurare una base progettuale comune costituita da un complesso di pattuizioni, rientranti nel diritto delle relazioni industriali ed operanti nelle maglie lasciate libere dalla legislazione di settore, che sono preordinate alla soddisfazione degli interessi dei lavoratori in conseguenza di eventi predeterminati che causano la sospensione, la riduzione e/o la perdita dell'attività lavorativa e, più in generale, alla realizzazione di interventi a tutela di bisogni previdenziali socialmente rilevanti (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi ...*, op. cit., 628-629; conformemente TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali...op. cit.*, 476 che argomenta di una «previdenza parallela» che si aggiunge al tradizione modello di sicurezza sociale). Un modello, definito di «previdenza contrattuale» (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi ...*, op. cit., 628-629), che sul piano concettuale comprende al suo interno i differenti strumenti previdenziali esistenti al fine di perseguire efficacemente gli obiettivi di protezione e di tutela dei soggetti. Una piattaforma che ha una genesi comune, l'autonomia collettiva, e che ricompone la frammentazione del sistema previdenziale tradizionalmente accolto dal legislatore, senza che vengano meno le esigenze di «liberazione dal bisogno» (PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960) e il dovere generale di solidarietà (cfr. CINELLI M., *Sicurezza sociale*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1999, 503 e ss.) in linea con le direttrici di sviluppo di un moderno *Welfare State*, auspicato non solo in ambito europeo (v. l'analisi di PECHMAN J., AARON H., TAUSIG M., *Social Security. Prospectives for reform*, Washington, 1968, 189 e ss.).

Sul piano giuridico, l'individuazione di una base progettuale comune, che è affermata dallo genesi dello strumento, patisce le criticità dei diversi ambiti di cui essa stessa si compone. Basti riflettere alle influenze che si rinvencono dalla complessa fenomenologia del welfare aziendale ove quest'ultimo trovi le relazioni industriali quale terreno privilegiato su cui attecchire, posto che la «previdenza contrattuale», andrebbe ad occupare uno spazio più circoscritto rispetto al primo: in essa non è dato rinvenire tipologie di forme retributive non monetarie che restano nell'ambito dell'obbligazione contributiva e contrattuale e, al più, nello specifico ambito assistenziale (cfr. TREU T., *Welfare e benefits...op. cit.*, 10 e ss.).

Del pari ove si rifletta sulla già segnalata istituzione e costituzione dei fondi di solidarietà bilaterali rispetto ai fondi di previdenza complementare e ai fondi sanitari integrativi: come si è visto, in ciascuno di questi strumenti l'autonomia collettiva predispone il sistema di garanzie e la realizzazione di interessi generali (erogazione prestazioni pensionistiche, sostegno al reddito per i lavoratori, somministrazione prestazioni sanitarie), ma solo negli ammortizzatori contrattuali la fonte istitutiva è recepita da un decreto interministeriale, sebbene nei fatti – come dimostrano le pregresse esperienze del fondo esuberi nel settore del credito e del credito cooperativo – si verifichi un «notevole restringimento della discrezionalità dell'Amministrazione, la quale non può che limitarsi a trasfondere nell'apposito decreto interministeriali le norme contrattuali» (SIGILLÒ MASSARA G., *ammortizzatori sociali di fonte collettiva...op. cit.*, 88).

Il nuovo modello potrebbe garantire non solo un incremento delle prestazioni, ma altresì ridurre il costo dei servizi previdenziali nonché assicurare una efficace semplificazione dei servizi medesimi in ragione

di una maggiore efficienza amministrativa e di trasparenza delle posizioni previdenziali (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi* ..., op. cit., 629-630).

4. La «previdenza contrattuale» si inserisce all'interno di un quadro generale: può essere considerato parte del secondo pilastro previdenziale, il quale può essere contrattuale o negoziato per chi è lavoratore subordinato, ma può tradursi in una forma di previdenza di terzo pilastro per chi non lo è, e in questo senso assume un valore universale, generalizzabile a chiunque. Sotto questo profilo, esemplificative si presentano le esperienze della previdenza complementare e dei fondi sanitari integrativi del Servizio Sanitario Nazionale.

Nell'ambito della previdenza complementare, l'originario art. 9, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 assegnava ai fondi pensione aperti un ruolo servente rispetto alla previdenza complementare rappresentata dalla sua dimensione mutualistica e collettiva: essi operavano nel caso in cui non sussistessero o non operassero fonti istitutive di forme pensionistiche negoziali. L'idea di fondo era quella di creare «una rete protettiva destinata ai lavoratori espulsi dal circuito della previdenza collettiva autorganizzata, con conseguente configurazione del rapporto in termini di integrazione sussidiaria e non in termini concorrenziali» (TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema di sicurezza sociale*, op. cit., 116). Il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 ha segnato «il passaggio da una caratterizzazione essenzialmente lavoristica e professionale del fenomeno ad una impostazione proiettata oltre i confini del mondo del lavoro» (GIUBBONI S., *La previdenza complementare tra libertà individuale...*, op. cit., 116 e ss.) giacché ora le forme pensionistiche individuali svolgono una funzione diversa di chiusura oggettiva del sistema nel senso che «garantiscono la sua totale copertura in chiave universalistica in favore di qualunque soggetto, anche non rientrante nelle categorie elencate nell'art. 2 del decreto» (PERSIANI M., *La previdenza complementare*, op. cit., 156).

L'art. 2, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 annovera tra i destinatari delle forme pensionistiche complementari negoziali i soggetti che svolgono senza vincolo di subordinazione «lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari di cui al decreto legislativo n. 565 del 1996». Tali soggetti non appartengono al mondo del lavoro, inteso nelle sue rigorose determinazioni di confine economico-giuridico (GIUBBONI S., *La previdenza complementare tra libertà individuale e interesse collettivo*, op. cit., 114).

Ai fini della nostra analisi, indicativa si presenta anche la possibilità delle forme pensionistiche complementari di ammettere l'adesione di soggetti fiscalmente a carico dell'aderente (art. 8, comma 1, ultimo periodo, decreto legislativo n. 252 del 2005). Lo scopo è quello di fornire una risposta concreta alle esigenze previdenziali, coerentemente allo spirito solidaristico connaturato nelle forme pensionistiche complementari (v. SQUEGLIA M., *Gli incentivi alla diffusione della previdenza complementare in A.A.V.V.* (a cura di), *III Rapporto sulla Previdenza complementare nel pubblico impiego*, Inpdap, Roma, 2011, 123 e ss.), anche tra coloro che risultano privi di redditi e inoccupati, al fine di intraprendere un cammino previdenziale che possa avvantaggiarsi dell'orizzonte temporale di lungo periodo. Difatti, rispetto ad analoghi prodotti di natura assicurativa, tale opportunità consente non solo di fruire della deducibilità fiscale della contribuzione previdenziale complessivamente versata dall'iscritto, ma anche della possibilità di attingere a quanto accumulato negli anni dal familiare, fiscalmente a carico. Così, anche l'eventualità di chiedere anticipazioni del capitale accumulato si presenterebbe duplice, dovendo tener conto anche di quella del soggetto fiscalmente a carico (cfr. SQUEGLIA M., *Gli incentivi alla diffusione della previdenza complementare...*, op. cit., 123 e ss.). La Commissione di Vigilanza ha avuto modo di occuparsi della questione (quesito Covip dell'8 novembre 2013). In particolare, la Covip è intervenuta sulla possibilità per i familiari fiscalmente a carico di continuare a fruire dei versamenti effettuati dall'aderente principale, ancorché lo stesso abbia cessato di partecipare al Fondo ovvero di proseguire volontariamente la contribuzione al Fondo in caso di perdita della condizione di fiscalmente a carico con eventuale nuova occupazione presso un datore di lavoro non associato al Fondo e, infine, di richiedere l'anticipazione e il trasferimento della posizione individuale.

Infine, si consideri che anche il modello di sanità integrativa, presente in alcuni fondi sanitari di fonte contrattuale collettiva, prevede l'estensione dell'assistenza sanitaria al nucleo familiare dell'iscritto (coniuge e figli fiscalmente a carico anche non conviventi) (NERI S., *I fondi previdenziali e sanitari nel welfare aziendale*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 143).

5. La domanda è dunque la seguente: può un fondo di previdenza complementare di fonte contrattuale, alla luce di quanto argomentato in precedenza, soddisfare bisogni previdenziali di diversa natura, oltre quelli ordinariamente prescritti dal legislatore? Se prospettassimo la questione tenendo conto dell'impianto regolatorio del decreto legislativo n. 252 del 2005, la risposta sarebbe inevitabilmente

negativa: la possibilità di un fondo pensione negoziale di erogare assegni straordinari di sostegno al reddito, integrazioni all'Assicurazione Sociale o dell'impiego o cure odontoiatriche, borse di studio o colonie climatiche ai figli dei propri iscritti si scontrerebbe con le diverse norme all'uopo predisposte e che escludono, tranne come si è visto in alcuni casi circostanziati, la possibilità di svolgere funzioni ulteriori da quelle pensionistiche.

A fronte dell'attuale quadro normativo, se ne presenta, tuttavia, uno ulteriore. L'art. 2645 *ter*, c.c. (introdotto, nel corpo del codice civile, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 di conversione del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273), se pur con formulazione estremamente atecnica, ammette, in senso ampio, la possibilità di compiere «atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela (...)», disponendo che, in tal caso, la massa dei beni «destinati», e i relativi frutti, oltre a poter essere impiegati esclusivamente per la finalità destinataria, non sono aggredibili se non per il soddisfacimento dei debiti contratti per quella medesima finalità. La legge delinea, così, uno schema negoziale destinatorio a «causa generica», che richiama ad una valutazione circa la meritevolezza degli interessi concretamente perseguiti dall'agente ai fini della insorgenza del vincolo di destinazione sui beni e della loro ordinazione a patrimonio separato del soggetto; complesso patrimoniale che, per contraddistinguerlo nell'ambito dell'area generale dei patrimoni di destinazione, è possibile designare con il termine di *patrimonio «finalizzato»*. (Cfr. GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 167; B. FRANCESCHINI, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust* in LEPORE G., MONEGAT M. G., VALAS I. (a cura di), *Trust*, Torino, 2010, 251 e ss.; NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, in BIANCA M. (a cura di), Milano 2007, 65-66).

Capitolo Secondo

La possibile collocazione della «previdenza contrattuale» nel sistema di sicurezza sociale

1. Dopo le modifiche operate all'art. 117, Cost. l'espressione «previdenza sociale», fa il ingresso per la prima volta nella Costituzione; tuttavia, ciò è avvenuto «senza che, con l'occasione, sia stato offerto alcuno spunto definitorio, diretto a superare le incertezze che tuttora involgono la nozione per effetto di un risalente, non ancora composto dibattito sui caratteri e gli ambiti stessi della materia» (CINELLI M., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 63/2005).

A rigore, occorre considerare che la nozione di previdenza sociale sia già stata impiegata in alcune, leggi costituzionali: ad esempio, si può rammentare come la «previdenza sociale», sia pure in endiadi con le «assicurazioni sociali», è espressamente nominata nello statuto della Regione Trentino Alto Adige e in quello delle relative Province autonome, nonché di altre Regioni a statuto speciale. Per una valorizzazione del contributo definitorio della giurisprudenza costituzionale (cfr. BALANDI G. G., *Il sistema previdenziale*, cit., 479; ZOPPOLI L., *Neoregionalismo e sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, a cura di RUSCIANO M., Napoli, 2004, 9).

Secondo la tradizionale concezione del modello di tutela sociale prefigurato dall'art. 38, Cost., quest'ultimo assumerebbe una configurazione dicotomica, emblematicamente rappresentata «da due rette parallele che non si incontrano mai» in cui si rinviene l'assistenza sociale (art. 38, comma 1, Cost.), fondata sul principio di solidarietà, da un lato e la previdenza sociale basata su strumenti mutualistico-assicurativi (art. 38, comma 2, Cost.), dall'altro.

Così se l'art. 117 della Cost. affida la «assistenza sociale» in via esclusiva alla competenza delle Regioni il medesimo articolo non solo conferma la competenza esclusiva dello Stato nella materia della «previdenza sociale», ma prevede una competenza concorrente Stato/Regioni nella materia della «previdenza integrativa e complementare». Peraltro, l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. riconosce come competenza dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Da tale previsione si ricava la possibilità dello Stato di intervenire nelle materie di competenza esclusiva delle Regioni - si pensi all'assistenza sociale - fissando livelli minimi di tutela comunque da conservare, di modo che il pluralismo non determini diversità di trattamento inaccettabili (PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale*..., op. cit., 79).

Secondo la diversa «concezione universale» (da ultimo, PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2004), il sistema di sicurezza sociale non sarebbe scomponibile nei due settori della

previdenza e dell'assistenza, bensì avrebbe una configurazione unitaria: con l'implicita conseguenza che la sfera legislativa regionale risulterebbe ridotta, giacché la potestà legislativa esclusiva dello Stato attrarrebbe, attraverso tale allargata nozione di «previdenza sociale», anche l'«assistenza sociale», sottraendola al dominio, della potestà legislativa regionale, finora incontrastato.

Invero, ogni ipotesi ricostruttiva del sistema della previdenza sociale da un punto di vista dogmatico, poggia su basi fortemente instabili, che debbono essere oggetto di continua verifica (PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, 2006, 12 e ss.). Verosimilmente, però, il criterio ermeneutico da seguire è quello di assumere come «guida» la nozione comunemente accolta nel linguaggio giuridico e nella giurisprudenza costituzionale. Difatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza dell'impostazione bipartita del sistema di sicurezza sociale (Corte cost. n. 31 del 1986; n. 136 del 1993; n. 509 del 1995), ravvisando nei primi due commi della suddetta norma due fattispecie tipiche e distinte: la prima, peculiare dell'«assistenza sociale» e la seconda, rappresentativa della «previdenza sociale».

Tale impostazione non pare comunque di ostacolo alla convinzione che il modello prescelto dal costituente sia comunque «aperto» (CINELLI M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c.*, in BUSNELLI F. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2010) in quanto consente varie articolazioni e possibilità combinatorie, purché ne risulti «in ogni caso conservato l'idoneità al perseguimento del risultato costituzionalmente imposto, cioè l'adeguatezza della tutela e con il quale è compatibile una impostazione dove pubblico e privato siano compresenti ed anzi reciprocamente si integrino».

2. Snodo fondamentale della presente ricerca è rappresentata dalla possibile collocazione del *corpus* «previdenza contrattuale» nell'ambito del secondo comma dell'art. 38 della Costituzione. Per portare avanti questa ricostruzione del fenomeno è necessario prendere le mosse dal quinto comma dell'art. 38 della Costituzione.

La previsione dell'ultimo comma dell'art. 38 Cost. «L'assistenza privata è libera» viene comunemente interpretata come rivolta anche alla previdenza promossa e realizzata da privati. Rammenta una attenta dottrina che già «dai lavori preparatori della Carta costituzionale si ricava chiaramente che si ebbe ben presente anche il ruolo delle organizzazioni promosse da privati con scopi di tutela previdenziale» (PANDOLFO A., *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, op. cit., 80).

Come è noto, la previdenza (o l'assistenza) cd. privata di cui all'art. 38, comma 5, Cost. gode di una specifica garanzia costituzionale, quella della libertà; libertà che «potrebbe riflettersi sull'impossibilità di prevedere limitazioni o condizionamenti in merito alla scelta degli interessi da tutelare, alla dimensione individuale o collettiva dell'iniziativa previdenziale, ai criteri di organizzazione e di gestione delle iniziative stesse» (M. CINELLI, *Appunti per un dibattito sulla previdenza*, 903 e ss.). In altre parole «la previdenza privata, secondo il disegno costituzionale, non può per sua natura sostituirsi, neppure in parte, ai compiti specifici della previdenza pubblica, venendo ad insistere su un territorio diverso, più ampio e variegato, ma meno centrale rispetto al benessere collettivo» (PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, 127). Si coglie la differenza tra previdenza (o assistenza) privata e previdenza (o assistenza) pubblica, giacché mentre «la prima insiste sull'area dei bisogni individuali e collettivi di tutti i cittadini, la seconda insiste sull'area dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenze di risorse e/o per opzione di politica socioeconomica non possono nel momento attuale essere soddisfatti dallo stato» (PERSIANI M., *Giurisprudenza costituzionale...*, op. cit., 95 e ss.). Ed è chiaro che le forme di tutela (previdenza e assistenza) privata, presentandosi espressione di un principio di libertà oltre che un completamento dello stesso sistema pubblico si presenterebbero non solo libere, ma dovrebbero essere incoraggiate e tutelate, rappresentando una «forma di risparmio» (cfr. art. 47, Cost.).

Ad ogni modo, dall'assetto complessivo del sistema il collocamento nell'ambito del comma 2, e non del comma 5, dell'art. 38 della Cost. pare possa assegnarsi alla previdenza complementare e agli ammortizzatori sociali contrattuali (nella specie i fondi solidali bilaterali cd. ordinari e alternativi), atteso che essi tutelano interessi presidiati dalla previdenza obbligatoria e, dunque, idonei a soddisfare, secondo quanto autorevolmente sostenuto, «bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati per un'esistenza libera e dignitosa» (PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, 99) ovvero «bisogni nei quali il legislatore [...] ne valuta la soddisfazione come condizione essenziale ai fini della garanzia dell'effettivo godimento dei diritti civili» (M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., 342). Ne consegue che se si deve operare una differenza tra previdenza obbligatoria e contrattuale, essa attiene solamente al diverso modo in cui sono valutati, e realizzati, i bisogni previdenziali (SANDULLI P., *I regimi speciali di previdenza sostitutivi nel sistema pensionistico generale in INPDAI, La previdenza dei dirigenti nel sistema pensionistico italiano*, Padova, 1974, 107 e

ss.; GHERA E., *Forme speciali di previdenza*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, in RIVA SANSEVERINO M.L., MAZZONI G., (diretto da), III, Padova, 1971, 578 e ss.).

Come in molti degli strumenti introdotti nelle riforme degli ultimi anni (l'autonomia funzionale delle camere di commercio, delle Università e delle istituzioni scolastiche, la riforma dei servizi sociali attuata dalla legge quadro n. 328 del 2000) «pubblico» e «privato» sono destinati a convivere. Del resto, essi concorrono «alla realizzazione di un armonico disegno normativo, mirante ad assicurare l'adeguatezza degli strumenti, affinché i singoli lavoratori possano fronteggiare le proprie esigenze di vita, nelle ipotesi dannose ed aleatorie previste dal medesimo art. 38, Cost.» (FLAMMIA R., *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in AAVV. (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Nuova Giur. Lav.*, suppl., Roma, 1989, 202, e ss.).

Sulla tendenza ad assegnare alla previdenza complementare il compito di concorrere, in collegamento con quella obbligatoria, alla realizzazione degli scopi enunciati dall'art. 38 Cost., si è giunti alla conclusione che «non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire [...] un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, comma 2, della Costituzione» (v. Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *GC*, 2000, 2757). E ciò al fine di consentire che «la tutela dell'interesse individuale dei lavoratori ad usufruire di forme di previdenza complementare non vada disgiunta, in misura proporzionata, da un dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli» (Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in *GC*, 2000, I, 2520; C. Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in *FI*, 1995, I, 3392).

Analogamente può argomentarsi per gli ammortizzatori contrattuali la cui previsione dell'obbligatorietà della loro istituzione ad opera della contrattazione collettiva da un lato, e della vincolatività degli effetti nei confronti dei potenziali destinatari, dall'altro, pare intenda avvalorare una tale ricostruzione, posto la valenza tendenzialmente generale che d'ora in poi dovranno assolvere i fondi di solidarietà, al pari di quelli pubblici, nei settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale. Peraltro, accanto ai Fondi di solidarietà cd. ordinari, l'art. 3, comma 19, della legge n. 92 del 2012 prevede altresì l'obbligo di istituire in via suppletiva, entro il 31 marzo 2013, per i settori, tipologie di datori di lavoro e classi dimensionali comunque superiori a quindici dipendenti, qualora non via abbia provveduto la contrattazione collettiva, Fondi di solidarietà cd. residuali da istituire con un decreto non regolamentare del Ministro del lavoro, emanato di concerto con quello dell'economia e delle finanze. Una soluzione che, secondo alcuni, sebbene palesi «il sofferto equilibrio tra l'autonomia negoziale della fase promozionale, che deve essere in qualche modo preservata, e l'inestricabile complementarietà di tali trattamenti rispetto a quelli pubblici» (FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi...*, op. cit., 11) si presenta dettata dalla preoccupazione di veicolare la previdenza contrattuale verso bisogni previdenziali almeno di primo livello, a favore dei lavoratori per i quali non siano stati stipulati accordi collettivi volti all'attivazione dei Fondi cd. ordinari.

Una qualche differenza è data rinvenire nell'assistenza sanitaria integrativa dal momento che quest'ultima sebbene sia stata indirizzata alla soddisfazione di bisogni sanitari *diversi e ulteriori* (dunque, supplementari) – rispetto a quello che danno titolo al concorso finanziario diretto dello Stato o al miglioramento qualitativo delle prestazioni già erogate dal Servizio Sanitario nazionale – ha finito per svolgere un ruolo duplicativo che si è aggiunto (e, in alcuni casi, sostituito) a quello pubblico (PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, op. cit., 550).

Da questa prospettiva «la previdenza contrattuale», pur essendo gestita in alcuni casi anche da soggetti privati, è ispirata alle finalità che l'avvicinano alla previdenza pubblica in quanto non è espressione del potere di iniziativa economica privata, bensì della libertà di previdenza riconosciuta, anche se compresa in quella di assistenza, dal comma 5 dell'art. 38, Cost. da coordinare con i commi 2 e 4 del medesimo articolo.

Sembrerebbe allora che tali forme di tutela integrativa, specie nel caso delle associazioni non lucrative e delle società di mutua assicurazione, troverebbero fondamento costituzionale – oltre che nei principi generali di solidarietà civile, economica e sociale – nell'art. 38, comma 5, Cost., presentandosi espressione di un principio di libertà oltre che un completamento dello stesso sistema assistenziale pubblico. Sotto questo profilo, l'assistenza privata si presenterebbe non solo libera, ma dovrebbe essere incoraggiata e tutelata, rappresentando una forma di risparmio (art. 47, Cost.) che si presenta vincolata e, come tale, meritevole di essere incentivata al pari del risparmio forzoso attuato con il sistema pubblico (cfr. GUERRA C., *La previdenza complementare...* op. cit., 12 e 13).

Basti riflettere sulla circostanza che la stessa definizione di fondo sanitario integrativo, dizione che deriva dalle norme sanitarie, pare impropria, dal momento che i fondi sanitari coprono non solo la sanità

ma anche l'assistenza. Il tipo di copertura è sostanzialmente integrativa rispetto alla copertura previdenziale, nel senso che mentre quest'ultima offre prestazioni in denaro, i fondi offrono invece prevalentemente servizi o *voucher*, non necessariamente solo sanitari. Proprio per tale ragione alcuni suggeriscono di definire i fondi integrativi sanitari come «fondi integrativi per i servizi alla persona» (SPANDONARO F., *Sanità e sussidiarietà*, in *Quaderni di Italiani europei*, n. 2, Roma, 2009).

Resta invece problematico la collocazione nell'ambito dell'art. 38, secondo comma, del welfare aziendale (e territoriale), la cui nozione – come è noto – si presenta sul piano giuridico «a-sistematica e disorganica» giacché ricomprende tutele di natura previdenziale *tout court* e tutele non previdenziali, tutele costituzionalmente necessitate e tutele costituzionalmente garantite. In ricostruttiva la domanda da porsi in materia di welfare aziendale non è tanto «se ricondurre ad un'unità questa variegata fenomenologia alla luce di una nozione unitaria di welfare contrattuale ma se sia necessario costruire una *policy* pubblica che miri a coniugare: politiche aziendali di *total reward*, sussidiarietà orizzontale e bilateralità» (TURSI A., *Welfare aziendale...* op. cit., 232).

3. Altra questione è l'analisi della ripartizione di competenze legislative tra «previdenza sociale» e «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 2, lett. o) e comma 3, Cost.) (ZAMPINI G., *La previdenza complementare...* op. cit., 42 e ss.; M. PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 1, 21 e ss.).

La scelta di un modello «aperto», ravvisabile nell'art. 38 Cost., può entrare in tensione con i valori costituzionali per ragioni legate «alle concrete modalità e soluzioni in base alle quali la specifica materia venga materialmente regolata» (CINELLI M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano...*, op. cit.).

Secondo una parte della dottrina, l'art. 117, Cost. esplicitamente ammette la possibilità e la liceità di differenziazioni territoriali proprio nell'ambito dei diritti sociali. Tale è il caso della previdenza complementare e integrativa, non per nulla attribuita (art. 117, comma 3, Cost.) alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, nonostante la sua collocazione all'interno della fondamentale garanzia fissata dall'art. 38, comma 2, Cost. (CINELLI M., *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?*, op. cit.). Ne discende allora che «opportuno prendere atto, con coerenza, che quanto di cruciale e potenzialmente innovativo è stato introdotto dalla riforma propriamente ruota, piuttosto che intorno al principio di eguaglianza, intorno ai problemi che pone la ripartizione di compiti e di responsabilità nella specifica materia: cioè, intorno al principio di sussidiarietà».

La *ratio* della ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni sembrerebbe rispondere «alla necessità di affidare alla legislazione statale la cura di quegli interessi che, non essendo suscettibile di frazionamento o di localizzazione, vengono soddisfatti dalla previdenza sociale; e di attribuire alla previdenza complementare e integrativa il compito di appagare gli interessi ulteriori rispetto a quelli soddisfatti dalla previdenza sociale che, non necessitando di uniformità di disciplina, possono essere soddisfatti anche tramite leggi regionali» (PERSIANI M., *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 33 e ss.).

L'espressione «previdenza complementare e integrativa» pone notevoli difficoltà interpretative, tanto da poter giustificare soluzioni anche assai diversificate. Se ci si attiene strettamente, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, al significato che quei termini hanno nel comune linguaggio legislativo, si rischia, però, di essere indotti ad interpretare alquanto restrittivamente l'espressione in questione: come riferibile, cioè, alla sola previdenza privata pensionistica e sanitaria.

Oltre i confini di quella complementare, la previdenza si può presentare integrativa e finanche sostitutiva rientrando rispettivamente nell'alveo del quinto comma dell'art. 38 ovvero del secondo comma del medesimo articolo: nel primo caso sono da annoverare gli interventi integrativi all'ASpI operati dai fondi di solidarietà bilaterali ordinari e alternativi (art. 3, comma 17, della legge n. 92 del 2012); nel secondo si individuano gli ammortizzatori contrattuali che intervengono nei settori non coperti dalla cassa integrazione guadagni straordinaria a favore delle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, commi 4 a 18, della legge n. 92 del 2012) (TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, op. cit.; SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva* ...op.cit., 36 e ss.; SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale*, op. cit., 629 e ss.).

Infatti, la legislazione vigente denomina «complementari» le forme pensionistiche contemplate dal decreto legislativo n. 252 del 2005 e «integrativi» i fondi sanitari che, ai sensi del decreto legislativo n. 229 del 1999, provvedano ad incrementare le prestazioni del Servizio sanitario nazionale.

Per altro verso, però, se si prende in considerazione il fatto che norme di legislazione speciale fanno menzione alla «previdenza integrativa» (anche) in riferimento a forme di previdenza obbligatoria, regolata per legge e specifica di alcuni regimi di base, che la stessa concorre a formare (e, dunque, elettivamente riservata, come tale, alla competenza esclusiva del legislatore statale), si potrebbe forse

concludere diversamente, riconoscendo che alle Regioni è stata attribuita una competenza legislativa a istituire per legge regimi di previdenza obbligatoria integrativi del regime nazionale, analogamente a quanto già vale per le Regioni a statuto speciale (PERSIANI M., *Devolution e diritto del lavoro*..., op. cit., 25), e, quindi, che la relativa potestà non può ritenersi pregiudizialmente limitata alla mera disciplina delle forme di previdenza complementare, istituite e regolate dall'autonomia privata.

Non manca chi sostiene che alle Regioni sia stato attribuito dalla riforma «il potere di integrare ogni aspetto del sistema previdenziale statale, sia con la previsione di prestazioni più generose, sia con l'introduzione di istituti aggiuntivi», che – non lo si dice esplicitamente, ma lo si lascia intendere – potrebbe avere natura obbligatoria, e non più soltanto facoltativa. Allo stesso modo non manca chi ritiene che la locuzione “*previdenza complementare e integrativa*” possa essere intesa anche in senso particolarmente ampio: precisamente, quale endiadi riferibile al sistema di protezione sociale complessivamente considerato, e, dunque, astrattamente riferibile non solo alle pensioni e all'assistenza sanitaria, ma anche a prestazioni di disoccupazione, di cassa integrazione guadagni, di malattia, di maternità, cioè, in sostanza, ad ogni provvidenza idonea a contrastare il bisogno e il rischio di marginalità sociale (CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17). Ove si accolga tale ampia accezione della materia in riferimento, si dovrebbe conseguentemente ravvisare una sostanziale compenetrazione tra questa e quella della «*tutela e sicurezza del lavoro*»; ma senza che ciò possa implicare, nello specifico, rispettivo ambito, questioni aggiuntive, trattandosi, in entrambi i casi, di materie affidate alla potestà legislativa concorrente delle Regioni (LAGALA C., *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 363).

4. Lo schema della «previdenza contrattuale» postula che l'intervento pubblico diretto non realizzi appieno il principio di eguaglianza sostanziale. L'universalismo dei diritti sociali non è declinato nella forma dell'unicità e omogeneità del soggetto erogatore delle prestazioni. Da questo punto di vista, la nozione di welfare contrattuale, a sua volta declinato in quello di welfare aziendale, può essere esemplificativa dell'efficacia del modello di «previdenza contrattuale».

Per «welfare contrattuale» si intende l'insieme di iniziative e dei servizi che le imprese realizzano, attraverso un accordo con le rappresentanze sindacali, anche aziendali, per venire incontro alle esigenze dei lavoratori nei campi più differenti, dall'assistenza sanitaria alla necessità di cura dei figli, dall'accesso al credito fino al tempo libero (FIORENTINI G., *Impresa sociale e sussidiarietà*, Milano, 2006). Nelle diverse soluzioni che caratterizzano questa area delle risposte ai bisogni sociali si può trovare un denominatore comune rappresentato dall'impiego di risorse private e aggiuntive rispetto a quelle pubbliche. Il welfare contrattuale implica il «coinvolgimento e l'accordo fra gli attori delle relazioni industriali e può essere generato dalla legislazione pubblica in materia e dai contratti nazionali di lavoro, per poi essere implementato tanto a livello degli accordi territoriali quanto soprattutto a livello di singole imprese» (ASCOLI U., MIRABILE M. L., PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare nel lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa di impresa in Italia*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 69).

Esso trae origine dal principio di sussidiarietà, sancito dall'ultimo comma dell'art. 118, Cost. secondo cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse, sulla base del principio di sussidiarietà». In quest'ambito l'ente pubblico non solo riconosce e valorizza le comunità locali e i corpi intermedi della società, ma ravvisa l'autonomia di tali formazioni nel caso in cui esse necessitano di un sostegno (cfr. Cons. di Stato, sez. consultiva, 26 agosto 2002, n. 1794). Non si tratta di una mera supplenza al settore pubblico, piuttosto al welfare contrattuale è assegnato un ruolo di intercettore di nuove istanze e portatore di continua innovazione.

Le «politiche di responsabilità sociale» di impresa nei confronti dei dipendenti hanno assunto negli ultimi anni un valore aggiunto significativo nella contrattazione di secondo livello e nell'incentivazione di politiche motivazionali e di welfare territoriale. Sul punto, diffusamente FIORENTINI G., CALÒ F., *La filiera sussidiaria aziendale e i servizi di conciliazione aziendale*, Milano, 2011 sostengono che il diffondersi di iniziative quali le forme di tutela delle pari opportunità nei confronti delle categorie definite svantaggiate, la realizzazione e la garanzia del funzionamento di infrastrutture interne e esterne come forme di assistenza sanitaria e mobilità e i programmi di aiuto a dipendenti con figli piccoli o con problemi familiari, nonché tramite l'attenzione ai problemi psicologici e sociali connessi al telelavoro, manifestano la consapevolezza di rendere effettivo un welfare contrattuale ed aziendale. In ciò è rilevante, a nostro avviso, che il dovere di solidarietà di cui all'art. 2, della Cost. abbia ad oggetto la «persona» perché in considerazione di tale riferimento appare possibile individuare quel necessario

elemento di specificazione, o limite, ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale, che per contro non traspare dalla generica formula usata dalla norma costituzionale. Secondo PERSIANI M., *Crisi economica e crisi del Welfare State*, Relazione alle Giornate di Studio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Bologna, 16-17 maggio 2013, 13, il necessario riferimento al principio di solidarietà risulta però dal secondo comma dell'art. 3 Cost. che, affermando il principio dell'uguaglianza sostanziale, accoglie l'idea politica della sicurezza sociale in quanto considera compito dello Stato rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini e impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Peraltro, la formulazione del secondo comma dell'art. 3 Cost. riproduce il contenuto del concetto di sicurezza sociale in quanto pone a carico dello Stato l'obbligo di realizzare la liberazione dal bisogno di tutti i cittadini.

Nel «welfare contrattuale» due sono le aree di intervento: a) la prima comprende servizi socio assistenziali che sviluppano una serie di programmi a supporto della conciliazione basilare per garantire equilibrio tra vita privata e vita lavorativa; b) la seconda comprende una serie di attività che hanno un impatto accessorio rispetto ai servizi di base, ma che possono portare ad un vantaggio competitivo e ad una più efficiente ed efficace contrattazione (cfr. lo studio dell'OSSERVATORIO ASSOLOMBARDA, *Il lavoro a Milano*, Paper n. 5, gennaio 2011).

La discussione socio-culturale e politica in Europa dimostra che i sistemi di *welfare* basati sul principio di sussidiarietà assimilano meglio le evoluzioni sociali e i periodi di crisi economica. Il rapporto «*The Role of Mutual Societies in the 21st century*», promosso dalla Direzione generale per le politiche economiche e sociali della Commissione Europea, redatto per il Parlamento Europeo nel luglio 2011, fornisce un quadro complessivo del ruolo e dello sviluppo della mutualità nel vecchio continente a 27, evidenziando il ruolo che la mutualità può svolgere nella politica di coesione sociale e nello sviluppo di forme efficienti ed efficaci per rispondere alla complessità di una domanda sociale, che i diversi regimi di welfare esistenti non riescono pienamente a soddisfare.

Capitolo Terzo

Scenari e prospettive evolutive della «previdenza contrattuale»

1. La volontà del legislatore di scommettere sull'adozione di strumenti privatistici e negoziali, anziché pubblicistici e normativi, finisce per accreditare un contesto normativo più idoneo a favorire la convergenza delle attività private con quelle pubbliche. Lo schema d della «previdenza contrattuale» si candida tra i modelli di protezione sociale in grado di realizzare l'equilibrio tra principio di solidarietà, esigenze di finanza pubblica e tutela dei diritti, oltre a tener conto delle necessità discendenti dal quadro generale di un mercato del lavoro diverso e più flessibile (v. MISCIONE M., *Ammortizzatori sociali per razionalizzare*, cit., 845 ss.).

Senza trascurare che la «previdenza contrattuale» può contribuire ad «attualizzare il tema dell'inderogabilità del diritto del lavoro in un'ottica nuova, non di rifiuto aprioristico di rivisitazione del corpus normativo» (TIRABOSCHI M., *Un quadro di riferimento giuridico-istituzionale*, Atti del convegno *Il lavoro del futuro: apprendere nei luoghi di lavoro*, Bergamo, 27 e 28 ottobre 2011, promosso dall'Università degli Studi di Bergamo, CQIA e ADAPT) bensì in vista dell'innalzamento dello standard complessivo della libertà sostanziale sul piano della costituzione materiale.

2. E' noto che la sostenibilità finanziaria di ogni sistema previdenziale è compromessa dal fenomeno dell'invecchiamento della popolazione che contribuisce, da un lato, ad incrementare gli stanziamenti di spesa per le prestazioni di base e, dall'altro lato, ad erodere il gettito delle entrate contributive. Un fenomeno che si presenta ancora più delicato ove si consideri il ricorso degli attuali sistemi pensionistici a determinare il trattamento pensionistico obbligatorio con sistemi di calcolo contributivi che tengono conto della contribuzione effettivamente accantonata dal lavoratore durante la vita lavorativa ma non anche dell'incoerenza del meccanismo di indicizzazione che diversifica il rendimento dei pensionati da quello dei soggetti attivi e dei coefficienti cd. di trasformazione che generano una disparità di trattamento tra generazioni (v. GRONCHI S., *Errori e distorsioni del sistema pensionistico: due proposte di correzione*, in DELL'ARINCA C., TREU T., *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 369 e ss.; FORNERO E., CASTELLINO O. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale italiano*, Bologna, 2001).

I possibili correttivi demografici sono stati generalmente identificati nell'aumento della fecondità e nelle immigrazioni dall'estero. Entrambe le soluzioni presentano profili diversi di problematicità. Se l'aumento della fecondità comporterebbe il mantenere sempre elevato nel tempo il flusso di nascite, con conseguenti problemi d'inserimento lavorativo, peraltro, differiti nel tempo dalla transizione attraverso le età dell'infanzia e della formazione scolastica, l'aumento dei flussi migratori contribuirebbe a mitigare il processo di invecchiamento e a sostenere il gettito contributivo, ma porterebbe con sé alcuni dei suoi profili genetici più critici che, alle soglie del nuovo millennio, non trovano ancora una soluzione univoca. Basti riflettere semplicemente alla perenne sfida che l'immigrazione è chiamata ad affrontare in termini di accogliimento e d'integrazione economica e sociale: lingua, religione e cultura e formazione si presentano naturalmente diverse dal contesto in cui si devono inserire. Senza trascurare che nell'attuale congiuntura, caratterizzata da un'acuta crisi economica, l'immigrazione è fonte di preoccupazione per i timori che essa può provocare nei paesi di accoglienza [cfr. PAMMOLLI F., SALERNO N.C., *Spesa sanitaria, demografia, istituzioni* in M. NADIA (a cura di), *Un Welfare anziano: invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società*, Bologna, 2007].

Si aggiunga che i modelli teorici dimostrano che i flussi migratori non possono risolvere nel complesso il problema dell'invecchiamento specie se si considera l'entità dei flussi da ammettere ogni anno (REYNERI E., *Immigrazione, mercato del lavoro, sviluppo economico* in C. DELL'ARINGA, T. TREU, *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 167 e ss.; PAMMOLLI F., SALERNO N.C., *Spesa sanitaria, demografia, istituzioni* in MADIA M. (a cura di), *Un Welfare anziano: invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società*, Bologna, 2007).

3. Diverse sono le aree su cui ipotizzare un possibile intervento riformatore. Se ne possono individuare diverse con riferimento ai diversi ambiti della «previdenza contrattuale», pur essendo consapevoli che altre potrebbero esserne congetturate.

Una prima proposta di riforma dovrebbe favorire i flussi di migrazione e lasciare maggiori spazi di operatività ai trattamenti previdenziali complementare, integrativi e supplementari del regime di base e, dunque al modello da noi ipotizzato di «previdenza contrattuale». Potrebbe essere auspicabile allora un sistema universalistico obbligatorio nel quale i lavoratori (cittadini e immigrati), avrebbero diritto ad una pensione di base (*flate rate*) al compimento di un'età anagrafica (v. il disegno di legge CAZZOLA G. – TREU T., n. 1299 del 16 giugno 2009; BORIA P., PURI P., *Welfare e previdenza: il benessere dietro l'angolo*, Roma, 2012, 148 e ss.) oppure potrebbe essere ipotizzabile riformare l'attuale assegno sociale, attualmente disciplinato dall'art. 3, commi 6 e 7, della legge n. 335/1995 e spettante ai cittadini che versino in condizioni economiche disagiate e in possesso di certe condizioni di reddito (sulla riconduzione dell'assegno sociale all'area della previdenza e non dell'assistenza, v. RIGANÒ G., *L'assegno sociale*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1996, 297 e ss.). Al contempo chi intendesse mantenere lo stesso livello di consumi che aveva nel corso della vita attiva dovrebbe provvedere a garantirselo da sé, mediante l'adesione alla previdenza complementare, al ricorso agli ammortizzatori sociali auto referenziati (specie se aperti ad un bacino più ampio rispetto a quello del settore di appartenenza), dell'assistenza sanitaria integrativa.

Lo scopo sarebbe quello di favorire un «assetto previdenziale multipilastro» nel quale forme decentrate ed autogestite di tutela risultino finalizzate tanto al sostegno del reddito e dell'occupazione nei settori esclusi dall'ambito di applicazione degli ammortizzatori sociali pubblici quanto all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari e alla somministrazione delle prestazioni sanitarie effettivamente integrative, e non duplicative, del sistema obbligatorio. E' evidente che in questo scenario la contribuzione andrebbe a perdere ogni funzione sinallagmatica rispetto alla prestazione previdenziale per divenire strumento di partecipazione del singolo al finanziamento dell'intero sistema (cfr. CINELLI M., *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989, 222 e ss.).

Una seconda proposta di riforma potrebbe intervenire sulla previsione, allo stato attuale di natura programmatica, di «*opting out*» sancito dall'art. 24, comma 28, del D.L. n. 201 del 2011. Al pari di altre esperienze europee, per rispondere all'esigenza dei giovani, tale meccanismo prevede che un lavoratore possa destinare al finanziamento di una forma di previdenza complementare una parte della sua contribuzione obbligatoria (Sull'*opting out*, FORNERO E., *La strada dell'opting out*, in GIOVANNINI R. (a cura di), *Il futuro delle pensioni*, Roma, 129 e ss.).

In alternativa, ma seguendo la stessa linea di evoluzione, il welfare aziendale (e territoriale), specie attraverso il ricorso alla bilateralità e al modello eso-aziendale o interaziendale, potrebbe costruirsi uno spazio rilevante ove finalizzato a perseguire forme di tutela dell'assistenza e della previdenza contrattuale anche sostitutive di quelle pubbliche, oltre a forme di retribuzione non monetarie. In un ipotetico scenario evolutivo ben potrebbe ipotizzarsi anche la possibile previsione di unificare i regimi di

assoggettamento contributivo degli importi versati a previdenza e assistenza privata e collegabili alla bilateralità in unico *plafond* complessivo sufficiente ampio (FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi*, in RDSS, 11, 3, 706).

Una terza proposta potrebbe trovare spazi di operatività da subito attraverso il combinato disposto di una progressione di disposizioni (art. 2645 *ter* c.c., art. 4, comma 1, *lett. b*, decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, art. 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502) al fine di consentire ad un patrimonio finalizzato di erogare non solo trattamenti pensionistici complementari o di somministrare prestazioni sanitarie, ma di perseguire, ad esempio, anche una tutela nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa in settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, ordinaria e straordinaria ovvero ulteriori finalità meritevoli di tutela dell'ordinamento che si combinerebbero a quelle pubbliche già riconosciute ed espressamente individuate (SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, op. cit., 628-629).

Infine, un'ultima proposta potrebbe prevedere l'applicazione obbligatoria di una contribuzione a carico dei lavoratori al fine di autofinanziare interamente le misure di «previdenza contrattuale» sulla falsariga di quanto già disciplinato nell'ambito della previdenza e dell'assistenza pubblica (PIZZICAROLI M. E., *Salute istituzionale in Workshop: il Welfare aziendale. Inaugurazione del Master interdipartimentale di II livello in diritto del lavoro e relazioni industriali*, Università degli Studi di Milano, 11 novembre 2013).

BIBLIOGRAFIA GENERALE

A.A.V.V., *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale* in *LD*, 2, 2003.

ANGIOLINI V., *Le agenzie per il lavoro tra pubblico e privato* in **GHEZZI G.** (a cura di), *Il lavoro fra progresso e mercificazione*, Roma, 2004.

ASCOLI U., L. MIRABILE M., PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare del lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa di impresa in Italia*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012.

BAGNOLI R., *Fondi integrativi. Perché non decollano*, in *Giornale delle Assicurazioni*, 2002, 27 e ss..

BALANDI G. G., *La tutela sociale del mercato* in *LD*, 21, 4, 2007, 603.

BALANDI G.G., *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *LD*, 3, 2001, 479 e ss..

BALLETTI E., *Contributo alla teoria dell'autonomia sindacale*, Milano, 1963, 174.

BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 170 e ss..

BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in **BELLARDI L., DE SANTIS G.** (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 41 e ss..

BELLARDI L., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettiva* in **BELLARDI L., DE SANTIS G.** (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 2011, 8 e ss..

BELLARDI L., *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999, 200 e ss..

BELLAVISTA A., *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, 468.

BELLOCCHI P., CIUCCIOVINO S., CORAZZA L., MARESCA A., *Casi e materiali di diritto sindacale*, Torino, 2008.

BESSONE M., *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portability della posizione previdenziale, discipline di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DRI*, 2002, 565.

BESSONE M., *Fondi pensione « chiusi ». Le regole di organizzazione e le attività degli amministratori*, in *ADL*, 2001, 746.

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

BETTI A., *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare* in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, 800.

BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004.

BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A., PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 34.

BIANCA M., *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale. Atti*

del Convegno del 21 Novembre 2009 della Fondazione Italiana del Notariato, Il Sole 24-Ore, Milano, vol. 1, 106-112.

BLANGIARDO G.C., LOI F., *L'invecchiamento importato (o esportato) nel panorama Europeo*, in *Statistica e Società*, n. 3, 2013, 14-17.

BLANGIARDO G.C., *L'antidoto migratorio all'invecchiamento demografico nelle società europee*, *Rivista Italiana di Scienze Sociali*, CXI, 2003, 135-145.

BLOOM E., CANNING D., FINK G., FINLAY J.E., *The Cost of Low Fertility in Europe*, *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series*, n. 14820, 2009, 18 e ss..

BOERI T., BRUGIAVINI A., *Previdenza complementare tra scelte individuali e collettive*, in **MESSORI M.** (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 298.

BOLLANI A., *Fonti istitutive e autonomia collettiva* in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 605 e ss..

BONARDI O., *Tassonomie, concetti e principi* in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, n. 3-4, 2007, 554.

BORDIGNON M., LEVAGGI R., *Il ruolo della Regione nella progettazione dei fondi sanitari integrativi* in *Tendenze nuove*, 6, 2003, 487.

BORIA P., PURI P., *Welfare e previdenza: il benessere dietro l'angolo*, Roma, 2012, 62.

BRAMBILLA A., *Capire i Fondi Pensione. Nuova previdenza complementare, TFR e pensioni pubbliche degli italiani*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007.

BRENNA F., *Gli strumenti di welfare aziendale: aspetti fiscali*, in **TREU T.** (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 100 e ss..

BRUNI R., SCHIAVO F. P., *Capire e gestire i fondi pensione*, Roma, 1999, 63 e ss..

CAFAGGI F. (a cura di), *Reti d'impresa tra regolazione e norme sociali – Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004.

CAFAGGI F., IAMICELI P., *I patrimoni separati nella previdenza complementare: scenari attuali e prospettive di riforma*, in *Banca Impresa e Società*, 2004, I, 19.

CAFAGGI F., IAMICELI P., *I Fondi pensione: struttura di governo e regole di responsabilità*, in *Quaderni Mefop*, 5, 2002, 20.

CAMARDI C., *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contratti*, 10, 2009.

CANDIAN A. D., MAGNANI P., PETRONE V., VENTURINI L., *L'assicurazione nella sanità integrativa: i tipi e le forme collettive* in **A. PEDONE** (a cura di), *La sanità in Italia*, Il Sole 24 ore, Milano, 2008.

- CARAGNANO R.**, *Un nuovo modello di welfare aziendale: l'esperienza Luxottica* in *DRI*, 20, 4, 1171-1175.
- CARINCI F.**, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17.
- CARINCI F.**, *Gli accordi del 28 febbraio 1998 nel settore bancario* in *DPL*, 1998, 1485 e ss..
- CARMINATI E., CASANO L., TIRABOSCHI M.**, *I fondi di solidarietà bilaterali: conferme e novità dopo il passaggio in Senato*, in **RAUSEI P., TIRABOSCHI M.** (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, ADAPT University Press, giugno 2012, 257-263.
- CAVAZZA M., DE PIETRO C.**, *Assetto istituzionale e scelte di gestione in sei fondi sanitari*, 191, 2012.
- CAZZOLA G.**, *Riforma delle pensioni, resta incompiuta la scelta di opting out per destinare ai Fondi pensione un contributo in aggiunta al Tfr* in *amicimarcobiagi.com*, 22 dicembre 2012.
- CAZZOLA G.**, *La sanità liberata, Il mercato possibile per la tutela della salute*, Bologna, 1997, 64 e 74.
- CECCONI S., NICCOLAI A.**, *La gestione degli esuberanti nel settore del credito*, in *RIDL*, II, 13 ss..
- CERIANI G.**, *Lezioni di Economia Aziendale*, Padova, 1996.
- CESARATTO S.**, *Invecchiamento della popolazione, mercato del lavoro e welfare: un'introduzione critica*, in *Studi e Note di Economia*, Anno XIV, n. 3, 2009, 396.
- CINELLI M.**, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *RDDS*, 2012, 27.
- CINELLI M.**, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in **CINELLI M.** (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c.*, in **BUSNELLI F.** (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2010.
- CINELLI M.**, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 63, 2005.
- CINELLI M.**, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989.
- CINELLI M.**, *Sicurezza sociale*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1999, 503 e ss..
- CINELLI M.**, *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa sociale* in *RIDL*, 1986, 903 e ss..
- CIOCCA G., OLIVELLI P.**, *Le prestazioni* in **CINELLI M.** (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, c.c.*, in **F. BUSNELLI** (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2010, 392.
- CIOCCA G.**, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998.
- COLOMBO S.**, *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 123.
- COMMISSIONE EUROPEA**, *The Role of Mutual Societies in the 21st century*, luglio, 2011.

- CORTI M., SARTORI A.**, *La previdenza complementare in Svezia* in **TURSI A.** (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 301 e ss..
- COSTI R.**, *Risparmio gestito e governo societario*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, 313.
- COSTI R.**, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, I, 23.
- CRISAFULLI V.**, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, nota 5, 34.
- D'ANTONA M.**, *Il quarto comma dell'art. 39, oggi* in *GDRI*, 80, 1998, 4, 665 e ss.
- DE FILIPPO A.**, *Diffusione, buone pratiche e casi di successo*, in **TREU T.** (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 163 e ss..
- DE LUCA TAMAJO R.**, *Leggi sul costo del lavoro e limiti dell'autonomia collettiva*, in **DE LUCA TAMAJO R., VENTURA L.** (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979.
- DE NOVA G.**, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladinotariatodellalombardia.org.
- DEL CONTE M.**, *Il welfare aziendale in un terzo delle imprese*, in *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2011, 10.
- DEL PUNTA R.**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2006, 187.
- DELL'OLIO M.**, *L'organizzazione sindacale e l'azione sindacale*, in *Enc. giur. lav.*, diretta da G. MAZZONI, I, Padova, 1980, 290.
- DELVAUX T., MAGNEE M.**, *Le nouveaux produits d'assurance-vie*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1991.
- DI BERARDINO E.**, *La vigenza dei contratti corporativi in relazione alla Legge 14 luglio 1959, n. 741*, Napoli, 1969.
- DI LIZIA A.**, *(Contratto di) Rete di imprese, Rassegna e clausole contrattuali*, in *Notariato*, 3, 2012.
- DIRINDIN N.**, *Il Libro bianco sul nuovo welfare* in *Politiche Sanitarie*, vol. 10, 3, 2009, 109 e ss..
- DOMINEDÒ M.**, *Giurisprudenza dei valori*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1950, 384.
- DONDI G.**, *Le vicende modificative delle fonti istitutive* in **BESSONE M., CARINCI F.** (a cura di), *La previdenza complementare*, vol. IV, Torino, 2004, 293.
- DORIA G.**, *Vincoli di destinazione e patrimonio del soggetto* in **A.A.V.V.** (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, 2 e ss..
- FAIOLI M.**, *Welfare privato in Europa: casi studio e comparazione* in *Working Paper MEFOP* n. 33, 2013.

FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi*, in *RDSS*, 11, 3, 2012, 706.

FAIOLI M., *Riflessioni in tema di organizzazione ed azione dell'ente bilaterale nel mercato del lavoro* in **FAIOLI M.** (a cura di), *Indagine sulla bilateralità nel terziario*, Torino, 2010.

FALZEA A., *Riflessioni preliminari a: La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, 5.

FANIN G., *Alcune considerazioni sul decreto istitutivo dei fondi pensione nei decreti legislativi n. 124 e n. 585 del 1993* in *RIDL*, 1994, I, 170.

FANIN G., *La costituzione e la gestione dei fondi pensione: un'analisi dei bisogni - Atti del 1° Forum Previdenza e assistenza collettiva*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1993.

FERRANTE V., *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del tfr* in **TURSI A. FERRANTE V.**, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese* in **TURSI A.** (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 125.

FERRARESI M., VASCELLO N., *Fonti normative e negoziali della previdenza complementare nell'ordinamento tedesco*, in **TURSI A.** (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 235 e 239.

FERRARIS FRANCESCHI R., *Il percorso scientifico dell'economia aziendale*, Torino, 1994.

FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 143, 2012.

FERRARO G., *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Tomi I e II, Milano, 2000.

FERRERA M., *Luxottica e i rischi dell'azienda-mamma*, in *Corriere della Sera*, 14 febbraio 2009.

FERRERA M., *Secondo welfare: perché? Una introduzione* in **MAINO F., FERRERA M.** (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, 2013 in <http://secondowelfare.it>

FILÌ V., *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di ferragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)* in *Lav. Giur.*, 2011, 10, 977.

FIORENTINI G., CALÒ F., *La filiera sussidiaria aziendale e i servizi di conciliazione aziendale*, Aidea, Milano 2011.

FIORENTINI G., CAMPEDELLI M. (a cura di), *Impresa sociale. Idee e percorsi per uscire dalla crisi*, Diabasis, Reggio Emilia, 2010.

FIORENTINI G., *Impresa sociale e sussidiarietà*, Milano, 2006.

- FIorentino P.**, *I fondi interprofessionali*, in **MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A.** (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112*, Torino, 2008, 196 e ss..
- FLAMMIA R.**, *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in **AAVV.** (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Nuova Giur. Lav.*, suppl., Roma, 1989.
- FORNERO E., CASTELLINO O.** (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale italiano*, Bologna, 2001.
- FORNERO E.**, *La strada dell'opting out*, in **GIOVANNINI R.** (a cura di), *Il futuro delle pensioni*, Roma, 2002, 129 e ss..
- FORNERO E.**, *L'economia dei fondi pensione*, Bologna, 1999.
- FRANCARIO L.**, *La ridefinizione della governance nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali* in **MESSORI M.** (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, 2006, 349 e ss..
- FRANCESCHINI B.**, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust* in **LEPORE G., MONEGAT M. G., VALAS I.** (a cura di), *Trust*, Torino, 2010, 251 e ss..
- FRANCO R.**, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 3, 319.
- GALANTINO L.**, *Diritto Sindacale*, Torino, 2012.
- GALANTINO L.**, *In tema di gerarchia tra le fonti del rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1973, II, 347 e ss.
- GALANTINO L.**, *Sui trattamenti retributivi individuali più favorevoli*, in *RIDL*, 1980, 135.
- GALLO F.**, *Quali agevolazioni fiscali per il risparmio previdenziale?*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 563 e ss..
- GAROFALO D.**, *Gli ammortizzatori sociali* in **CARINCI F., MISCIONE M.** (a cura di), *Commentario riforma Fornero*, Milano, 2012, 175.
- GAZZONI F.**, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 167.
- GESSA C.**, *Premesse ad uno studio sistematico della sicurezza sociale nell'ordinamento italiano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, 1971, vol. 1, 175 e ss..
- GHERRA E.**, *Forme speciali di previdenza*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, in **RIVA SANSEVERINO L. M., MAZZONI G.** (diretto da), III, Padova, 1971, 578 e ss..
- GHERRA E.**, *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per l'estensione dei contratti collettivi* in *Riv. trim., dir. proc.*, 1963, 1191.
- GIANNINI S., GUERRA M. C.**, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare* in **MESSORI M.** (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 477.

- GIUBBONI S.**, *Appunti in tema di prestazioni pensionistiche complementari*, in *IPrev*, 3, 2009, 608 e ss.
- GIUBBONI S.**, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Bari, 2009.
- GIUGNI G.**, *Diritto sindacale*, Bari, 2006.
- GIUGNI G.**, *Sub. Art. 39, Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, I, diretto da **G. BRANCA**, Bologna, 1979, 264.
- GIUGNI G.**, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.
- GIUGNI G.**, *Moderni indirizzi di legislazione sindacale*, in *Studi politici*, 1960, 462 e ss..
- GRANAGLIA E.**, *I fondi sanitari integrativi: alcuni rilievi critici?* in **DE VINCENTI C.**, **FINOCCHI GHERSI R.**, **TARDIOLA A.**, *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2011.
- GRANDI M.**, *Previdenza integrativa e previdenza privata (con particolare riferimento al settore del credito)*, in *Dir. Lav.*, 1990, I, 102.
- GRONCHI S.**, *Errori e distorsioni del sistema pensionistico: due proposte di correzione*, in **DELL'ARINGA C.**, **TREU T.** (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 369 e ss..
- GUERRA C.**, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, n. 2, 2001, 7.
- HERNANDEZ S.**, *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972.
- ISTAT**, *Rapporto Annuale 2012*, Roma, 2013 in www.istat.it/archivio/61203.
- ISVAP**, *La non autosufficienza degli anziani: il caso italiano alla luce delle esperienze estere*, in **ISVAP** (a cura di), *Quaderno Isvap n. 11*, Roma, 2007.
- JESSOULA M.**, *La politica pensionistica*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- JESSOULA M.**, **PAVOLINI E.**, *Annual National Report 2012. Pensions, Health Care and Long Term Care*, Asisp, 2012.
- LABATE G.**, **TARDIOLA A.**, *La sanità integrativa in Italia*, in **DE VINCENTI C.**, **FINOCCHI GHERSI R.**, **TARDIOLA A.** (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- LAGALA C.**, *L'artigianato*, Bari, 1992.
- LAGALA C.**, *Le regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, 363.
- LAI M.**, *Appunti sulla bilateralità in DRI*, 4, 1036 e ss..
- LAMBERTUCCI P.**, *La disciplina delle eccedenze di personale tra legge e contrattazione collettiva: prime riflessioni sull'art. 2, ventottesimo comma, legge 23 dicembre 1996, n. 662*, in *ADL*, 1997, 5, 249 e ss..

- LEONARDI, M. ARLOTTI**, *Welfare contrattuale e bilateralismo* in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 84 e ss..
- LEONE G.**, *Interesse pubblico e interessi privati nella previdenza complementare*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, 277 e ss..
- LISO F.**, *I fondi bilaterali alternativi* in *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, in **CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O.** (a cura di), Torino, 2013, 523.
- LISO F.**, *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, in *Bollettino ADAPT*, n. 33, 2012, 2 e ss.
- LISO F.**, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *GDRI*, 1998, 53..
- LUCANTONI S.**, *Fondi sanitari integrativi*, in **TREU T.** (a cura di), *Welfare aziendale, Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 299.
- MAGNUS G.**, *The Age of Aging. How Demographics are Changing the Global Economy and Our World*, John Wiley & Sons, Asia, Pte. Ltd, Singapore, 2008.
- MALLONE G.**, *il secondo welfare in Italia: esperienze di welfare aziendale a confronto*, in *Working Paper-2WEL Percorsi di secondo welfare* n. 3, 2013, ISSN 2281-7921, 4.
- MALLONE G.**, *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale* in **MAINO F., FERRERA M.** (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2013, 19.
- MANCINI G.F.**, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 30.
- MARES I.**, *The Politics of Social Risk. Business and Welfare State Development*, Cambridge University Press, New York, 2003.
- MARESCA A.**, *Accordi collettivi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale* in *AA.VV.* (a cura di), *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. I, Napoli, 2011, 475-496.
- MARIMPIETRI I., PANDOLFO A.**, *Ammortizzatori sociali fai da te: il caso del settore del credito* in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2001, 1, 101 e ss..
- MARTINENGO G.**, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *LD*, 2003, 180.
- MAZZIOTTI F.**, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1980, 50.
- MAZZIOTTI F.**, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive* in *Dir. Lav.*, 1997, n.4, 242.
- MAZZONI G.**, *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, 1977, 1284.
- MAZZONI G.**, *Previdenza, assistenza e sicurezza sociale*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1968, 1219.

MENGONI G., *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. Soc.*, 1971, 16.

MENGONI G., *Legge e autonomia collettiva, Relazione al terzo convegno nazionale della Federmeccanica*, Roma, 28-29 maggio 1980, 16.

MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Glossario per un nuovo welfare*, [www.governo.it/ GovernoInforma/Dossier/libro_bianco/Glossario](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/libro_bianco/Glossario).

MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009.

MISCIONE M., *Ammortizzatori sociali per razionalizzare*, in *Lav. Giur.*, 2007, 7, 647.

MISCIONE M., *Un modello privatistico di ammortizzatore sociale*, in *DPL*, 1998, 1513 ss..

MISCIONE M., *Il sostegno al reddito negli enti bilaterali* in *DPL*, 1997, 36, 2579.

MISCIONE M., *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, 2577.

MODIGLIANI F., CEPRINI M.L., MURALIDHAR A.S., *A solution to the social security reform*, Sloan Working Paper 4051, 2000.

NAPOLI M., *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005.

NERI S., *I fondi previdenziali e sanitari nel welfare aziendale*, in *Riv. Pol. Soc.*, 3, 2012, 143.

NICOLINI G., *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Milano, 1982, 175 e ss..

NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, in **BIANCA M.** (a cura di), Milano 2007, 65-66.

OCCHINO A., *Le forme pensionistiche cdd. preesistenti* in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 847.

OCSE, *Linee Guida Ocse per la governance dei fondi pensione*, luglio, 2002.

OSSERVATORIO ASSOMBARDA, *Il lavoro a Milano*, working paper n. 5/2011, in www.assolombarda.it/fs/201112817553_21.pdf, 2011.

PACE D. (a cura di), *Il risparmio previdenziale ed i fondi pensione*, Milano, 1993.

PACI S., *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2, 552.

PADOA F., *Riforma della previdenza - Un'Italia diversa a portata di mano*, Bologna, 1992.

PALERMO G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in **BIANCA M.** (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 79.

- PALLINI M.**, *La “mobilità” tra le forme pensionistiche complementari – Sub. Art. 14*, in A. TURSI, (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 789.
- PALLINI M.**, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, 1, 21.
- PAMMOLLI F.**, *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in **DELL’ARINGA C.**, **TREU T.** (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 265 e 266.
- PAMMOLLI F.**, **SALERNO N.C.**, *Spesa sanitaria, demografia, istituzioni* in **NADIA M.** (a cura di), *Un Welfare anziano: invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società*, Bologna, 2007.
- PANDOLFO A.**, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare. A mò di (parziale) commento del d.lgs. n. 252/2005* In *Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2006, 189.
- PANDOLFO A.**, *Principi costituzionali e regole del welfare contrattuale*, in **TREU T.** (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013, 81 e ss..
- PANDOLFO A.**, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare* in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 13, X.
- PAVOLINI E.**, **ASCOLI U.**, **MIRABILE L.**, *Tempi moderni. Il welfare nelle aziende in Italia*, Bologna, 2013.
- PAVOLINI E.**, **CECCONI C.**, **FIGLIOTTI I.**, **NERI S.**, *I fondi sanitari e le trasformazioni del welfare italiano*, IV Conferenza Annuale, Espanet Italia, *Innovare il Welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa*, Milano 29 settembre – 1° ottobre 2011 in www.espanet-italia.net
- PECHMAN J.**, **AARON H.**, **TAUSIG M.**, *Social Security. Prospectives for reform*, Washington, 1968, 189 e ss..
- PEDRAZZOLI M.**, *Qualificazioni dell’autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice* in *LD*, 1990, I, 355.
- PERA M.**, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 106.
- PERSIANI M.**, *Crisi economica e crisi del Welfare State*, Relazione alle Giornate di Studio dell’AIDLASS, Bologna, 16-17 maggio 2013.
- PERSIANI M.**, *Diritto della previdenza sociale*, 2006, 12 e ss..
- PERSIANI M.**, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 1, 32.
- PERSIANI M.**, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 33 e ss..

PERSIANI M., *Previdenza pubblica e privata*, relazione al XIII congresso AIDLASS Ferrara, 11-13 maggio 2000, Milano, 2002, 38.

PERSIANI M., *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario* in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 715.

PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *GDLRI*, 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara, 11/13 maggio 2000, 222 e ss..

PERSIANI M., *La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, in *INPDAP*, 1994, 273 e ss..

PERSIANI M., *Retribuzione, previdenza privata, previdenza pubblica* in **AA.VV.**, (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *NGL*, supp.1., 1989, Roma, 258 e ss..

PERSIANI M., *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale* in *ASAP-INTERSIND Lavoro*, *La giurisprudenza costituzionale*, 1985 -1986, Roma, 1987.

PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, 46.

PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, 127 e ss..

PESSI R., *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento* in **M. MESSORI** (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 328.

PESSI R., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale* in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte III Milano, 2004, 3203 e ss..

PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, 291.

PESSI R., *Previdenza complementare e previdenza privata*, in *Riv. Prev. Pubbl. e Priv.*, 2002, 664.

PESSI R., *Una lezione di etica alla politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, nota a Corte Costituzionale, 28 luglio 2000, n. 393 in *MGL*, 2000, 8/9, 968.

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

PESSI R., *Previdenza pubblica e previdenza integrativa*, in **AA. Vv.** (a cura di), *Questioni attuali di diritto del lavoro – Previdenza obbligatoria e integrativa*, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, supp. 2, 278.

PIZZICAROLI M. E., *Saluto istituzionale in Workshop: il Welfare aziendale. Inaugurazione del Master interdipartimentale di II livello in diritto del lavoro e relazioni industriali*, Università degli Studi di Milano, 11 novembre 2013.

- PIZZORUSSO A.**, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, di A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1977.
- POWELL W. W., DIMAGGIO P. J.** (a cura di), *La gabbia di ferro rivisitata. Isomorfismo istituzionale e razionalità collettiva nei tempi organizzativi, Il neoistituzionalismo nell'analisi organizzativa*, Comunità, Torino, 1983, 88 e ss..
- PROCOPIO M.**, *La fiscalità della sanità integrativa*, Roma, 2010.
- PROIA G.**, *I fondi interprofessionali per la formazione continua: natura, problemi e prospettive*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, II, 474.
- PROIA G.**, *Sussidiarietà e previdenza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, III, 1567.
- PROIA G.**, *Il contratto collettivo fonte e le funzioni della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, organizzate dall'AIDLASS Foggia, Milano, 2002, 125.
- PURI P.**, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005.
- PUTRIGNANO V.**, *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del SSN*, in *RDSS*, 2007, 467.
- REBBA V.**, *La normativa italiana sui fondi sanitari integrativi in AA.V.V. (a cura di), I fondi sanitari integrativi. Quale futuro per la sanità italiana?*, Milano, 2003, 181.
- REGALIA I.**, *La protezione sociale del lavoro come tema delle relazioni industriali* in *Riv. Politiche Sociali*, 3, 2012, 27.
- REYNERI E.**, *Immigrazione, mercato del lavoro, sviluppo economico* in **DELL'ARINGA C., TREU T.** (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 167 e ss..
- RIGANÒ G.**, *L'assegno sociale*, in **PESSI R.** (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1996, 297 e ss..
- RIGHINI E.**, *La responsabilità per la gestione dei fondi pensione*, in *Banca, Impresa e Società*, n. 3, 436.
- ROMAGNOLI U.**, *Natura giuridica dei fondi di previdenza* in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1960, 858 e ss..
- RUSCIANO M.**, *La metamorfosi del contratto collettivo* in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, 38 e ss..
- SANDULLI P.**, *Il conferimento tacito e non del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, 165.
- SANDULLI P.**, *Il ruolo delle fonti istitutive nel sistema pensionistico complementare: il caso del fondo cd. preesistente a regime misto*, in *RIDL*, 2005, 3.
- SANDULLI P.**, *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Torino, 1995, 243.

- SANDULLI P.**, *I regimi speciali di previdenza sostitutivi nel sistema pensionistico generale in INPDAI, La previdenza dei dirigenti nel sistema pensionistico italiano*, Padova, 1974, 107 e ss..
- SANTORO PASSARELLI G.**, *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 372.
- SCHULTZ F.**, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione della *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953 (a cura di), **NOCERA G.**, Firenze, 1968, 591.
- SEELEIB-KASER M.**, **FLECKENSTEIN T.**, *The Political Economy of Occupational Family Policy: Comparing Workplaces in Britain and Germany in British Journal of Industrial Relations*, vol. 47, 4, 2009, 741 -764.
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare in PESSI R.* (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Tomo I, Torino, 2013, 50.
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, 5, 2010, 509 e ss..
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Ammortizzatori ed interventi di sostegno del reddito “al tempo della crisi”*, in *MGL*, 2009, 5, 350 ss..
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008, 77.
- SIGILLÒ MASSARA G.**, *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali*, in *IPrev*, 2008, 1.
- SPANDONARO F.**, *Sanità e sussidiarietà*, in *Quaderni di Italiani europei*, n. 2, Roma, 2009.
- SPATTINI S.**, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali dopo la legge 28 giugno 2012*, n. 92, Milano, 2012.
- SPEROTTI F.**, *Demografia e mercato del lavoro: i cambiamenti dei prossimi quarant'anni*, in *DRI*, 1, 2011, 106 e ss..
- SQUEGLIA M.**, *Enti di diritto privato e “welfare professionale”* in **TIRABOSCHI M.** (a cura di), *Il lavoro riformato*, Milano, 2013, 423 -438.
- SQUEGLIA M.**, *Riforme senza progetto e progetto senza riforme* in **SQUEGLIA M.** (a cura di), *La staffetta intergenerazionale tra discutibili modelli e dubbie prospettive*, in *Bollettino Speciale Adapt*, n. 14, 2013.
- SQUEGLIA M.**, *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali* in *DRI*, 2012, 3, 628-669.
- SQUEGLIA M.**, *Contribuzione dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua e ricorso all'art. 6, comma 2, d.l. n. 78 del 2010*, in *DRI*, 2, 2012, 544 e ss..
- SQUEGLIA M.**, *Gestione finanziaria dei fondi pensione negoziale tra vincolo previdenziale, massimizzazione dei rendimenti e modelli alternativi di gestione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 5, 2011, 345 e ss..

- SQUEGLIA M.**, *Gli incentivi alla diffusione della previdenza complementare* in A.A.V.V. (a cura di), *III Rapporto sulla Previdenza complementare nel pubblico impiego*, Inpdap, Roma, 2011, 122 e ss..
- SQUEGLIA M.**, *La mappa delle protezioni dai rischi economici e finanziari* in A.A.V.V. (a cura di), *La Previdenza complementare nel pubblico impiego*, Inpdap, Roma, 2011, 101 e ss..
- SQUEGLIA M.**, *L'esclusione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dalla riforma sulla previdenza complementare*, in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare* (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, n. 3-4, 2007, 881-894.
- SQUEGLIA M.**, *Manuale del lavoro in crisi. Licenziamenti collettivi, integrazioni salariali, indennità di disoccupazione e di mobilità*, Torino, 2004.
- SQUEGLIA M.**, *La figura del responsabile del fondo pensione aperto quale interprete di interdisciplinarietà* in *Diritto&Diritti*, settembre 2002, ISSN 1127-8579.
- TAFANI S.**, *Aspetti comparativi nel regime giuridico e fiscale della previdenza complementare nell'Unione Europea*, in *Tributi*, luglio-dicembre, 2002, 623.
- TAYLOR-GOOPY P.**, *New Risks, New Welfare. The Transformation of the European Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- TIRABOSCHI M.**, *Un quadro di riferimento giuridico-istituzionale*, Atti del convegno *Il lavoro del futuro: apprendere nei luoghi di lavoro*, Bergamo, 27 e 28 ottobre 2011, promosso dall'Università degli Studi di Bergamo, CQIA e ADAPT.
- TIRABOSCHI M.**, *Difesa accorata e ragionata della riforma liberista del lavoro*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 5 settembre 2011, n. 28, in www.adapt.it.
- TIRABOSCHI M.**, *Il sostegno alla contrattazione collettiva e alla bilateralità nella riforma Biagi: alcune osservazioni critiche sull'articolo 10 della legge 14 febbraio 2003, n. 30* in *Guida Lavoro*, 2003.
- TIRABOSCHI P.**, *Fondi interprofessionali* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale*, aggiornamento, Utet, Torino, 2008, 293.
- TITMUS R.**, *Social Policy*, Allen and Unwin, Londra, 1974.
- TOZZOLI S.**, *Gli Occupational Pension Schemes nel Regno Unito*, in **TURSI A.** (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa. Tomo II. La previdenza complementare in Europa*, Torino, 2013, 163 e ss..
- TOZZOLI S.**, *Le prestazioni di previdenza complementare*, in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare* (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252), in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 759.
- TRANQUILLO T.**, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1995, 71 e ss..

TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013.

TREU T., *Una revisione strutturale del sistema pensionistico*, in **DELL'ARINGA C.**, **TREU T.** (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, 293 e ss..

TREU T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, 753.

TREU T., *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessarie*, in *Il diritto della sicurezza sociale: previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2004, 1, 10 ss.

TREU T., *Esperienze di previdenza complementare in Europa e linee ispiratrici per una riforma in Italia* in **GEROLDI G.**, **TREU T.** (a cura di), *Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa*, Milano, 1993.

TREU T., *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1663 e ss..

TULLINI P., *In attesa di una riforma: il fondo di solidarietà dei bancari*, *LD*, 1999, 370.

TURCHETTI G., *La non autosufficienza quale possibile contributo dal settore assicurativo?* in **PEDONE A.** (a cura di), *La sanità in Italia*, *Il Sole 24 ore*, Milano, 2008.

TURSI A., **VARESI P.A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2013.

TURSI A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva* in *DRI*, 3, 2013.

TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali* in **CINELLI M.**, **FERRARO G.**, **MAZZOTTA O.** (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, 487.

TURSI A., *Welfare aziendale: profili istituzionali*, in *Riv. Politiche sociali*, 3, 2012, 223.

TURSI A., *Ammortizzatori sociali contrattuali e previdenza complementare* in *RIDL*, 2008, II,669 e ss. (nota a Trib. Firenze, 21 marzo 2008).

TURSI A., *Note introduttive*, in **TURSI A.** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 544.

TURSI A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in **MONTUSCHI L.**, **TULLINI P.** (a cura di), *Lavoro e Responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006.

TURSI A., *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004.

TURSI A., *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche* in **BESSONE M.**, **CARINCI F.** (a cura di), *Commentario diretto da F. CARINCI*, Torino, 2004, 285 e ss..

TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001.

TURSI A., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, 513 ss..

VALLEBONA A., *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011.

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

VALLEBONA A., *Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare*, in *DRI*, 2006, 1048.

VALLEBONA A., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, Relazione al Convegno Aidlass, Milano, 23-25 maggio 1997.

VARESI P., *Azione sindacale e tutela del mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova* in *DRI*, 2004.

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

VOLPE PUTZOLU G., *I fondi pensione aperti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, 338 e ss..

ZAMPINI G., *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004.

ZOPPOLI L., *Neoregionalismo e sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in **RUSCIANO M.** (a cura di) *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, 2004, 9.