



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DISCIPLINE GIURIDICHE
SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA
AREA DIRITTO DEL LAVORO

XXIX CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO
TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO DEL LAVORO

**L'OMMISSIONE CONTRIBUTIVA
NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE**

Dottorando:
Dott. Francesco Baccini

Docente guida:
Chiar.mo Prof. Giampiero Proia

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DISCIPLINE GIURIDICHE
SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA
AREA DIRITTO DEL LAVORO

XXIX CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO
TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO DEL LAVORO

**L'OMMISSIONE CONTRIBUTIVA
NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE**

Dottorando:
Dott. Francesco Baccini

Docente guida:
Chiar.mo Prof. Giampiero Proia

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

2.3	L'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO E L'INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA DELL'INPS.....	P. 49
-----	---	-------

CAPITOLO TERZO

L'OMMISSIONE CONTRIBUTIVA E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEI FONDI PENSIONE

3.1.	LA MANCATA PREVISIONE DELLA CONTITOLARITÀ IN CAPO AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE.....	P. 59
3.2	LA NATURA CONTRIBUTIVA DEI FINANZIAMENTI DESTINATI AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE	P. 63
3.3	I RIMEDI PROCESSUALI NELLE IPOTESI DI OMISSIONE CONTRIBUTIVA. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI AL RIGUARDO.....	P. 67

CAPITOLO QUARTO

<i>PROBLEMI</i>	<i>GIURIDICI</i>	<i>IRRISOLTI</i>	<i>E</i>	<i>CONSIDERAZIONI</i>	
<i>CONCLUSIVE.....</i>					P. 80

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO PRIMO

L'INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE.

SOMMARIO: 1.1 ANDAMENTO DEMOGRAFICO, LIMITI DI SPESA E SCELTE PREVIDENZIALI: LE RAGIONI DELLO SVILUPPO DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE IN ITALIA ED EUROPA – 1.2. LA LIMITATA DIFFUSIONE DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE IN ITALIA – 1.3 I PRINCIPI ISPIRATORI DEL D.LGS. N. 252 DEL 2005: TRA COMPROMESSO E CONTINUITÀ – 1.4 IL SISTEMA DI FINANZIAMENTO NEL D. LGS N. 252 DEL 2005 – 1.5 LA DEVOLUZIONE DEL TFR AI FONDI PENSIONE E IL MANCATO VERSAMENTO DELLA CONTRIBUZIONE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO.

1.1 ANDAMENTO DEMOGRAFICO, LIMITI DI SPESA E SCELTE PREVIDENZIALI: LE RAGIONI DELLO SVILUPPO DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE IN ITALIA ED EUROPA

In tutta Europa la previdenza complementare ha rappresentato negli ultimi decenni una delle possibili soluzioni alla crisi dei modelli di *welfare* affermatasi nel secolo scorso¹.

Sebbene il tema centrale del presente lavoro non sia propriamente quello appena citato, è necessario tuttavia procedere ad una breve ricostruzione di quelle che sono state le vicende storiche ed economiche che hanno determinato lo sviluppo della previdenza complementare, senza pretendere di affrontare l'argomento con

¹ In dottrina, sulle origini del fenomeno della previdenza complementare, R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000; M. BESSONE – F. CARINCI, *La previdenza complementare (Commentario)*, Torino, 2004; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005; G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007; M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008.

presunzione di completezza, ma affrontando i temi chiave che da cause della crisi dei sistemi di sicurezza sociali europei si sono rivelati anche i fattori determinanti per l'affermazione del ruolo della previdenza complementare.

Tendenzialmente, i fattori di cui si parla sono connessi a ragioni sociali, demografiche ed economiche.

Le prime, rappresentate dall'emergere di sempre maggiori bisogni ed esigenze da soddisfare, dipendono dall'evoluzione che la società europea ha affrontato sin dal dopoguerra. In breve, è mutato progressivamente, ma allo stesso tempo velocemente, il quadro sociale ed economico che aveva rappresentato la base dei sistemi previdenziali del '900. Basti pensare ai mutamenti demografici ed economici, primi fra tutti l'allungamento della vita media ma anche la diminuzione del tasso di natalità combinato al crescente invecchiamento della popolazione. Già questi fattori, da soli, hanno contribuito alla crisi dei regimi pensionistici a ripartizione, i quali, come è noto, finanziando le prestazioni pensionistiche con i contributi versati dalla popolazione in attività, sono affidati alla solidarietà intergenerazionale.

I fattori economici, assai più complessi, cui invece si fa riferimento, sono in estrema sintesi il rallentamento dell'economia industriale, dopo la grande crescita avvenuta tra gli anni Cinquanta e Settanta, il mutamento delle dinamiche del mondo del lavoro, con flessibilità ma anche precarizzazione come fenomeni correlati, ed infine l'aumento dei livelli di disoccupazione (e aumento del divario lavoratori occupati/pensionati).

A tutto questo si aggiunga un elemento essenziale: l'Unione Europea e la globalizzazione hanno imposto, ed impongono con

sempre maggiore forza, di cercare delle soluzioni che sono sempre meno “locali”; in questa ottica si spiega perché, nel cominciare ad affrontare il tema della previdenza complementare, sia necessario interpretare e leggere le scelte del legislatore previdenziale italiano in chiave “comunitaria”.

Non si tratta infatti di una banalizzazione l’osservazione secondo la quale il disegno riformatore messo in atto nel nostro Paese a partire dal 1992 risponda a delle esigenze di contenimento della spesa pubblica, anche previdenziale, poste dalla volontà di adesione e dalla partecipazione al progetto della Comunità, oggi Unione Europea.

L’adesione al progetto europeo, come su altri aspetti del nostro ordinamento, ha inciso profondamente sulle scelte compiute dal legislatore previdenziale a partire dagli anni Novanta, quando è risultato evidente che il sistema a ripartizione fino ad allora vigente, così come era strutturato (bassi requisiti contributivi e commisurazione della prestazione pensionistica alla retribuzione degli ultimi anni di attività lavorativa) non era assolutamente in linea con gli obiettivi-guida di contenimento della spesa e del debito pubblico relativi al progetto comunitario.

Il nostro sistema di finanziamento della spesa previdenziale, infatti, basato sul pagamento delle prestazioni pensionistiche attingendo ai contributi versati dai lavoratori, per mantenere una promessa pensionistica incentrata sul mantenimento di un tenore di vita pari a quello goduto durante l’ultimo periodo di attività lavorativa, comportava la scelta tra aumento delle aliquote contributive, revisione dei criteri di spesa pubblica (cioè riduzione delle prestazioni) o ricorso all’indebitamento pubblico.

Una strada alternativa, auspicata ma forse con poco senso di responsabilità e con poca lungimiranza politica, era rappresentata dalla possibilità/eventualità di un tasso di crescita economica sempre positivo, di un andamento demografico regolare “*per mantenere in equilibrio la spesa previdenziale sarebbe stato necessario avere un rapporto lavoratori attivi/pensionati sempre più grande e/o una crescita economica tale da consentire un maggior gettito contributivo dovuto alla maggior ricchezza complessiva e, contestualmente, una speranza di vita costante. Come è ben noto ciò che si è avverato è l’esatto opposto di tutto questo: calo demografico, crescita economica minima, incremento della speranza di vita*”².

In questo quadro si spiega l’intervento di riforma operato, prima con gli interventi del 1992 (e per la previdenza complementare con il d.lgs. n. 124 del 1993), e, poi, con la Legge n. 335 del 1995, apripista di tutti gli ulteriori interventi normativi sino alla cd. Legge Fornero, che è intervenuta su elementi quali età pensionabile, minimi contributivi e criterio di calcolo della prestazione pensionistica.

Quest’ultimo elemento è essenziale nel comprendere il ruolo sistematico che la previdenza complementare è destinata ad occupare nei prossimi decenni; infatti, con la riforma del 1995 si è scelto di abbandonare, anche se progressivamente, il sistema di calcolo delle prestazioni c.d. *retributivo*, introducendo un sistema *contributivo*, nel quale la prestazione è determinata dall’ammontare dei contributi versati e rivalutati (montante contributivo) moltiplicato per un coefficiente di trasformazione che varia a seconda dell’età di

² A. AVIO, *Il completamento della riforma pensionistica*, in *Lavoro e dir.*, 4/2008, 596-597.

accesso alla pensione³. Questo sistema, che ancora si basa sulla tecnica della ripartizione, affidandosi dunque alla solidarietà intergenerazionale, e che non sceglie di rispecchiare il modello “puro” a capitalizzazione (in cui i contributi del singolo sono accantonati, investiti, rivalutati e destinati a produrre la prestazione dello stesso soggetto che li ha versati), consente tuttavia di risparmiare sulla spesa pensionistica.

La ragione, molto semplice, è rappresentata dal fatto che il sistema di calcolo suddetto, svincolato dal parametro retributivo, garantisce delle prestazioni previdenziali inferiori.

Inoltre, la variabilità del coefficiente di trasformazione (originariamente prevista a cadenza decennale) consente di intervenire e modulare tempestivamente la spesa pensionistica al variare dell’andamento demografico ed anagrafico e all’andamento del Pil; dunque, avendo sempre come obiettivi il contenimento della spesa pubblica, specie previdenziale, e la sostenibilità del sistema previdenziale.

Il rovescio della medaglia è però rappresentato, come si accennava, dalla diminuzione del livello di tutela che il sistema previdenziale tende ad assicurare: non più una pensione

³ D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007. L’A. evidenzia come il sistema contributivo offra prestazioni meno elevate, a differenza del sistema retributivo il quale, prevedendo la commisurazione della pensione all’anzianità di servizio e alle ultime retribuzioni, “comporta maggiori oneri a carico della previdenza pubblica, perché le ultime retribuzioni sono più elevate di quelle corrisposte nei primi anni di vita lavorativa. D’altra parte, esso garantisce una prestazione pensionistica non molto inferiore all’ultima retribuzione ed idonea, pertanto, a garantire al lavoratore lo stesso tenore di vita goduto prima di andare in pensione”.

commisurata alle ultime retribuzioni, bensì commisurata all'entità dei contributi versati durante l'intera vita professionale. Ma questo vuol dire prestazioni inferiori⁴.

Come bilanciare le esigenze di risparmio della spesa pubblica e il principio costituzionale dell'*adeguatezza* delle prestazioni pensionistiche? In Italia (ma anche nel resto dell'Europa) una delle possibili risposte è stata rappresentata proprio dalla previdenza complementare.

Per essere più precisi, dalla configurazione di un sistema previdenziale *multipilastro*, in cui la pensione pubblica (fornita dalla previdenza obbligatoria di base) è destinata ad essere integrata da altre forme previdenziali integrative: dalla pensione complementare ricavata attraverso la contribuzione ai fondi pensione (secondo pilastro) ed anche dalla pensione integrativa individuale (terzo pilastro), cioè di quella alimentata dal risparmio individuale a scopo previdenziale.

Questa nuova configurazione del sistema previdenziale, come si accennava, è riuscita a diffondersi nella maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea, anzi trova le sue radici in quegli ordinamenti che avevano, prima dell'Italia, cercato nuove risposte ai costi crescenti del sistema previdenziale ed all'esigenza di contenere la spesa dei servizi pubblici.

⁴ A. AVIO, *Il completamento della riforma pensionistica*, op. cit., 599. L'A. con riferimento al *quantum* della prestazione afferma che con "il meccanismo dell'adeguamento periodico del coefficiente di trasformazione nessun lavoratore può sapere quale sarà – se non negli anni immediatamente a ridosso dell'evento – il tasso di sostituzione che sarà applicato per calcolare la propria pensione".

La maggior parte dei paesi dell'Unione Europea (specialmente Gran Bretagna, Olanda e da ultime, anche Italia e Germania) ha sviluppato così politiche di contenimento di quel comparto di spesa sociale che riguarda la previdenza, prevedendo incentivazioni fiscali rivolte ai regimi pensionistici integrativi di tipo professionale (il c.d. secondo pilastro) e/o di tipo individuale (c.d. terzo pilastro).

La sostenibilità dei regimi pensionistici pubblici ha, così, imposto una riduzione delle prestazioni erogate dal sistema della previdenza di base, e come strategia correttiva dei sistemi *a ripartizione*, il ricorso a forme pensionistiche integrative, che tanto nella tipologia dei regimi professionali collettivi (soprattutto regimi di categoria basati sui contratti collettivi), quanto nella tipologia delle forme individuali-volontarie (specialmente regimi pensionistici offerti da compagnie di assicurazione), presentano diversamente dai regimi pubblici, la comune e fondamentale caratteristica di essere finanziati secondo il sistema a *capitalizzazione*⁵.

In qualche modo, e semplificando, la previdenza complementare rappresenta un elemento di modernità, anzi contemporaneità, degli attuali sistemi previdenziali.

Quei sistemi che fino a qualche decennio fa sembravano maturi ed idonei a fornire risposte concrete ai bisogni della collettività si sono progressivamente dimostrati deficitari, necessitando di innesti normativi (che guardassero verso direzioni inesplorate fino ad allora,

⁵ I fondi pensione gestiti a capitalizzazione prevedono l'istituzione per ciascun lavoratore di un conto individuale sul quale vengono accreditati i contributi versati da lui, o per lui, e che si incrementa con il reddito dei relativi investimenti. Quindi le prestazioni sono garantite dal capitale accreditato su quei conti e, al tempo stesso, il loro importo è rigorosamente determinato sulla base di quel capitale; D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, *op.cit.*, 119.

o comunque solo accennate) diretti a rispecchiare le trasformazioni della società, del mercato del lavoro e i nuovi vincoli di spesa gravanti sul bilancio pubblico.

1.2. LA LIMITATA DIFFUSIONE DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE IN ITALIA

In Italia, il primo intervento normativo di rilievo tendente a delineare un vero e proprio “sistema della previdenza complementare”⁶ si realizza con il D.Lgs n. 124 del 1993 il quale mirava a dettare una disciplina organica e completa delle forme pensionistiche complementari.

Fino a quel momento, ma anche successivamente purtroppo, la previdenza complementare ha stentato nel nostro Paese a decollare.

La mancata diffusione delle forme previdenziali complementari è probabilmente dovuta a due fattori principali.

Il primo è rappresentato dalla carenza di fonti di finanziamento, tanto che il fenomeno previdenziale integrativo si è sviluppato soprattutto tra i lavoratori con redditi elevati, i soli che potevano permettersi di destinare una parte della propria retribuzione al finanziamento di tale previdenza “facoltativa” e aggiuntiva.

Il secondo fattore è, invece, rappresentato da motivazioni “contingenti”, nel senso che fin quando il sistema previdenziale obbligatorio è riuscito ad assicurare delle prestazioni adeguate, cioè con un ottimo tasso di sostituzione tra reddito da lavoro e pensione,

⁶ R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 555.

non era avvertita l'esigenza di una pensione che integrasse quella resa dal primo pilastro.

Per semplificare, potremmo affermare che a causa della generosità del primo pilastro non si avvertiva l'esigenza di finanziare forme previdenziali integrative.

Così, a causa delle carenze informative sul ridimensionamento del pilastro pensionistico pubblico, ma anche per la scarsa propensione al risparmio previdenziale e, dall'altro lato, dal radicamento dell'istituto del Tfr visto come capitale per affrontare il momento del pensionamento (e non solo), il mondo del lavoro si è dimostrato impreparato e poco interessato al fenomeno della previdenza complementare, con il rischio di compromettere l'esigenza di vedersi assicurato un futuro previdenziale "adeguato".

Ciò ha imposto una serie di interventi tesi a stimolare lo sviluppo della previdenza complementare, rilanciando il piano originariamente affidato al D.Lgs n. 124 del 1993.

Si pensi in primo luogo alla Legge n. 335 del 1995 e, soprattutto, al D.Lgs. n. 47 del 2000⁷ che ha riscritto la disciplina fiscale della previdenza complementare, con il preciso obiettivo di incentivarne l'adesione e la contribuzione.

Sulla stessa linea è intervenuto più recentemente il D. Lgs. n. 252 del 2005, il quale, in base alle disposizioni della Legge delega 243 del 2004⁸ – c.d. Riforma Maroni – ha provveduto a riscrivere il quadro

⁷ S. DEDOLA, *La disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Bollettino trib.*, 19/2003, 1379 ss.

⁸ Sulla più recente normativa in tema di riordino del sistema pensionistico, in chiave di lettura connesso al tema della previdenza complementare, tra gli altri, A. SGROI, *Il sistema di previdenza pubblica dopo la legge delega n. 243 del 23 Agosto 2004*, in *Riv. giur. lav.*, 4/2004, 795-820; M. MISCIONE, *La riforma delle pensioni 2004*, in *Lav. giur.*, 9/2004, 821 ss..

di riferimento normativo in materia di previdenza complementare, assorbendo e in parte modificando l'impianto del D.Lgs. n. 124 del 1993 e disponendone l'abrogazione⁹.

A ben vedere, difatti, il D.Lgs. n. 252 del 2005 si ripropone, oggi, gli stessi obiettivi cui mirava, da sempre, il D.Lgs. n. 124 del 1993: disciplinare in un sistema unico le forme di previdenza finalizzate all'erogazione di prestazioni pensionistiche complementari a quelle erogate dal sistema di base, riuscendo così ad assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale (art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 252 del 2005, ma ancora prima art. 1, D.Lgs. n. 124 del 1993).

La mancanza del decollo dei fondi pensione, oltretutto, ha determinato un fenomeno peculiare anche dal punto dell'evoluzione della normativa, fenomeno rispetto al quale anche il D.Lgs. n. 252 del 2005 non è estraneo; infatti, la regolazione della previdenza complementare ha seguito nel nostro Paese delle dinamiche particolari, nel senso che anche in assenza di un effettivo sviluppo della previdenza complementare, il legislatore ha continuato ad adoperarsi in questo senso.

Detto in altri termini, l'ordinamento non è intervenuto a regolare quello che era un fenomeno sociale già diffuso¹⁰ ma “*ha*

⁹ Sull'entrata in vigore del D.Lgs. n. 252/2005, anticipata di un anno dalla Legge Finanziaria del 2007, A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2/2006, 812; ed ancora A. PANDOLFO, *Prime riflessioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del D.Lgs. 252/2005*, in *Prev. e assist. pubbl. e privata*, 2/2006, 148. L'A. parla di “problemi ed effetti di una legge a scoppio ritardato”.

¹⁰ Sugli interventi normativi relativi alla previdenza integrativa individuale, fenomeno questo solo in parte accomunabile alla previdenza complementare, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 50 e ss.

cercato di creare le condizioni perché quel fenomeno diventasse tale, incentivando l'adesione alle forme pensionistiche complementari e prevedendo il finanziamento delle stesse anche attraverso quote di t.f.r."¹¹.

Ma ciò si spiega in quanto il ruolo delle forme pensionistiche complementari è stato imposto dalle condizioni di dissesto finanziario del sistema di previdenza obbligatorio.

Nel tentativo di diffondere e generalizzare l'adesione alla previdenza complementare, il legislatore ha seguito la strada dell'incentivazione fiscale e quella più ardua della creazione di un clima di fiducia nei confronti del secondo pilastro del sistema previdenziale.

Nella direzione della creazione di un clima di fiducia verso i fondi pensione, il legislatore ha voluto pensare e fondare un sistema di previdenza complementare basato sui principi di trasparenza e buona amministrazione, affidando un ruolo chiave alla Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (d'ora in poi Covip), *“istituita con lo scopo di perseguire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare”*¹².

Rispetto, invece, al profilo dell'incentivazione delle forme pensionistiche complementari, basti qui ricordare, come noto, che la

¹¹ D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, *op.cit.*, 121.

¹² Art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 252 del 2005, e prima art. 16, D.Lgs. n. 124 del 1993.

leva fiscale è stata la strada principale (insieme alla scelta sul Tfr come fonte privilegiata della previdenza complementare ed al sistema del silenzio-assenso) attraverso cui si è cercato di convincere il mondo del lavoro ad aderire alle forme pensionistiche complementari, dapprima con il già citato D.Lgs. n. 47 del 2000 ed ora con le nuove norme del D.Lgs. n. 252 del 2005, che hanno ampliato la deducibilità fiscale delle risorse destinate alla contribuzione ai fondi pensione ed hanno previsto un sistema di tassazione delle prestazioni pensionistiche complementari molto conveniente nel caso di scelta di rendita pensionistica.

1.3 I PRINCIPI ISPIRATORI DEL D.LGS. N. 252 DEL 2005: TRA COMPROMESSO E CONTINUITÀ

Il Decreto Legislativo n. 252 del 5 dicembre 2005 ha attuato una riforma organica della disciplina della previdenza complementare, procedendo ad una revisione integrale del Decreto Legislativo n. 124 del 1993.

L'iter legislativo che ha portato alla luce il D.Lgs. n. 252 del 2005 è stato segnato da un serrato confronto tra il Governo e le parti sociali, tanto che la versione del decreto che oggi analizziamo non è quella originariamente proposta dal legislatore delegato, ma ha subito consistenti modifiche – alcune delle quali saranno oggetto di approfondimento nei prossimi capitoli – in ragione della profonda contrarietà dell'autonomia collettiva che temeva di perdere alcune prerogative che, invece, erano ben delineate già a partire dal D.Lgs. n. 124 del 1993.

Così, il confronto tra i diversi interessi coinvolti nel disegno di riordino del sistema della previdenza complementare, ha conferito al D.Lgs. n. 252 del 2005 una “vocazione per certi aspetti compromissoria”¹³.

La legge delega, infatti, aveva compiuto una scelta chiara e precisa in favore della valorizzazione del momento pluralistico e concorrenziale tra le forme di previdenza complementare, puntando inoltre sull’ampliamento dei profili inerenti la libertà di scelta individuale del lavoratore.

Il decreto attuativo, invece, correndo addirittura il rischio di esporsi ad eventuali pronunce di incostituzionalità per violazione dell’art. 76 della Costituzione, ha in parte disatteso l’originario disegno di riforma indicato dal Parlamento nei principi e criteri direttivi della legge delega, assegnando ancora un rilievo peculiare alla concezione della previdenza complementare quale espressione dell’autonomia collettiva.

Infatti, sotto la spinta delle serrate critiche delle organizzazioni sindacali, il D.Lgs. n. 252 del 2005 ha adottato soluzioni “*in cui tornano nettamente a prevalere i momenti di garanzia e di trattamento preferenziale riservati ai fondi negoziali ed alla previdenza complementare espressione dell’autonomia collettiva*”¹⁴.

Ma, sebbene emergano, su determinati aspetti, conflitti e antinomie tra previdenza collettivo-sindacale – espressione di una

¹³ A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2/2006, 793.

¹⁴ Anche in S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare. Primi appunti sullo schema di decreto di attuazione della delega ex L. n. 243/2004*, in *Lavoro giur.*, 3/2006, 253.

solidarietà intracategoriale¹⁵ - e previdenza individuale - cioè la previdenza delle forme c.d. mercantilistiche, espressione di una concezione del risparmio previdenziale che attraverso l'investimento nel mercato finanziario tende alla massimizzazione del risparmio investito, dunque espressione di interessi egoistici - è comunque da segnalare il tentativo del D.Lgs. n. 252 del 2005 di allineare le regole concernenti il funzionamento, il finanziamento e le prestazioni dei fondi, nonché l'omogeneizzazione del trattamento fiscale della previdenza complementare.

In breve, si potrebbe dire che D.Lgs. n. 252 del 2005 si pone, da un certo punto di vista, in posizione di continuità con l'abrogato D.Lgs. n. 124 del 1993; da un'ulteriore angolazione, però, introduce interessanti prospettive e tende a porre le basi per lo sviluppo di una maggiore concorrenzialità del sistema di previdenza complementare.

La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 252 del 2005 si incentra attorno a tre tematiche principali, ricche di implicazioni e tra loro correlate.

La prima tematica è rappresentata dalla valorizzazione del principio della volontà individuale, del resto non nuovo alla materia¹⁶, che si esprime principalmente attraverso la libertà di adesione alle

¹⁵ M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, 141 ss.; *ID.*, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti dir. lav.*, 3/2001, 715 ss.

¹⁶ Essendo già contemplato all'art. 3, comma 4, D.Lgs. n. 124 del 1993.

forme pensionistiche complementari (art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 252 del 2005)

Questa libertà si esprime, attraverso le norme del D.Lgs. n. 252 del 2005, non solo nel momento dell'adesione; ma anche nella scelta delle modalità di contribuzione, nella scelta del tipo di prestazioni erogate dal fondo, nella possibilità di continuare a contribuire anche dopo il pensionamento, nella scelta della linea di investimento cui far confluire i versamenti.

Ancora, il D.Lgs. n. 252 del 2005 ha compiuto una scelta, in parte differente dal tradizionale impianto del D.Lgs. n. 124 del 1993, in tema di equiparazione delle forme di previdenza complementare. Si è cercato, infatti, di superare la tradizionale visione dicotomica del fenomeno della previdenza complementare, che oppone la previdenza c.d. sindacale, espressione di una solidarietà intracategoriale riconducibile alla logica del rapporto di lavoro, alla previdenza individuale, quella che si esprime, attraverso le forme mercantilistiche, come momento di partecipazione al mercato finanziario finalizzato alla massimizzazione del rendimento del risparmio investito e perciò espressione di interessi egoistici¹⁷.

La scelta di equiparare le diverse forme pensionistiche, insieme all'eliminazione del vincolo di adesioni collettive ai fondi aperti – rappresentato dall'art. 9, comma 2 del decreto legislativo n. 124 del 1993, il quale subordinava l'adesione ai fondi aperti solo in assenza

¹⁷ A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, *op.cit.*, 794, che richiama A. TURSI, *Il concetto di autonomia collettiva nella disciplina della previdenza complementare*, *La nuova nozione di fonte istitutiva tra apparente innovazione e continuità*, in *News letter Mefop*, 25, 5.

di fondi pensione negoziali – rappresenta un ulteriore elemento di libertà individuale nella scelta previdenziale.

Allo stesso tempo, inoltre, rappresenta la scelta legislativa di valorizzare la concorrenzialità all'interno del sistema della previdenza complementare, intesa come “*valorizzazione della libertà individuale come libertà di scelta tra offerte di investimento del risparmio previdenziale tra loro in competizione*”¹⁸.

Di fatto, però, l'apertura verso una maggiore concorrenzialità delle forme pensionistiche significa anche più mercato (inteso come *regole di mercato*), aspetto che trova altro elemento di forza sempre nella portabilità della posizione previdenziale e nella portabilità del contributo datoriale, tema che sarà approfondito più avanti.

Sin d'ora, però, si può anticipare come proprio le tematiche della portabilità della posizione previdenziale, della portabilità del contributo dovuto dal datore di lavoro e più in generale l'estensione della facoltà di trasferimento da un fondo all'altro dimostrano, da un lato, l'oscillazione e l'ibrido¹⁹ delle scelte legislative rispetto alla previdenza complementare; dall'altro lato, però, dimostrano come su questi temi trovano terreno di confronto quelli che sono i principi ispiratori del D.Lgs. n. 252 del 2005 (tra gli altri, libertà di adesione, libertà di scelta ed equiparazione delle forme pensionistiche complementari, concorrenzialità tra i fondi pensioni).

¹⁸ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 62/2007, 2.

¹⁹ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 634.

Principi, per concludere, che possono essere analizzati, nel loro concreto atteggiarsi, cioè nelle soluzioni legislative, valorizzando diversi profili.

Diverse soluzioni dottrinali, ad esempio, si riscontrano in merito alla scelta sulla destinazione del Tfr ai fondi pensione.

Il primo articolo del c.d. Testo unico detta la nozione di forme pensionistiche complementari, annoverando tutte le tipologie che operano nel sistema e che sono finalizzate ad *“assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale”*: le forme di origine contrattuale-collettiva e quelle istituite mediante regolamenti di enti o aziende; i fondi promossi dalle regioni, da accordi fra soci lavoratori di cooperative e tra soggetti destinatari del D.Lgs. n. 565 del 1996²⁰; i fondi promossi degli enti privatizzati ex D.Lgs. n. 509 del 1994 e D.Lgs. n. 103 del 1996²¹; i fondi pensione aperti promossi da intermediari bancari, finanziari, assicurativi; le forme pensionistiche individuali e quelle preesistenti.

Tutte queste forme pensionistiche complementari *“sono attuate mediante la costituzione... di appositi fondi o di patrimoni separati, la cui denominazione deve contenere l’indicazione di « fondo pensione», la quale non può essere utilizzata da altri soggetti”* (art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 252 del 2005).

A differenza, quindi, del D.Lgs. n. 124 del 1993, che non era riuscito a ricondurre ad un concetto unitario le varie forme, il D.Lgs.

²⁰ Si tratta dei soggetti che, in base alla relativa disciplina normativa, avrebbero titolo per iscriversi al “Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari” istituito presso l’INPS.

²¹ Sulla novità della previdenza complementare affidata a tali enti di diritto privato, A. CASOTTI – M.R. GHEIDO, *La riforma della previdenza complementare*, Milano, 2007, 37 ss..

n. 252 del 2005 enuncia, sin dall'art 1, l'intenzione di dettare una disciplina uniforme per tutte le forme previdenziali, mirando alla piena parificazione/equiparazione delle forme collettive ed individuali.

Il secondo comma dell'art. 1 del decreto n. 252 enuncia in maniera chiara che *“L'adesione alle forme pensionistiche complementari... è libera e volontaria”*.

Il principio di libertà di adesione non rappresenta una novità; già il D.Lgs. n. 124 del 1993 lo contemplava come cardine del sistema.

Ma sono innovative la libertà di scelta della forma pensionistica cui aderire e la possibilità di trasferire la posizione previdenziale da un fondo all'altro.

Queste scelte legislative rispecchiano e rappresentano le conseguenze dell'attuazione del principio di equiparazione delle diverse forme pensionistiche complementari previsto dalla legge delega (art. 1, comma 2, lett. e), n. 4., L. n. 234 del 2004).

Equiparazione diretta al superamento della forte connotazione collettiva della previdenza complementare che il D.Lgs. n. 124 del 1993 aveva scelto ed al superamento della forte alternatività tra fondi pensione aperti e chiusi.

Come è noto, il D.Lgs. n. 124 del 1993, indicando una *“inderogabile gerarchia delle fonti istitutive delle forme di previdenza complementare – appunto centrata sull'indiscussa supremazia del contratto collettivo (pur coniugata col principio della libertà d'adesione*

*individuale)-...*²² aveva riconosciuto alla dimensione sindacale un ruolo di particolare importanza e privilegio.

In altre parole i fondi chiusi, preferibilmente di categoria, erano destinati ad operare in condizioni di “*quasi monopolio, e in un’ottica necessariamente solidaristica e mutualistica*”²³.

Questa circostanza era rafforzata dall’art. 9, comma 2 del D.Lgs. n. 124 del 1993, il quale subordinava l’adesione ai fondi aperti solo in assenza di fondi pensione negoziali; in presenza di un fondo chiuso, di categoria o interaziendale, il lavoratore non poteva aderire ad un fondo aperto.

In altre parole, la sua libertà si esprimeva solamente nella scelta se aderire o meno alla forma previdenziale, senza poter scegliere a quale fondo pensione contribuire.

Rimosso questo vincolo, il lavoratore si trova ad esercitare una scelta maggiormente libera e l’alternatività tra fondi di categoria e fondi aperti apre la strada anche ad una forma di concorrenza tra gli stessi fondi che si manifesta nella possibilità di adesione su base collettiva a fondi aperti.

Queste aperture, apparentemente, sembrano portare all’abbandono della tradizionale distinzione tra secondo e terzo pilastro, quest’ultimo affidato alle forme pensionistiche individuali e diretto a soddisfare, differentemente dalla previdenza sindacale-contrattuale, interessi esclusivamente individuali.

²² S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare. Primi appunti sullo schema di decreto di attuazione della delega ex L. n. 243/2004*, in *Lavoro giur.*, 3/2006, 250.

²³ S. GIUBBONI, *op. ult.cit.*

La riforma del 2005 compie, infatti, diversamente dal passato, una scelta di uniformazione e equiparazione delle forme pensionistiche, consentendo anche alle forme individuali di essere destinatarie del Tfr e del contributo datoriale (art. 13, comma 4, D.Lgs. n. 252 del 2005).

Di fatto, però, il D.Lgs. n. 252 del 2005 mantiene, sotto alcuni profili, una regolamentazione differenziata, nettamente a favore delle forme previdenziale di origine sindacale.

Queste criticità emergono anche nel coordinamento tra la chiara ed esplicita scelta di un sistema basato sulla adesione “*libera e volontaria*” (art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 252 del 2005), che esprime l’opzione per un regime non obbligatorio, e l’introduzione di un meccanismo di conferimento tacito del Tfr (art. 8, D.Lgs. n. 252 del 2005).

Basti qui ricordare come il semiautomatismo connesso al conferimento tacito del Tfr rischia di pregiudicare l’effettività del principio di volontarietà e di libertà di adesione alla previdenza complementare; principio che finisce con il dipendere da un corretto e tempestivo sistema informativo rivolto, in particolar modo, ai dipendenti del settore privato²⁴.

Ma si può ricondurre allo stesso discorso, quello cioè del conferimento tacito del Tfr, un ulteriore elemento di criticità, rappresentato dal fatto che l’art. 8 del D.Lgs. n. 252 del 2005 prevede un meccanismo di conferimento tacito del Tfr a senso unico.

Le uniche forme che possono beneficiare del Tfr dei lavoratori silenti, infatti, sono rappresentate dai fondi sindacali (con l’eccezione

²⁴ Cioè ai soggetti più direttamente coinvolti dalle nuove norme relative al Trattamento di fine rapporto.

rappresentata dalla forma residuale presso l'Inps, Fondinps, che però diventa destinataria del Tfr solo in ipotesi marginali, cioè quando non sia individuabile un fondo contrattual-sindacale).

Le giustificazioni a tale meccanismo non mancano.

Probabilmente, queste criticità si originano dal difficile compromesso tra le esigenze di promozione dei fondi pensioni, la necessità di incrementarne i flussi di finanziamento e la scelta di mantenere un sistema caratterizzato dalla volontarietà e libertà di adesione.

Ma non bastano, certamente, a mettere in crisi il principio volontaristico nell'accesso al sistema della previdenza complementare: *“la libertà individuale di accedere al sistema previdenziale rimane, ma il lavoratore è responsabilizzato ad avere un atteggiamento attivo”*²⁵.

Per quanto concerne i destinatari delle norme contenute nel D.Lgs. n. 252 del 2005, l'art. 2 statuisce che alle forme pensionistiche complementari possono aderire, in modo individuale o collettivo: *“a) i lavoratori dipendenti, sia privati sia pubblici, anche secondo il criterio di appartenenza alla medesima impresa, ente, gruppo di imprese, categoria, comparto o raggruppamento, anche territorialmente delimitato, o diversa organizzazione di lavoro e produttiva, ivi compresi i lavoratori assunti in base alle tipologie contrattuali previste dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; b) i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, anche organizzati per aree professionali e per territorio; c) i soci lavoratori di cooperative, anche unitamente ai*

²⁵ A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, *op.cit.*, 2/2006, 798.

lavoratori dipendenti dalle cooperative interessate; d) i soggetti destinatari del decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 565, anche se non iscritti al fondo ivi previsto”.

Tra i destinatari della previdenza complementare sono compresi anche i dipendenti pubblici ma, in attesa dell'apposita disciplina di armonizzazione, per i lavoratori pubblici cui ancora non è possibile accedere alle forme pensionistiche del D.Lgs. n. 252 del 2005, continua ad applicarsi esclusivamente ed integralmente la previgente normativa (art. 23, comma 6, D.Lgs. n. 252 del 2005).

In concreto, però, anche l'applicazione del D.Lgs. n. 124 del 1993 risulta impedita dall'impossibilità di finanziare i fondi pensione attraverso quote di Tfr, dal momento che tale istituto non è previsto nel pubblico impiego; infatti i dipendenti statali e degli enti locali usufruiscono dell'indennità di buonuscita, del premio di servizio o comunque di indennità dette “trattamenti di fine servizio” che presentano notevoli differenze rispetto al Tfr²⁶.

1.4 IL SISTEMA DI FINANZIAMENTO NEL D. LGS N. 252 DEL 2005

Il tema del finanziamento della previdenza complementare ha sempre assunto un ruolo fondamentale, in connessione con le scelte compiute in chiave fiscale²⁷.

²⁶ In dottrina D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 129;

²⁷ Con la legge di stabilità 2015, in realtà, il legislatore ha, di fatto, disincentivato la previdenza complementare, sia aumentando la tassazione, sia “prosciugando” i canali di finanziamento, “distraendo”, anche se in via sperimentale per un triennio, il TFR dalla previdenza complementare. Cfr. L. CARBONE, *La previdenza complementare dopo la legge di stabilità 2015*, in *Il foro italiano*, 2015, fasc. 3, pagg. 172 – 175.

Il D.Lgs. n. 252 del 2005, in attuazione della delega contenuta nella legge 234 del 2004, ha provveduto ad una riforma organica della disciplina della previdenza complementare²⁸ ed è intervenuto sulla disciplina del finanziamento delle forme pensionistiche complementari introducendo uno dei punti innovati di maggior rilievo del decreto 252, soprattutto in ragione delle previsioni sul conferimento tacito o esplicito del Tfr ai fondi pensione.

Sostanzialmente, il D.Lgs. n. 252 del 2005 ha fornito una risposta, in parte già enucleata negli interventi normativi che l'hanno preceduto, in particolare nel D.Lgs. n. 47 del 2000, alla necessità di incrementare i flussi di finanziamento delle forme pensionistiche complementari (art. 1, comma 2, lett. e), Legge 234 del 2004).

E' evidente, infatti, che la previdenza complementare, nata dalla necessità di integrare le prestazioni fornite ai futuri pensionati da un sistema previdenziale di base meno generoso rispetto al passato, per assolvere al suo compito (con un sistema di calcolo delle prestazioni c.d. contributivo) richiedeva dei flussi di finanziamento quantomeno idonei, cioè sufficienti.

La scelta del legislatore previdenziale è ricaduta, in continuità con il passato, sul nuovo ruolo assegnato al Trattamento di fine rapporto.

Già nel D. Lgs. n. 124 del 1993, il finanziamento delle forme pensionistiche complementari, per espressa previsione legislativa, gravava sui destinatari e, nel caso di lavoratori subordinati o

²⁸ I differenti punti, rispetto al sistema delle fonti di finanziamento della previdenza complementare, sono riassuntivamente trattati in S. BUONANNO, *Il nuovo sistema di previdenza complementare*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2/2006 ed anche in ARGENTINO G., *Previdenza complementare. Il nuovo schema di decreto*, *Dir. e pratica lav.*, 32/2005.

parasubordinati, anche sul datore di lavoro o sul committente (art. 8, comma 1, d.lgs. 124/1993). Ciò comportava l'automatica esclusione dell'intervento della finanza pubblica, conseguenza naturale trattandosi di previdenza privata e non pubblica²⁹.

In ogni caso, il d.lgs. 124 del 1993 rinvia alle fonti istitutive dei fondi (art. 3) per la determinazione dei contributi da destinare alla previdenza complementare, operando un generico riferimento al reddito d'impresa o di lavoro autonomo nel caso di autonomi o libero professionisti, all'imponibile ai fini della contribuzione obbligatoria per i soci lavoratori di cooperative, ad elementi particolari della retribuzione o al Tfr per i lavoratori subordinati (art. 8, comma 2).

Il sistema di finanziamento della previdenza complementare era già strettamente legato all'istituto del trattamento di fine rapporto, confermato poi dai più recenti interventi normativi come "*fonte privilegiata di alimentazione dei fondi*"³⁰.

²⁹ PANDOLFO A.- SCHIAVO F.P., *La previdenza complementare*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, (a cura di) SANTORO PASSATELLI G., IPSOA, 2000, pag. 1277.

³⁰ In base all'art. 8 del D.Lgs. n. 124 del 1993 occorre procedere ad una prioritaria distinzione tra la disciplina riservata ai lavoratori subordinati già assunti alla data di entrata in vigore del suddetto decreto e quello previsto per i dipendenti assunti successivamente al 28 aprile 1993, data di entrata in vigore dello stesso D. Lgs. n. 124 del 1993. Per il primo gruppo di lavoratori, infatti, le fonti istitutive fissavano il contributo da destinare al fondo pensione, stabilito in percentuale della retribuzione assunta a base della determinazione del Tfr, che poteva ricadere anche su elementi particolari della retribuzione stessa o essere individuato mediante destinazione integrale di alcuni di questi al fondo. Inoltre, le fonti istitutive su base contrattuale collettiva potevano prevedere il finanziamento dei fondi pensione anche attraverso la destinazione di una quota dell'accantonamento annuale al Tfr, determinando le quote a carico del datore di lavoro e del lavoratore. Le medesime fonti, qualora prevedano l'utilizzazione di quota dell'accantonamento annuale al Tfr da destinare al fondo, determinavano la misura della riduzione della quota degli accantonamenti annuali futuri al Tfr (art. 8, comma 2). Per i lavoratori di prima assunzione, cioè successiva alla data di entrata in vigore del d.lgs. 124 del

Prescindendo dalla differente destinazione –integrale o parziale– del Tfr ai fondi pensione, il trattamento di fine rapporto si dimostrava già nel D.Lgs. n. 124 del 1993 la principale e indispensabile fonte di finanziamento della previdenza complementare; l'impiego del Tfr, infatti, costituiva il presupposto giuridico delle agevolazioni fiscali sulle restanti possibili forme di finanziamento della previdenza complementare e restava, di fatto, la fonte primaria anche a causa della difficoltà di reperire fonti adeguate in ambiti alternativi³¹.

Inoltre, il trattamento fiscale riservato all'impiego del Tfr rivelava l'obiettivo del legislatore di abrogare progressivamente tale istituto, facendolo diventare la fonte naturale ed essenziale delle forme pensionistiche complementari.

Come detto, il D. Lgs. n. 252 del 2005 ha riformato in maniera organica il sistema della previdenza complementare. Una delle motivazioni di fondo della riforma è stata la constatazione dell'insufficienza dei previdenti interventi e lo stentato decollo di un sistema destinato, invece, a svolgere un'importante funzione:

1993, invece, le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari su base contrattuale collettiva prevedevano la integrale destinazione ai fondi pensione del Tfr, nonché le quote di contributo a carico del datore di lavoro e del lavoratore. In base a tali disposizioni, a seguito dell'adesione ad un fondo pensione, ne risultava automatica e necessaria la devoluzione degli accantonamenti annui del Tfr. Inoltre, per i lavoratori di prima assunzione, il finanziamento della previdenza complementare tramite Tfr risulta l'unica alternativa, essendo ulteriori quote, a carico del datore o del prestatore, solo eventuali, mai sostitutive o alternative. Unica eccezione, evidenziata sia in FERRARO G., *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, che in PANDOLFO A.- SCHIAVO F.P., *La previdenza complementare*, op. cit., pag. 1278., ma di carattere temporaneo, era stata prevista per imprese occupanti fino a 25 dipendenti dall'art. 8, comma 2, legge n. 335 del 1995; tale norma consentiva l'utilizzo del Tfr a fini previdenziali nel limite del 2%, limitatamente ai quattro anni successivi all'entrata in vigore della legge.

³¹ In FERRARO G., *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, op. cit., pag. 277 ss.

riequilibrare il sistema pensionistico dopo le riforme degli anni '90 ed intervenire sul tasso di sostituzione atteso al momento del pensionamento, vista la drastica riduzione dei livelli garantiti dalla previdenza obbligatoria di base.

I dati forniti dalla COVIP, infatti, denotavano ancora nel 2004 uno scarso valore attrattivo della previdenza complementare³² e, da più parti, era da tempo auspicata una profonda rivisitazione della disciplina tributaria dei fondi pensione, accusata di essere poco incoraggiante e attraente, specie tra i lavoratori più giovani, condannati dal sistema contributivo a vedersi riconosciuti trattamenti previdenziali molto contenuti³³.

Il D. Lgs. n. 252 del 2005 ribadisce il principio del riconoscimento ai lavoratori di scegliere liberamente, e volontariamente, il fondo cui destinare i propri risparmi previdenziali, rimuovendo così il limite di adesione collettive ai fondi aperti (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 124/1993, che subordina l'adesione ai fondi pensione aperti ove non operino fonti istitutive di fondi pensione negoziali)³⁴.

Inoltre, interviene fortemente sulla disciplina del finanziamento delle forme complementari, introducendo importanti novità in tema di trattamento di fine rapporto.

³² L. SCIMIA, *La riforma della previdenza complementare in Italia ed il ruolo sociale dei fondi pensione: sfide ed opportunità*, in *Assicurazioni*, 4/2004, pp. 475-490.

³³ ARGENTINO G., *Previdenza complementare. Il nuovo schema di decreto*, in *Dir. e pratica lav.*, 2005/32, p. 1749 ss., evidenzia come il sistema previdenziale contributivo farà scendere il rapporto percentuale tra ultima retribuzione e importo della prima pensione percepita, dall'attuale 65-70% a poco più del 50%, con previsioni peggiori per i lavoratori autonomi.

³⁴ Producendo, tale disposizione, conseguenze rilevanti in ordine alla portabilità dei contributi a carico del datore di lavoro.

Molte delle disposizioni contenute nell'art. 8 del D. Lgs. n. 124/1993 ora confluiscono nel medesimo articolo del D. Lgs. n. 252/2005.

Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari potrà essere attuato mediante versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente e attraverso il conferimento del Tfr.

Nel caso di lavoratori autonomi e liberi professionisti il finanziamento delle forme pensionistiche complementari è attuato mediante contribuzioni a carico dei soggetti stessi.

Nel caso di soggetti diversi dai titolari di reddito di lavoro o d'impresa e di soggetti fiscalmente a carico di altri, il finanziamento alle citate forme è attuato dagli stessi o dai soggetti cui sono a carico. Pur sancendo la facoltà per i lavoratori di determinare liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico, relativamente ai lavoratori dipendenti che aderiscono ai fondi con adesione su base collettiva, la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore possono essere fissati dai contratti e dagli accordi collettivi, anche aziendali; gli accordi fra soli lavoratori determinano il livello minimo della contribuzione a carico degli stessi, non potendo, ovviamente, vincolare il datore alla contribuzione.

Il contributo da destinare alle forme pensionistiche complementari può essere stabilito in cifra fissa oppure: per i lavoratori dipendenti, in percentuale della retribuzione assunta per il calcolo del Tfr o con riferimento ad elementi particolari della retribuzione; per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, in percentuale del reddito d'impresa o di lavoro autonomo dichiarato ai fini IRPEF; per i soci lavoratori di società cooperative, secondo la

tipologia del rapporto di lavoro, in percentuale della retribuzione assunta per il calcolo del Tfr ovvero degli imponibili considerati ai fini dei contributi previdenziali obbligatori ovvero in percentuale del reddito di lavoro autonomo dichiarato ai fini IRPEF relativo al periodo d'imposta precedente.

1.5 LA DEVOLUZIONE DEL TFR AI FONDI PENSIONE E IL MANCATO VERSAMENTO DELLA CONTRIBUZIONE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO.

La maggiore innovazione in tema di finanziamento, introdotta dal D.Lgs. n. 252 del 2005, concerne direttamente il Trattamento di fine rapporto, essendone stato previsto il conferimento esplicito o tacito.

Il legislatore ha compiuto, definitivamente, una scelta generalizzata sul futuro del Tfr, confermandone l'uso come fonte essenziale di finanziamento della previdenza complementare: il Tfr, infatti, verrà destinato ad alimentare i fondi pensione salvo differente volontà espressa, esplicitamente, del lavoratore.

Il conferimento del Tfr può avvenire secondo differenti modalità, esplicite o tacite. Nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 252/2005, ovvero nei sei mesi seguenti alla prima assunzione (se posteriore), il lavoratore può conferire l'intero importo del Tfr maturando ad una forma di previdenza complementare dallo stesso prescelta; qualora, in alternativa, il lavoratore decida, nel predetto periodo di tempo, di mantenere il Tfr maturando presso il proprio datore di lavoro, tale scelta può essere successivamente revocata ed il lavoratore può conferire il Tfr maturando ad una forma pensionistica complementare.

Trascorsi i suddetti sei mesi senza una scelta esplicita del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto a trasferire il Tfr maturando del dipendente alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi che si applicano in azienda.

In caso di presenza di più forme pensionistiche di riferimento, il Tfr maturando è trasferito a quella individuata dagli accordi aziendali ovvero a quella cui abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda; con una norma di chiusura, infine, il D.Lgs. 252 stabilisce che il datore di lavoro trasferisca il Tfr maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso l'INPS, qualora non operi alcun accordo o contratto collettivo o aziendale³⁵.

Nell'impianto del Decreto n. 252, il Tfr diventa lo strumento di finanziamento ordinario (dopo una panoramica generale nel paragrafo precedente, qui l'attenzione torna ad essere posta verso il mondo del lavoro subordinato³⁶) delle forme pensionistiche complementari.

³⁵ Disposizioni particolari sono previste per i lavoratori assunti prima del 29 aprile 1993. Per questi soggetti, se risultano iscritti, alla data di entrata in vigore del presente decreto, a forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita, è consentito scegliere, entro sei mesi dalla predetta data o dalla data di nuova assunzione, se successiva, se mantenere il residuo Tfr presso il proprio datore di lavoro, o conferirlo alla forma complementare collettiva alla quale gli stessi abbiano già aderito; qualora, invece, non risultino iscritti, alla data di entrata in vigore del presente decreto, a forme pensionistiche complementari, è consentito scegliere, sempre entro sei mesi, se mantenere il Tfr maturando presso il proprio datore, o destinarlo, nella misura già fissata dagli accordi o contratti collettivi. Se tali accordi non prevedano il versamento del Tfr, il lavoratore può destinarlo, in misura non inferiore al 50 per cento (e con possibilità di incrementarlo successivamente) ad una forma pensionistica complementare. Anche per i lavoratori assunti prima del 29 aprile 1993, è prevista la destinazione tacita del Tfr maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso l'INPS, qualora non operi alcun accordo o contratto collettivo o aziendale.

³⁶ Delle ripercussioni sui liberi professionisti, sui lavoratori a progetto, sui collaboratori e più in generale sui lavoratori a termine che, in ragione del

Questa scelta è, da un lato, rappresentata dalla identificazione di due momenti che, invece, nell'impianto della normativa abrogata erano tenuti distinti; ci si riferisce al momento dell'adesione e a quello del conferimento, che, attualmente, rappresentano un unico passaggio. L'adesione ai fondi pensione, difatti, si realizza attraverso il conferimento agli stessi del Tfr maturando.

Dall'altro lato, e sempre nella stessa direzione, il legislatore ha previsto modalità di conferimento sia esplicite che tacite.

E proprio il conferimento tacito del Tfr alla previdenza complementare che segna un passaggio, forse epocale, nella visione sistematica della previdenza complementare.

Tenuto conto che il conferimento del Tfr, anche con modalità tacite, realizza contestualmente l'adesione del lavoratore alla relativa forma pensionistica, è opportuno sottolineare un radicale mutamento di prospettiva rispetto al sistema delineato dal D.Lgs. n. 124 del 1993: dal principio del "silenzio-rifiuto di aderire" si passa al diverso principio del "silenzio-assenso all'adesione"³⁷.

Una prima precisazione, di carattere terminologico, per così dire, riguarda proprio l'aspetto del conferimento tacito del Tfr.

Si è infatti diffusa, contestualmente all'elaborazione del D.Lgs. n. 252/2005, e successivamente, quando la Legge Finanziaria per il

termine contrattuale inferiore a sei mesi, non rientrano nell'ambito di applicazione del D. Lgs. n. 252/2005, relativamente alle modalità di conferimento tacite ed esplicite del Tfr, G. CARDONI, *Il conferimento del t.f.r. alla previdenza complementare: le opzioni del lavoratore*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 1/2009, 149 e ss.; ID., *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 3/2008, 718-719.

³⁷ D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 127.

2007, L. n. 279/2006, ha anticipato³⁸ di un anno l'entrata in vigore del Decreto n. 252, l'espressione di silenzio-assenso per indicare il conferimento del Tfr di quei lavoratori che non avessero espresso, nei sei mesi di tempo utili, una scelta esplicita in ordine al Tfr maturando.

L'espressione, per quanto tecnicamente impropria³⁹, sarà qui di seguito usata, ma nella sua accezione corretta, cioè volendo esprimere quello che tecnicamente è una modalità di conferimento tacita del Tfr alla previdenza complementare.

Fatta questa precisazione, sia da un punto di vista lessicale, sia, soprattutto, da un punto di vista tecnico, le due espressioni possono considerarsi equivalenti nel descrivere il profilo del conferimento tacito che, come abbiamo più volte ripetuto, rappresenta nell'impianto normativo del D.Lgs. n. 252 del 2005 un punto qualificante della riforma, in quanto *“il legislatore – forse non ignaro di quanto peso abbiano, in questo delicatissimo settore, scelte o meglio comportamenti inerziali dei soggetti destinatari – ha affidato molte delle speranze d'un effettivo impulso alla crescita ed allo sviluppo della anemica previdenza complementare italiana”* proprio al conferimento tacito del Tfr⁴⁰.

³⁸ S. MALANDRINI, *Anticipazione del Tfr dopo la Finanziaria 2007*, in *Dir. e pratica lav.*, 10/2007, 651 e ss.

³⁹ Lo sottolineano, giustamente, R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, 461; SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del Tfr al sistema di previdenza complementare*, in MESSORI, *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 157-158; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 62/2007, 21.

⁴⁰ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, *op. cit.*, 21.

Occorre, infatti, ribadire che, volendo favorire il reale decollo del secondo pilastro (sebbene nei prossimi paragrafi emergerà come il D.Lgs. n. 252/2005 sia intervenuto, ridimensionandola, anche sulla tradizionale distinzione tra secondo e terzo pilastro), il ricorso alla *previdenzializzazione* del Tfr risultava una strada quasi obbligata.

Ovviamente, accanto al TFR un ruolo particolare assume la contribuzione a carico del lavoratore e del datore di lavoro.

In ogni caso, se la previdenza complementare deve contribuire alla realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza delle prestazioni previdenziali⁴¹, occorre indagare se gli strumenti predisposti dal legislatore in materia di riscossione dei contributi e titolarità del credito destinata ad alimentare la posizione individuale siano sufficienti.

Il tema dell'omissione contributiva, che grava nell'ambito del lavoro dipendente, in capo al datore di lavoro, si è accentuato negli ultimi anni, anche a causa della grave crisi economica e finanziaria che sta contraddistinguendo l'attuale fase economica.

Ed infatti, l'omissione contributiva nei confronti del secondo pilastro, in cui non trova applicazione il principio dell'automaticità delle prestazioni operativo nella previdenza di base, rischia di pregiudicare l'indispensabile accrescimento della posizione previdenziale del lavoratore, vanificando tutti gli sforzi sino ad ora

⁴¹ M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in RDSS, 2012, fasc. 3, pagg. 611 – 644.

spesi dall'ordinamento per la diffusione, necessaria, della previdenza complementare.

Come si vedrà nei prossimi capitoli, resta da chiarire se l'unico legittimato ad agire per il recupero della contribuzione omessa sia l'iscritto (con particolare attenzione al lavoratore subordinato, il quale delega il pagamento dei contributi al datore di lavoro) oppure se anche i fondi, in base a previsioni normative e/o contrattuali, possano concorrere nell'azione di recupero delle omissioni.

Tale questione, infatti, sebbene di preminente importanza, pare ancora circondata da dubbi interpretativi, evidenziati dalla dottrina, che non sembrano aver consentito alla giurisprudenza di maturare un orientamento condiviso.

CAPITOLO SECONDO

L'OMISSIONE CONTRIBUTIVA E L'INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA

SOMMARIO: 2.1 LA PROBLEMATICHE DELLE OMISSIONI CONTRIBUTIVE NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE. IL QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO – 2.2 L'OMISSIONE CONTRIBUTIVA NELLA PREVIDENZA DI BASE E NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE: LE DIFFERENZE PIÙ RILEVANTI - 2.3 L'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO E L'INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA DELL'INPS.

2.1 LA PROBLEMATICHE DELLE OMISSIONI CONTRIBUTIVE NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Nel momento in cui il legislatore previdenziale ha deciso di sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari, mediante la Legge n. 243 del 2004 (Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria), c.d. riforma Maroni, ha indicato al legislatore delegato una serie di principi e criteri direttivi (art. 2 della legge) ed ha anche indicato una serie di *“misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali”* (art. 2, lett. e) tra le quali, come noto, era previsto il c.d. meccanismo di conferimento tacito del TFR alla previdenza complementare.

Come unanimemente evidenziato in dottrina⁴², nell'intenzione del legislatore la destinazione del TFR alla previdenza complementare doveva rappresentare una delle *“misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali”*, attraverso la individuazione di una peculiare fonte di finanziamento dei Fondi pensioni, sino a quel momento limitati – proprio a causa della scarsità di forme di finanziamento – a settori in cui, in ragione di retribuzioni più elevate, aveva “attecchito” il risparmio previdenziale.

La Legge delega conteneva una specifica previsione in tema di “recupero” delle contribuzioni destinate alla previdenza complementare ed eventualmente omesse, segno che il tema delle omissioni era stato debitamente affrontato dal Legislatore previdenziale.

Ed infatti, era stata prevista *“l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti”* (comma 2, lett. e, punto n. 8 della Legge n. 243 del 2004).

⁴² R. PESSI, *La previdenza complementare*, Padova, 1999; M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000; M. BESSONE – F. CARINCI, *La previdenza complementare (Commentario)*, Torino, 2004; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005; G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007; M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008.

Orbene, il legislatore delegato non ha dato attuazione a tale criterio direttivo, omettendo qualsiasi riferimento alla legittimazione attiva in caso di mancato versamento dei contributi alla previdenza complementare.

Tale scelta, però, ha determinato un vuoto normativo in quanto, a fronte dell'adesione del singolo lavoratore dipendente ad una forma di previdenza complementare, non è chiaro se, in caso di omissione da parte del datore dei versamenti contributivi, sia il lavoratore stesso, ovvero il Fondo pensione, ad essere legittimato ad attivarsi al fine di provvedere al recupero della contribuzione non versata.

La questione, infatti, è abbastanza controversa, sia in giurisprudenza che in dottrina, e risulta essere rilevante perché, nell'ottica propria della previdenza complementare, intesa come secondo pilastro del sistema pensionistico, l'effettività della contribuzione è aspetto determinante a garantire prestazioni previdenziali "adeguate" ai destinatari della stessa.

Ovviamente, in un sistema basato sul principio corrispettivo (e, come noto, ispirato a quello delle assicurazioni private) una maggiore contribuzione garantisce una maggiore prestazione e, pertanto, il tema delle omissioni contributive e dell'effettività delle tutele recuperatorie incide sulla effettività delle prestazioni erogate dalle forme di previdenza complementare.

E, ovviamente, l'indagine in tema di omissione contributiva riguarda il settore in cui è presente l'impegno contributivo del datore di lavoro, vale a dire in tutto il settore del lavoro subordinato, nell'ambito del quale, anche attraverso il meccanismo del conferimento del TFR, il datore è il soggetto materialmente tenuto al

versamento dei contributi destinati ad alimentare la posizione individuale del singolo aderente.

Gli aspetti che in questo lavoro vengono presi in considerazione sono diversi. Si è posta l'attenzione, infatti, sulla continuità del flusso di finanziamento (o, per meglio dire, dei flussi) alla previdenza complementare, intesa come corretto adempimento del versamento del TFR e della ulteriore contribuzione a carico del lavoratore e del datore, e del recupero dei contributi eventualmente omessi da parte del datore⁴³.

Tali questioni si erano già poste prima dell'adozione del D. Lgs. n. 252 del 2005 (in particolare con i fondi preesistenti), ma l'andamento economico degli ultimi anni e la grave ripercussione sulle imprese del nostro Paese rendono ancora più attuale affrontare tali tematiche e verificare se le risposte del Legislatore e degli interpreti sono coerenti con il nostro modello previdenziale, nell'ambito del quale la previdenza complementare ha assunto un ruolo determinante.

La prospettiva storica, ad ogni modo, consente di valutare se le soluzioni pensate dal Legislatore previdenziale sono, allo stato, adeguate alla particolare congiuntura economica che il Paese sta attraversando in questo preciso momento storico.

Resta, comunque, che il tema delle omissioni contributive alla previdenza complementare si era già posto sotto la vigenza del D.lgs.

⁴³ Con la piena consapevolezza che quelli indicati non sono gli unici aspetti che riguardano la tutela delle posizioni individuali di previdenza complementare. In dottrina, infatti, l'attenzione è posta, con particolare attenzione, alle vicende concernenti le situazioni determinate dalla "crisi d'impresa", ovvero in tutte le ipotesi in cui il lavoratore perde il posto di lavoro, la contribuzione si trovi ad essere sospesa a causa di eventuali interventi di integrazione salariale, oppure in caso di fallimento dell'impresa.

n. 124 del 1993. Emblematico, a tale proposito, uno dei primi elaborati della COVIP sulla materia, del 2002, con il quale la Commissione ha affrontato la tematica partendo dall'analisi del *“quadro normativo riferito al fenomeno delle omissioni contributive nella previdenza di base, verificando gli strumenti a disposizione degli Enti di previdenza obbligatoria per il recupero dei contributi dovuti e non versati”* sino ad arrivare alla verifica dei *“meccanismi predisposti dal legislatore a garanzia degli iscritti”* e *“verificando gli strumenti eventualmente adottati dai fondi pensione”*⁴⁴.

2.2 L'OMMISSIONE CONTRIBUTIVA NELLA PREVIDENZA DI BASE E NELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE: LE DIFFERENZE PIÙ RILEVANTI

Orbene, come messo in evidenza dalla stessa Autorità di vigilanza sui fondi pensione, nello stesso contributo sopra richiamato, *“le disposizioni civilistiche in argomento non appaiono riferibili anche ai crediti contributivi di previdenza complementare, posto che la ratio delle norme stesse appare preordinata alla tutela di posizioni previdenziali e assistenziali obbligatorie ex lege”*, ciò valendo sia con riferimento agli artt. 2214 e segg. Cod. Civ., con particolare attenzione al principio di automaticità delle prestazioni previsto dall'art. 2116 Cod. Civ., sia alle peculiari forme di prelazione riconosciute ai crediti degli enti previdenziali ⁴⁵, sia, infine, per tutto

⁴⁴ *“La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare”*, in *Quaderni tematici Covip*, Speciale 2-2002, Quaderno n. 1, su www.covip.it

⁴⁵ Lo studio dell'Autorità di vigilanza sintetizza tale aspetto evidenziando come *“l'art. 2753 prevede il privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro per i crediti derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi*

quanto concerne le disposizioni in materia di recupero dei crediti contributivi che, come noto, beneficiano di una peculiare disciplina dettata a favore degli Enti previdenziali nonché, per gli Enti privatizzati a seguito dei D.Lgs. n. 509 del 1994 e n. 103 del 1996, di un peculiare potere regolamentare, riconosciuto loro dalla legge, in materia di regime sanzionatorio per le inadempienze contributive⁴⁶.

Ed infatti, l'intero corpo normativo che regola la previdenza di base (ovvero il primo pilastro) è retto dal principio dell'obbligatorietà *ex lege* della iscrizione e della contribuzione agli enti previdenziali, che costituisce il presupposto per riconoscere agli stessi la possibilità di riscuotere i contributivi e di avviare le varie procedure di recupero coatto di tutte le somme non versate e delle eventuali sanzioni.

Ed è stata la stessa Covip ad affermare che da “*tale obbligatorietà discendono, quindi, i poteri ispettivi e sanzionatori*

speciali che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per la invalidità e la vecchiaia. Il successivo art. 2754 stabilisce analogo privilegio generale relativamente ai crediti per i contributi dovuti ad istituti od enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate al precedente articolo. Tale indicazione legislativa è stata interpretata da giurisprudenza e dottrina nel senso di ritenerla comunque limitata alle sole ipotesi di assicurazioni sociali in senso lato, con esclusione, quindi, delle forme assicurative e previdenziali liberamente costituite alle quali deve riconoscersi un carattere squisitamente privatistico inconciliabile con la causa del privilegio in esame. Si è così ritenuto che il privilegio non compete ad accantonamenti obbligatori non per legge ma per contratto, quali risultano, allo stato attuale, le contribuzioni a previdenza complementare” ancora “La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare”, in Quaderni tematici Covip,, op. cit., pagg. 12 e 13, con in nota richiamati G. TUCCI, Privilegi [Dir. Civile] in Enciclopedia Giuridica Treccani, P. CENDON, Commentario al Codice Civile Utet, vol. IV, 1991, G. CIAN E A. TABUCCHI, Commentario breve al cod. civile, Cedam, 1997.

⁴⁶ Da ultimo, v. Ragusei P. e Tiraboschi M., *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma, Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, 2014, su www.bollettinoadapt.it/.

attribuiti agli Enti previdenziali, nonché il potere previsto dalla legge di dare immediata esecuzione al credito senza passare per la via del processo di cognizione avvalendosi dello strumento del ruolo esattoriale, ancorché tale facoltà sia ricondotta, secondo l'interpretazione fornita da una prima giurisprudenza di merito, anche alla natura pubblica dell'ente previdenziale” ⁴⁷.

E che invece, già nel sistema delineato dal D. Lgs. n. 124 del 1993, la previdenza complementare risulta essere fondata su un principio diametralmente opposto, ovvero quello della volontaria partecipazione degli aderenti (art. 3, comma 4, del D. Lgs. n. 124 del 1993), cui ha fatto seguito, in maniera del tutto speculare, anche l'attuale normativa dettata dal D. Lgs. n. 252 del 2005 in cui resta espressamente previsto che *“L'adesione alle forme pensionistiche complementari ... è libera e volontaria”* (art. 1, comma 2), come pure è libera la determinazione del singolo circa la contribuzione a proprio carico (art. 8, comma 1 del decreto).

Ebbene, nel sistema della previdenza complementare non si rinvencono disposizioni che consentano all'interprete di affermare con chiarezza la titolarità di un diritto di credito in capo al fondo pensione in merito alla riscossione coatta (o forzata) dei contributi eventualmente omessi da parte del soggetto tenuto al versamento.

⁴⁷ *“La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare”, in Quaderni tematici Covip,, op. cit., pag. 21, in cui si fa presente che anche prima del riordino della materia del recupero dei crediti degli Enti previdenziali mediante ruolo, introdotta dal D.Lgs. n. 46 del 1999 (il Quaderno Covip è stato pubblicato nel 2002), gli enti previdenziali disponevano “dello strumento dell'ordinanza-ingiunzione disciplinata dalla l. n.689/1981, che costituiva (e per le altre ipotesi di illeciti amministrativi costituisce ancora), per esplicita previsione di legge, titolo per eseguire direttamente il credito”.*

Come detto, infatti, la specifica previsione in merito alla contitolarità dei fondi del diritto alla contribuzione e la legittimazione degli stessi ad agire per il recupero coattivo del credito omesso non sono state trasfuse nel D. Lgs. n. 252, restando mere indicazioni di principio del legislatore delegante.

A tale circostanza occorre aggiungere che la legge non chiarisce la natura del rapporto tra soggetti tenuti alla contribuzione e fondo pensione⁴⁸.

La circostanza che la contribuzione “grava” sul lavoratore subordinato e sul datore di lavoro o committente (sotto la vigenza della normativa del 1993) aveva condotto autorevole dottrina ad inquadrare il rapporto contributivo originato dall’adesione del lavoratore al fondo pensione nello schema del rapporto giuridico obbligatorio *“tra i soggetti tenuti alla corresponsione dei contributi previdenziali e il fondo pensione che li riceve per provvedere con essi alla sua attività di gestione finanziaria per finalità previdenziali”* ⁴⁹.

Non è mancato chi, inoltre, sulla base dell’analisi dei diritti degli iscritti al fondo pensione, ha tentato di rappresentare e riconoscere ai lavoratori subordinati iscritti alla previdenza complementare il *“diritto alla contribuzione da parte del datore di*

⁴⁸ Limitandosi a prevedere a norma dell’art.8, comma 1, del d. lgs. n.124 del 1993, che il finanziamento dei fondi pensione “grava” sui destinatari e, se trattasi di lavoratore subordinato o dei soggetti di cui all’art.409, punto 3), del cod. proc. civ.14, anche sul datore di lavoro o sul committente e, successivamente, all’art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 252 del 2005 che *“il finanziamento delle forme pensionistiche complementari può essere attuato mediante il versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro e del committente e attraverso il conferimento del TFR maturando”*

⁴⁹ Così M. BESSONE, *Previdenza complementare*, Giappichelli Editore, 2000, p. 84 e ss.; in senso analogo, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale: fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, 2001, p. 135 e segg..

lavoro della stessa intensità riconosciuta al diritto alla retribuzione stabilità dalle norme contrattuali”, spingendosi ad affermare che tale diritto spetta “sia al lavoratore iscritto sia al fondo: al primo in quanto gli si riconosce di poter tutelare la prestazione correlata alla contribuzione. Al fondo, in quanto tenuto a garantire, a tempo debito, la prestazione”⁵⁰.

Ed è proprio dando conto di tale duplice inquadramento che la Covip ha affermato che *“Riconoscendo la titolarità del diritto di credito in capo al fondo pensione non sarebbe, ovviamente, alterato il meccanismo di azionabilità in giudizio di tale diritto, la cui tutela in sede giurisdizionale potrebbe avvenire solamente mediante un giudizio di cognizione volto ad ottenere la condanna all’adempimento dell’obbligo. Si evidenzia, peraltro, che tale linea interpretativa del rapporto contributivo non sembra tenere conto del fatto che l’unico istituto specificamente previsto nell’ordinamento di settore dall’art.5 del d. lgs. n.80/1992 a garanzia del rischio derivante dalle omissioni contributive, individua in capo all’aderente, e non in capo al fondo pensione, la facoltà di attivare il meccanismo di garanzia stesso”⁵¹.*

Dato che il legislatore delegato non ha espressamente previsto una legittimazione attiva in capo al fondo di previdenza per la tutela delle omissioni contributive, l’unico dato normativo certo appare, dunque, quello dettato dall’art. 5 del D.Lgs. n. 80 del 1992 con il quale è stato istituito presso l’Inps un apposito Fondo di garanzia che interviene nel caso in cui la prestazione dovuta da una forma pensionistica complementare non possa essere corrisposta (in tutto

⁵⁰ Così G. CAZZOLA, in *Guida ai fondi pensione*, Bancaria editrice, p.17.

⁵¹ *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare”, in Quaderni tematici Covip,, op. cit., pag.22.*

o in parte) a causa dell'omesso o insufficiente versamento di contributi⁵² da parte del datore sottoposto ad una procedura concorsuale.

⁵² V. FERRANTE, in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2009, pag. 531 e segg., pone anche una questione in merito alla "alla collocazione da riconoscere ai crediti per i contributi dovuti ai fondi dalle imprese datrici, quando queste ultime siano state ammesse ad una procedura concorsuale. Ed infatti, l'art. 2751 bis c.c., al n. 1), riconosce un privilegio generale sui mobili solo ai crediti riguardanti (i) le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro; (ii) il credito del lavoratore per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori (iii) ed il credito per il risarcimento del danno subito per effetto di un licenziamento inefficace, nullo o annullabile". L'Autore afferma che, "poiché il credito per il versamento dei contributi datoriali al sistema della previdenza complementare non è espressamente ricompreso nell'elencazione ora richiamata e poiché le previsioni di legge devono interpretarsi in senso stretto, senza poter far luogo ad estensioni analogiche, sembrerebbe doversi escludere una collocazione privilegiata dei crediti relativi alla contribuzione ai fondi di previdenza integrativa o complementare", in quanto "la nozione di contributi di cui all'art. 8 d. lgs. n. 252/2005 non pare rientrare in nessuna delle tre ipotesi formulate dal legislatore nella disposizione del codice ora richiamata: non sembra infatti che i contributi datoriali possano assimilarsi alla nozione di «retribuzione dovuta, sotto qualsiasi forma», posto che, a mente della celebre pronuncia della Corte cost. n. 421 del 1995, «le contribuzioni degli imprenditori al finanziamento dei fondi non possono più definirsi «emolumenti retributivi con funzione previdenziale», ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale». Né parimenti i contributi possono considerarsi come «indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro», posto che la destinazione al finanziamento della previdenza complementare esclude che possa ancora applicarsi tale qualifica ai ratei «conferendi». Né, infine, possono sussumersi nella categoria dei «danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali ed assicurativi obbligatori», trattandosi per l'appunto di previdenza volontaria e non obbligatoria. Nemmeno, peraltro, sembra potersi invocare l'art. 2754 c.c. che, disponendo in merito ai «crediti per contributi relativi ad altre forme di assicurazione» riconosce privilegio generale sui mobili «per i contributi dovuti ad istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale» diverse dalla assicurazione obbligatoria IVS di cui all'articolo precedente. Ed infatti, malgrado il contrario parere della dottrina la giurisprudenza ha negato l'applicazione di tale disposizione ai crediti dovuti a fondi di previdenza privati, perché carenti del requisito della obbligatorietà". Il paradosso di esporre il

2.3 L'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO E L'INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA DELL'INPS.

Appare pertanto opportuno procedere dall'esame della disciplina prevista in caso di crisi fallimentare (e procedure concorsuali assimilabili) del datore di lavoro e dalle ipotesi di intervento del fondo di garanzia previsto dal D.Lgs. n. 80.

È noto come lo stesso sia stato previsto dal d.lgs. n. 80 del 1992 in attuazione della direttiva 80/987 CEE per garantire ai lavoratori subordinati una tutela "minima" in tutti i casi di insolvenza dell'impresa da cui dipendono, sia in relazione ai crediti di lavoro ma anche rispetto alla posizione previdenziale complementare⁵³.

È, inoltre, altrettanto noto come la predetta Direttiva, destinata alla «tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza dei datori di lavoro» (successivamente modificata dalla dir. 2002/74 e ora "consolidata" nella direttiva del PE e del Consiglio n. 2008/94 del 22 ottobre 2008) tuteli i lavoratori subordinati attraverso la istituzione

“lavoratore al rischio di perdere una parte del complessivo trattamento che egli ottiene in correlazione alla esecuzione della prestazione lavorativa, mentre tutte le altre componenti di questo godono di un regime di favore”, però, è risolto dall'Autore proprio argomentando sulla tutela apprestata per tali contributi attraverso il Fondo di Garanzia, di cui all'art. 5 d.lgs. n. 80 del 1992, secondo il quale *“la garanzia che si realizza attraverso l'intervento del Fondo valga ad attribuire al credito di previdenza complementare, attraverso un meccanismo assicurativo, una tutela sostanzialmente superiore rispetto a quella che altrimenti deriverebbe dal riconoscimento del privilegio generale”*.

⁵³ L'art. 8 della direttiva n. 80/987 stabilisce che *“Gli stati membri si assicurano che vengano adottate le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere dell'insolvenza di quest'ultimo, per quanto riguarda i diritti maturati o i diritti in corso di maturazione, in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, previste dai regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, diversi dai regimi legali nazionali di sicurezza sociale”*.

di un meccanismo che interviene nei casi in cui i crediti del lavoratore subordinato risultino insoddisfatti ed il datore di lavoro sia fallito o sottoposto ad altra procedura concorsuale⁵⁴.

La direttiva si preoccupa di garantire i crediti retributivi relativi al periodo finale di esecuzione del rapporto (art. 4.2 dir.) e di apprestare una tutela in tema di previdenza sociale, dettando una apposita previsione con riguardo alle prestazioni complementari per la vecchiaia e per i superstiti (art. 8 dir.).

Il nostro ordinamento ha dato inizialmente attuazione alle norme previste in sede comunitaria attraverso l'art. 2, legge 29 maggio 1982, n. 297. In tale occasione, però, il legislatore nazionale si è occupato solo ed esclusivamente del credito derivante dal mancato pagamento del TFR, istituendo un apposito fondo, come patrimonio separato, destinato ad erogare il TFR al lavoratore in caso di insolvenza e fallimento del proprio datore⁵⁵.

Dopo la ben nota sentenza *Francovich* (C. Giust. 19 dicembre 1991), che condannava la Repubblica italiana per inadempimento degli obblighi comunitari, il legislatore previdenziale è intervenuto a completare la trasposizione delle norme comunitarie e, con il d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, ha esteso le ipotesi di intervento del Fondo

⁵⁴ A riguardo cfr. L. BARBONI - A. FURLANI, *Tutela dei crediti di lavoro e attuazione del diritto comunitario*, Cedam, 1996; A. BELLAVISTA, voce Insolvenza del datore di lavoro, Enc. Dir., IV, 2000, 704 ss.; M. CINELLI, Diritto della previdenza sociale, op. cit., 349 ss.; G. ARRIGO, *La tutela dei crediti retributivi e previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro fra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, PAPP, 2005, 32 ss.; M. Faioli, *Tutela dei lavoratori subordinati e insolvenza del datore del lavoro: la previdenza complementare*, ivi, 180 ss.

⁵⁵ G. Santoro Passarelli (a cura di), *La previdenza complementare e il trattamento di fine rapporto*, pag. 79 e segg.; M. Cinelli, *La previdenza complementare. Art. 2123, Commentario*, Giuffrè, 2010, pag. 396 3 segg..

di garanzia di cui alla legge del 1982 ai crediti di lavoro «inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro».

Per quanto concerne la previdenza complementare, con il medesimo decreto è stato costituito presso l'INPS un apposito ed ulteriore Fondo di garanzia per «*il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento*», da parte del datore di lavoro insolvente, dei contributi alle forme di previdenza complementare (art. 5, come modificato dall'art. 12 del d.Lgs. n. 124 del 1993)⁵⁶.

Come delineato in dottrina, «*la fattispecie assicurata viene definita, dal comma 1 del cit. art. 5, attraverso il richiamo alla disposizione legislativa che aveva introdotto il contributo di solidarietà* ⁽⁵⁷⁾, di cui all'attuale art. 16, d.lgs. n. 252» (in nota l'Autore specificava che «*si prevede infatti che il rischio riguardi l'omesso versamento di «contributi dovuti per forme di previdenza complementare di cui all'art. 9-bis del decreto-legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, nella legge 1° giugno 1991, n. 166, per prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti»*»).

Sopraggiunta una disciplina organica, il rinvio deve intendersi come rivolto a tutte le forme di previdenza complementare previste

⁵⁶ Per effetto dell'art. 12, comma 1-bis, del d. lgs. n.124 del 1993, che ha eliminato dal comma 1 dell'art. 5, il termine finale di applicazione dell'articolo stesso, originariamente individuato nella «data di entrata in vigore di norme in materia di previdenza complementare», il Fondo di garanzia riguarda tutto il settore vigilato. In tal senso, anche *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, in *Quaderni tematici Covip*,, op. cit., pag. 23.

⁵⁷ La norma prevede che tale fondo sia finanziato da una quota del contributo di solidarietà di cui al comma 2 dell'art. 9-bis del D.L. 29 marzo 1991, n. 103 convertito, con modificazioni, nella legge 1 giugno 1991, n. 166, pagato dai datori di lavoro sulle somme versate alla previdenza complementare. Il richiamo attuale è all'art. 16, d.lgs. n. 252 del 2005.

dal d. lgs. n. 252 del 2005 (fondi individuali e collettivi, iscritti nell'apposito albo tenuto dalla COVIP, nonché forme assicurative individuali, così come previsto dall'art. 13, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 252) escludendosi solamente quanto venga versato al fondo in relazione a rischi diversi per esempio, al fine di assicurare una prestazione in caso di invalidità o inabilità o per ulteriori ipotesi di assistenza integrativa, come specificato anche dalle circolari emanate dall'INPS⁵⁸.

In base al secondo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992⁵⁹, nelle ipotesi di omesso o parziale versamento dei contributi da parte del datore di lavoro ad una forma di previdenza complementare, dal quale discenda l'impossibilità del fondo di previdenza di erogare la relativa prestazione all'aderente, questi può chiedere l'intervento del fondo di garanzia quando il suo credito risulti anche parzialmente insoddisfatto durante la procedura fallimentare e/o concorsuale, chiedendo di integrare presso la gestione complementare interessata i contributi risultanti omessi⁶⁰.

In caso di morte dell'assicurato prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, la domanda potrà essere

⁵⁸ In particolare, Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008, in cui si precisa che i contributi coperti dal Fondo sono esclusivamente quelli dovuti a forme di previdenza complementare per l'erogazione di prestazioni di vecchiaia e superstiti, restando esclusi i contributi eventualmente dovuti per l'anzianità, l'invalidità, l'inabilità e per ogni altra forma di assistenza integrativa.

⁵⁹ Si veda anche A. SGROI, *Il rimedio del Fondo di Garanzia*, in *Omissioni contributive: il ritardo, le sanzioni e il caso del fallimento*, Quaderni Mefop, 15, 2009, in www.mefop.it

⁶⁰ Dal momento che il meccanismo prevede che il lavoratore rimasto insoddisfatto ad esito delle procedure concorsuali possa richiedere direttamente al citato Fondo di garanzia di integrare i contributi omessi presso il fondo pensione, la legge prevede la surrogazione di diritto del Fondo di garanzia al lavoratore per l'equivalente dei contributi versati nell'ambito della procedura concorsuale.

presentata esclusivamente dai soggetti aventi titolo nell'AGO alla pensione indiretta, sempreché siano stati indicati quali beneficiari nel contratto di adesione al fondo complementare. Nel caso di morte del titolare di una prestazione pensionistica, la domanda potrà essere presentata esclusivamente dai soggetti aventi diritto nell'Assicurazione generale obbligatoria alla pensione di reversibilità, a condizione che lo schema di adesione al fondo preveda, in caso di morte del beneficiario, la restituzione del montante residuo o l'erogazione di una rendita ai superstiti e che tali soggetti siano gli effettivi beneficiari di tali prestazioni⁶¹.

L'oggetto della tutela concerne, come detto, i versamenti e non le prestazioni, di modo che il Fondo di garanzia riconoscerà solo l'importo di questi, maggiorato del tasso di rivalutazione previsto per il TFR dall'art. 2120 Cod. Civ.⁶².

In particolare, ad essere garantiti sono le contribuzioni e le somme destinate alla previdenza complementare (e non versate dal datore) e, dunque: il contributo del datore di lavoro; il contributo del lavoratore che il datore di lavoro abbia trattenuto e non versato; la quota di TFR conferita al fondo che il datore di lavoro abbia trattenuto e non versato⁶³.

⁶¹ Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008.

⁶² Come espressamente precisato anche dall'Inps che con, la Circolare n. 23 del 22 febbraio 2008, ha escluso la corresponsione di interessi di mora eventualmente previsti dal regolamento dei singoli fondi ed ogni altro onere accessorio.

⁶³ Tale quota pertanto, divenuta contribuzione alla previdenza complementare, non potrà più esser richiesta al Fondo di garanzia per il TFR di cui all'art. 2 della L. 297/82. Cfr. Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008.

Il fondo garantisce, perciò, anche la quota di TFR trattenuta dal datore ma non versata alla previdenza complementare e ciò anche in caso di silenzio assenso.

Ed infatti, la Circolare Inps n. 23 del 2008 prevede che la predetta quota, dal momento che è divenuta contribuzione alla previdenza complementare, non potrà più essere richiesta al fondo di garanzia per il TFR, sempre operativo presso l'Inps (legge n. 297 del 1982).

Ciò, del resto, conferma la *“non sovrapposibilità fra le due forme di garanzia nel momento in cui si conferisce il TFR alla forma pensionistica complementare”*⁶⁴, in quanto si lascia al Fondo costituito dalla legge del 1982 il pagamento dei ratei di TFR *“cui non sia stata impressa una destinazione di previdenza complementare”*⁶⁵.

In virtù del rinvio dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. 80 del 1992, analogamente a quanto avviene nel Fondo di garanzia istituito dall'art. 2 della Legge n. 297 del 1982, le modalità di intervento del

⁶⁴ Ancora M. CINELLI, *La previdenza complementare. Art. 2123*, Commentario, Giuffrè, 2010, pag. 396 e segg..

⁶⁵ V. FERRANTE, in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2009, pag. 531 e segg.; l'Autore afferma che *“Un problema sembra porsi in relazione al comportamento datoriale oggetto di normazione da parte del legislatore: mentre infatti la legge si riferisce a un «omesso o insufficiente versamento», le istruzioni provenienti dall'INPS limitano l'intervento del Fondo, per le quote a carico del lavoratore stesso, alle sole ipotesi in cui vi sia stata una trattenuta da parte del datore, escludendo così i casi in cui il versamento sia stato semplicemente omesso (per es. perché è mancata del tutto la retribuzione). La lacuna è tuttavia in certa misura colmata a ragione del fatto che si lascia comunque al Fondo costituito dalla legge del 1982 il pagamento dei ratei di T.F.R. cui non sia stata impressa una destinazione di previdenza complementare”*.

Fondo differiscono a seconda che il datore di lavoro sia assoggettabile o meno ad una delle procedure concorsuali anzidette.

Le procedure concorsuali che danno titolo all'intervento del Fondo di garanzia sono il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.

Nella prima ipotesi, i presupposti per l'intervento del Fondo sono, anzitutto, l'iscrizione ad un fondo di previdenza complementare al momento della presentazione della domanda (è un requisito indispensabile per poter beneficiare della specifica tutela apprestata dal legislatore, senza la quale non potrebbe essere dimostrato di trovarsi nella condizione che, dall'omessa o insufficiente contribuzione da parte datoriale, possa derivare la perdita, anche parziale, della prestazione complementare); la cessazione del rapporto di lavoro; l'insolvenza del datore di lavoro, accertata mediante apertura di una delle procedure concorsuali indicate; infine, l'accertamento dell'esistenza di uno specifico credito relativo alle omissioni contributive per le quali si chiede l'intervento del Fondo di garanzia, con ammissione del credito del lavoratore nello stato passivo.

Qualora, invece, il datore di lavoro non assoggettabile a procedura concorsuale, i presupposti per l'intervento del Fondo sono in parte i medesimi, ma in luogo della apertura della procedura concorsuale, l'insolvenza del datore andrà dimostrata sia mediante la "prova" dell'inapplicabilità, allo stesso, delle procedure concorsuali per mancanza dei presupposti soggettivi indicati dalla legge fallimentare, sia l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata.

Pertanto, qualora il datore di lavoro non sia assoggettabile a procedura concorsuale ai sensi dell'art. 1 della legge fallimentare, il Fondo di garanzia potrà intervenire previo esperimento da parte del lavoratore di una procedura esecutiva individuale a seguito della quale il credito del lavoratore per i contributi omessi sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto (analogamente a quanto previsto per il fondo di garanzia del TFR e per i, pagamento delle ultime tre mensilità)⁶⁶. In altri termini, occorrerà prima procedere con un tentativo di pignoramento e, solo in caso di esito negativo (oppure solo parzialmente positivo) il lavoratore potrà avanzare apposita domanda di intervento del Fondo all'Inps.

Le circolari dell'Ente specificano che in assenza della previsione di uno specifico termine di prescrizione, il diritto a chiedere l'intervento del Fondo è soggetto al termine ordinario di prescrizione decennale previsto dall'art. 2946 Cod. Civ., decorrente dalla data di cessazione del rapporto di lavoro⁶⁷.

Orbene, alla luce di quanto detto, in caso di omissioni da parte datoriale ad una forma di previdenza complementare, spetta al lavoratore iscritto la facoltà di attivare l'intervento del Fondo di garanzia e, comunque, è esclusa la corresponsione direttamente al lavoratore delle prestazioni erogate dal Fondo di garanzia⁶⁸.

⁶⁶ Con riferimento al concordato preventivo si precisa che sono soggetti al concorso solo i crediti sorti prima del decreto di apertura della procedura e pertanto il Fondo potrà corrispondere esclusivamente i contributi alla previdenza complementare relativi a periodi precedenti la data del concordato, cfr. Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008.

⁶⁷ Così espressamente Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008.

⁶⁸ Anche in questo caso, è la Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008 ad escludere espressamente la possibilità di liquidare direttamente a favore dell'aderente le somme contributive omesse.

La previsione della legittimazione attiva ad attivare il Fondo di garanzia solo in capo all'iscritto "*sembra indicativa di una precisa scelta legislativa in favore della titolarità del diritto alla contribuzione in capo all'iscritto, piuttosto che in capo al fondo pensione*"⁶⁹.

Unanimemente, si ritengono adeguate le previsioni istitutive del Fondo di garanzia presso l'Inps a tutelare la posizione previdenziale complementare del lavoratore dipendente, in quanto risulta essere garantito il "recupero" della contribuzione previdenziale omessa da parte dell'imprenditore fallito o incapiente in modo tale da assicurare al prestatore di lavoro, a tempo debito, la maturazione del diritto a beneficiare delle prestazioni complementari erogate dal fondo di previdenza.

Salvo pochissime e sporadiche pronunce, inoltre, sembra potersi affermare che, nella maggioranza dei casi, la linea interpretativa più consolidata appaia quella che riconosce al lavoratore dipendente l'esclusività della legittimazione attiva ad agire in giudizio per il recupero della contribuzione previdenziale complementare omessa da parte del datore di lavoro. E, del resto, alla luce delle anzidette previsioni normative, appare difficile riuscire a desumere la contestuale legittimazione attiva anche in capo ai fondi pensione, quantomeno con riferimento al campo di operatività del Fondo di garanzia presso l'Inps, ovvero in tutte le ipotesi di fallimento del datore di lavoro o di insolvenza dello stesso (sebbene non soggetto alle norme sul concorso dei creditori).

In un'ottica di effettività della tutela offerta dalla previdenza complementare, però, le tesi ristrettive, ancorché ancorate ad un dato

⁶⁹ "*La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*", in Quaderni tematici Covip, op. cit., pag. 23.

normativo testuale come quello dell'art. 5 del D.Lgs. n. 80 del 1992, appaiono, come si vedrà, difficilmente conciliabili con un ruolo, quale quello riconosciuto ai fondi di previdenza complementare, di secondo pilastro del sistema previdenziale⁷⁰.

⁷⁰ In tal senso, G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, nota a Cass., sez. lav., 26 luglio 2010, n. 17526, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, fasc. 11, pagg. 2336 – 2342.

CAPITOLO TERZO

L'OMISSIONE CONTRIBUTIVA E LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEI FONDI PENSIONE

SOMMARIO: 3.1. LA MANCATA PREVISIONE DELLA CONTITOLARITÀ IN CAPO AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE – 3.2 LA NATURA CONTRIBUTIVA DEI FINANZIAMENTI DESTINATI AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE – 3.3 I RIMEDI PROCESSUALI NELLE IPOTESI DI OMISSIONE CONTRIBUTIVA. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI AL RIGUARDO

3.1. LA MANCATA PREVISIONE DELLA CONTITOLARITÀ IN CAPO AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE

Come indicato nel precedente capitolo, è stata la stessa autorità di vigilanza sui fondi pensione ad escludere la legittimazione attiva in tema di omissione contributiva in capo ai fondi di previdenza complementare. Quella tesi, peraltro, appare ancor più ragionevole nell'ottica del D.lgs. n. 252 del 2005 che ha evitato di attuare la contitolarità, tra fondi ed iscritti, dell'azione volta al recupero dei contributi eventualmente omessi.

Le questioni in merito alla eventuale legittimazione attiva da parte degli stessi fondi, però, è questione ancora controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza.

E, comunque, la problematica del recupero delle contribuzioni omesse da parte dei datori di lavoro non è stata risolta dalla Covip solo escludendo, in base all'art. 5 del D.Lgs. n. 80 del 1992, una legittimazione ad agire per il recupero delle omissioni in capo ai fondi

complementari. L'Autorità, infatti, segnalava già nel 2002 che un corretto flusso di informazioni da parte dei fondi nei confronti dei propri iscritti avrebbe agevolato la verifica, nell'evoluzione della singola posizione previdenziale, della rispondenza dei contributi effettivamente versati da parte datoriale e l'esatto ammontare degli stessi.

Ad avviso dell'Autorità, la *“ratio informativa e la finalità di stimolo dell'iscritto al controllo dei versamenti sono ulteriormente esplicitate laddove ... si prescrive ai fondi pensione di apprestare altre comunicazioni dirette all'iscritto aventi ad oggetto i contributi versati in corso d'anno, da effettuarsi anche mediante collegamenti telematici, proprio “al fine di consentire agli interessati il controllo della correttezza dei versamenti”. Al complesso delle comunicazioni nei confronti degli iscritti può essere, inoltre, ricondotta una funzione di deterrenza rispetto alle irregolarità aziendali particolarmente incisiva negli ambienti di lavoro maggiormente sindacalizzati o dove siano stati predisposti meccanismi risarcitori degli incrementi non realizzati sulle posizioni individuali”*.

Resta, però, che tali argomentazioni si sposano, ancora una volta, con una precisa visione di esclusività della legittimazione attiva in capo al lavoratore iscritto alla previdenza complementare ed infatti *“risulta evidente che il riscontro finale della esattezza dei versamenti contributivi compete all'iscritto, il quale, grazie al complesso delle informazioni ricevute, può più agevolmente rispetto al fondo pensione accertare la regolarità dei versamenti, confrontando i dati forniti*

*dall'ente di previdenza complementare con quelli relativi alla propria retribuzione forniti dal datore di lavoro*⁷¹.

La posizione della Covip, pertanto, è chiara: spetta al singolo aderente l'onere del riscontro di eventuali ritardi o omissioni (e dei conseguenti danni arrecati alla sua singola posizione previdenziale complementare) e di attivarsi per il recupero dei contributi previdenziali non corrisposti dal datore di lavoro.

Ci si chiede, però, se tale posizione, sebbene ancorata a precise disposizioni normative, sia l'unica ipotizzabile e, al contempo, se ulteriori tesi di senso contrario o più esteso siano in grado di trovare adeguati riscontri argomentativi.

In particolare, anche in base a quanto ricostruito nel capitolo che precede, la tesi dell'esclusività in capo all'aderente delle azioni volte al "recupero" della contribuzione omessa alla previdenza complementare, è stata elaborata partendo da due dati normativi. Da un lato, si è fatto ricorso alle norme istitutive del Fondo di garanzia presso l'Inps, che riconosce una tutela economica nel caso in cui il lavoratore risulti insinuato in procedura concorsuale, eventualmente incapiente, con diritto di surrogazione del Fondo di garanzia.

Dall'altro lato, si è fatto ricorso alla contitolarità, prevista quale criterio direttivo nell'ambito della legge delega nel 2004, ma non trasmigrata nel testo del D.Lgs. n. 252 del 2005.

L'esclusività della legittimazione in capo al lavoratore per le azioni di recupero della contribuzione previdenziale eventualmente omessa dal datore nei confronti della previdenza complementare

⁷¹ *“La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare”*, in *Quaderni tematici Covip*, Speciale 2-2002, Quaderno n. 1, su www.covip.it.

risulta accolta, con un orientamento abbastanza consolidato, dalla giurisprudenza di merito con riguardo all'intervento del Fondo di garanzia⁷², che riconosce al lavoratore la legittimazione a richiedere l'intervento del Fondo per il pagamento diretto, nei confronti della forma di previdenza complementare cui ha aderito, della contribuzione omessa dal datore di lavoro sottoposto a procedura concorsuale⁷³.

La tesi è stata accolta anche in dottrina⁷⁴, ma diversi autori, sulla scorta di argomentazioni in parte differenti, si sono domandati se effettivamente l'unico legittimato ad agire per il recupero dei mancati versamenti debba necessariamente essere il lavoratore oppure se questi possa essere "coadiuvato"⁷⁵ dal fondo di previdenza complementare cui ha aderito⁷⁶.

⁷² Si veda, ad esempio, Corte d'Appello di Catania, 30 dicembre 2006, n. 857, in *Giur. It.*, 2007, pag. 2493; Corte d'Appello di Bari, 22 maggio 2001, n. 571, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, pagg. 93 e segg., con nota di V. PICCININNO, *Omissione contributiva a danno del fondo di garanzia istituito presso l'Inps*.

⁷³ Al riguardo, P. SANDULLI, *La previdenza complementare ed il fenomeno delle omissioni contributive*, in *Omissioni contributive: il ritardo, le sanzioni e il caso del fallimento*, Quaderni Mefop, 15, 2009, in www.mefop.it

⁷⁴ A. TURSI, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, NLCC, 2007, 537 ss.; Id., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, PAPP, 2005, 513 ss.;

⁷⁵ In tal senso, A. SGROI, *L'accertamento delle omissioni contributive nella previdenza complementare e l'intervento del Fondo di garanzia*, nota di commento a Corte d'Appello di Brescia, 8 agosto 2008, n. 163, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, fasc. 1, pagg. 215 e segg.. L'Autore sostiene che la risposta al quesito "pare possa essere positiva e il modello di attuazione possa essere rinvenuto in una disposizione pattizia, che potrà essere contenuta nello stesso statuto del Fondo di previdenza, in forza del quale il lavoratore riconosce al Fondo il diritto-dovere di agire in nome e per suo conto per il recupero delle somme non versate al predetto fondo".

⁷⁶ Ad esempio, M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione della disciplina comunitaria*, RDSS, 2007, 611 che, tuttavia, partito dall'assunto dell'assenza della contitolarità in capo al fondo di previdenza complementare, conclude ammettendo che «è sufficiente la costituzione del rapporto associativo

Ed in realtà, nonostante tale tesi trovi un ampio ancoraggio normativo, pone il fianco ad una serie di critiche.

Anzitutto di ordine sistematico e, poi, anche se non meno rilevanti, di carattere tecnico-pratico, cui la giurisprudenza di merito ha cercato di dare risposte.

3.2 LA NATURA CONTRIBUTIVA DEI FINANZIAMENTI DESTINATI AI FONDI PENSIONE. PROBLEMI E CONSEGUENZE

Diversi dati normativi, che consentirebbero di riconoscere in capo alle forme pensionistiche complementari la legittimazione attiva in tema di recupero della contribuzione omessa, infatti, sono riscontrabili all'interno del d.lgs. n. 252 del 2005, nonostante la mancata previsione della "contitolarità".

In particolare, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. n. 252 del 2005, il lavoratore può scegliere di destinare le quote di TFR maturande nel corso del rapporto di lavoro e i contributi a carico del datore e dello stesso dipendente ad una forma di previdenza complementare.

Orbene, a seguito di tale scelta, sembrerebbe venir meno il diritto del lavoratore iscritto ad ottenere dal proprio datore di lavoro il pagamento del TFR maturato in corso di rapporto, in quanto le quote di TFR tempo per tempo maturate non sono più accantonate presso il datore di lavoro per poi essere corrisposte, ai sensi dell'art. 2120 Cod. Civ., al lavoratore al momento della cessazione del rapporto, ma assumono la natura di "contribuzione" dovuta al Fondo di Previdenza complementare volta a finanziare le prestazioni che, in

di base per configurare il diritto del fondo alla contribuzione, sino alla cessazione del rapporto contributivo».

base alla legge, il Fondo dovrà erogare al lavoratore al momento del suo pensionamento.

Nel sistema delineato dal d. lgs. n. 252 del 2005, infatti, la destinazione del TFR maturato in corso di rapporto al Fondo di Previdenza complementare, ha la funzione di alimentare e finanziare quel particolare regime di previdenza al fine di consentire al lavoratore di beneficiare, al momento del suo pensionamento, di un trattamento pensionistico integrativo di quello generale obbligatorio. L'art. 11, d. lgs. n. 252 del 2005, infatti, prevede: a) che *“il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari”* (primo comma); b) che possono essere richieste anticipazioni della posizione individuale maturata, ma soltanto in presenza di specifiche e tassative condizioni indicate dalla legge (settimo comma).

Ciò confermerebbe che le quote di TFR maturate durante il rapporto di lavoro, se destinate al Fondo di Previdenza Complementare, mutano la loro natura e da “retribuzione differita” (il cui diritto matura alla cessazione del rapporto di lavoro), divengono “contributi” dovuti al Fondo, che verranno poi utilizzati per l'erogazione delle prestazioni pensionistiche a carico del Fondo stesso, il cui diritto matura, come visto, non già al momento della cessazione del rapporto di lavoro, ma al momento del pensionamento.

Ne deriva che, in caso di riscontrata omissione contributiva nei confronti del fondo di previdenza complementare, la domanda avanzata eventualmente dal lavoratore volta ad ottenere il pagamento

diretto, in suo favore, del TFR e delle ulteriori contribuzioni omesse maturate in corso di rapporto, risulterebbe infondata.

Ed infatti, come detto, a seguito della scelta effettuata dal dipendente volta al versamento delle quote di TFR (e degli ulteriori contributi volontari) al fondo di previdenza complementare, nulla può ritenersi dovuto al lavoratore, neanche in caso di mancato versamento delle predette quote da parte datoriale.

In caso di omissione contributiva nei confronti del fondo di previdenza, infatti, non deriverebbe affatto il diritto del dipendente a richiedere al datore inadempiente il pagamento diretto del TFR maturato in corso di rapporto e delle ulteriori contribuzioni trattenute (o semplicemente non versate, come quelle a carico della parte datoriale).

Del resto, come noto, gli Statuti dei fondi pensione contengono specifiche previsioni in tema di omissione contributiva, ponendo a carico del soggetto tenuto alla contribuzione, in caso di ritardo o omissione dei versamenti, una serie di misure “compensative”, di tipo sanzionatorio.

Ad esempio, l’art. 8, comma ottavo, dello Statuto del Fondo di previdenza complementare “CONCRETO”, espressamente prevede che *“in caso di mancato o ritardato versamento, ai fini della regolarizzazione dell’obbligo contributivo, l’impresa è tenuta a versare al Fondo (...) un importo pari alla contribuzione oggetto di regolarizzazione maggiorato dell’eventuale incremento percentuale del valore della quota del Fondo registrato nel periodo di mancato o ritardato versamento, nonché un ulteriore importo pari agli interessi di mora nella misura del tasso legale di interesse; detto ultimo importo*

*viene direttamente destinato alla copertura degli oneri amministrativi del Fondo*⁷⁷.

La legittimazione esclusiva del Fondo sembrerebbe confermata anche dalla previsione statutaria sopra richiamata (art. 8, comma 8, Statuto Fondo “CONCRETO”), laddove stabilisce che dalla omissione contributiva o dal ritardato versamento della contribuzione, oltre al credito per la contribuzione omessa, deriva anche l’ulteriore credito degli interessi moratori in favore del Fondo.

Poiché la titolarità del credito per gli interessi in capo al Fondo è indiscutibile, tenuto conto della natura accessoria del credito per gli interessi, non vi è dubbio che il Fondo sarebbe anche l’unico e solo titolare del credito principale dei contributi eventualmente non versati.

Analoghe previsioni sono contenute nella quasi totalità degli statuti dei fondi di previdenza complementari⁷⁸, in base alle quali sembrerebbe risultare che, da un lato, anche in caso di omissione contributiva del datore di lavoro all’obbligo di versamento al Fondo, il lavoratore non matura alcun diritto ad ottenere il pagamento del TFR, permanendo, al contrario, l’obbligo del datore di lavoro di versamento della relativa contribuzione in capo al Fondo (con un meccanismo che potremmo definire di “regolarizzazione” della posizione contributiva); dall’altro lato, che il creditore della contribuzione dovuta dal datore di lavoro è solo ed esclusivamente il

⁷⁷ Il testo dello Statuto è disponibile sul sito del Fondo, www.fondoconcreto.it.

⁷⁸ Tale aspetto, infatti, era stato evidenziato anche dalla Covip, pur aderendo all’orientamento opposto a quello in argomento; cfr. “*La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*”, in *Quaderni tematici Covip*, Speciale 2-2002, Quaderno n. 1, su www.covip.it.

Fondo e, quindi, come tale, è anche l'unico soggetto legittimato ad agire per l'adempimento dell'obbligazione di pagamento ("regolarizzazione").

Ne deriverebbe che, nel caso in cui il datore di lavoro abbia ommesso o non ancora provveduto al versamento dei contributi al Fondo, l'unico obbligo che resterebbe a suo carico azionabile giudizialmente sarebbe quello di provvedere alla "regolarizzazione" dei contributi ancora non pagati.

Domanda rispetto alla quale, però, il lavoratore difetta di legittimazione attiva, essendo legittimato soltanto il Fondo di previdenza complementare in quanto titolare del credito oggetto di domanda.

3.3 I RIMEDI PROCESSUALI NELLE IPOTESI DI OMISSIONE CONTRIBUTIVA. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI AL RIGUARDO. -

Questa, ad esempio, è la tesi fatta propria dal Tribunale di Milano, con la sentenza del 5 settembre 2012 ⁷⁹, in cui è stato affermato che in caso di inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di accantonamento al Fondo di Previdenza Complementare delle quote di TFR, l'unico soggetto legittimato ad agire per ottenere la regolarizzazione della posizione contributiva è il Fondo di previdenza complementare.

Detta pronuncia, infatti, afferma che *"diversamente da quanto è previsto nel regime della previdenza obbligatoria, in cui vi è un sistema di garanzia e tutela del diritto soggettivo alla prestazione del*

⁷⁹ Pubblicata su ww.rcdielle.com/stories/sul_n._12.13

lavoratore, nella previdenza complementare mancano delle disposizioni normative chiare ed esplicite che riconoscano al lavoratore un diritto di credito nei confronti del datore di lavoro. Si rileva inoltre che dallo statuto del Fondo, si evince che lo stesso si qualifica quale creditore nei confronti del datore di lavoro ed in particolare sono previste delle penali nel caso di ritardo nei pagamenti ... , tanto che addirittura, in caso di legittimazione dei lavoratori, il Fondo potrebbe dolersi del fatto che questi non agiscono per l'intero, ossia, per esempio, senza far valere il regime sanzionatorio”.

Appare, allora, necessario concentrare l'attenzione sulla natura della contribuzione destinata alle forme pensionistiche complementari, come pure sulla titolarità del relativo credito, al fine di verificare a chi spetti agire per il recupero dei contributi eventualmente omessi dal datore di lavoro, quale soggetto tenuto al versamento delle quote maturande del TFR e dell'ulteriore contribuzione posta a carico dell'impresa e del lavoratore.

Non vi è dubbio (come già argomentato nel capitolo precedente) che la tematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare debba essere affrontata in maniera strutturalmente differente rispetto all'assicurazione generale obbligatoria.

È stato fatto presente come nell'ambito della previdenza complementare, per le ipotesi di mancato o insufficiente versamento dei contributi vi sarebbe *“una carenza di strumenti normativi adeguati ad un'effettiva tutela del lavoratore”*⁸⁰.

⁸⁰ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in Arg. dir. lav., 2006, p. 329.

L'opinione è piuttosto condivisa in dottrina e molti commentatori hanno avanzato critiche nei confronti della mancata previsione di un adeguato apparato sanzionatorio, modellato su quello previsto nella previdenza obbligatoria⁸¹. Come abbiamo visto, del resto, le lacune presenti nell'ambito del sistema del secondo pilastro non appaiono essere superabili ricorrendo all'estensione delle tutele previste per la previdenza di base⁸².

C'è anche chi ha sostenuto che *“il problema delle omissioni contributive non rivesta attualmente, nell'ambito della previdenza complementare, analogo rilevanza rispetto a ciò che accade nella previdenza obbligatoria”*⁸³, ma ci si permette di dissentire da tale

⁸¹ Si veda, ad esempio, F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in Nuove leggi civ. comm., 2007, p. 827 ss.

⁸² Gli strumenti di tutela previsti nell'Ago *“sono previsti da specifiche disposizioni di legge che risultano strettamente correlate al carattere obbligatorio della contribuzione dovuta agli enti previdenziali”*, G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, op. cit., p.321. Offre una soluzione in parte differente, ma partendo dai medesimi presupposti, A. SGROI, *L'accertamento delle omissioni contributive nella previdenza complementare e l'intervento del Fondo di garanzia*, op. cit., pag. 218. L'Autore, argomentando sulle misure compensative riconosciute alle imprese in seguito alla devoluzione del TFR alla previdenza complementare (in termini di deducibilità dal reddito d'impresa di tali somme e di esonero dalla contribuzione per assegni familiari e del contributo al Fondo di garanzia previsto dall'art. 2 della legge n. 297 del 1982), ipotizza che il fondo di previdenza complementare potrebbe chiedere all'Inps *“il rilascio del verbale di accertamento nel quale sia accertato a carico del datore di lavoro l'inadempimento, parziale o integrale, o il ritardo del pagamento”*.

⁸³ R. VIANELLO, *Garanzia e tutela dei diritti*, in M. CINELLI, *La previdenza complementare. Art. 2123*, cit., p. 664. Cfr. sull'argomento, La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare, in Quaderni Covip, 2002, op. cit., p. 31 nel quale addirittura si rilevava *“l'inesistenza di situazioni di contenzioso tra iscritti e azienda, né con lo stesso fondo”*. Nella stessa pubblicazione si auspicava, ad ogni modo, un intervento legislativo, volto alla specificazione della legittimazione attiva in capo ai fondi. Cfr. anche F. ORTOLANI, *Gestione e prassi operative*, in *Omissioni contributive: il ritardo le sanzioni e il caso del fallimento*, in Quaderni Mefop, 2009, n. 15, p. 66, in cui, esaminando il caso del Fondo Cometa, si affermava che *“è presumibile ritenere*

opinione, visto il crescente contenzioso in tema di omissioni contributive nell'ambito della previdenza complementare, probabilmente originato dalla crisi economica in atto oramai da più di un decennio (dunque contemporanea allo sviluppo del secondo pilastro ad opera del d.lgs. n. 252 del 2005) ed al crescente numero di insolvenza delle imprese.

Appaiono fondate, infatti, le argomentazioni spese da quella parte della dottrina, e della giurisprudenza di merito, che mettono in dubbio la tesi della legittimazione attiva in capo al solo lavoratore, e che sostengono che anche i fondi possano agire in maniera diretta, a fronte di un autonomo diritto soggettivo per la loro riscossione della contribuzione loro destinata ed omessa da parte delle imprese.

In particolare, c'è chi ha sostenuto che la mancata attuazione della "contitolarità" in capo ai fondi, prevista dalla legge delega n. 243 del 2004, *"non impedisce all'interprete di ritenere che il legislatore intendesse rafforzare semplicemente, attraverso l'esercizio della delega, la disciplina in tema di riscossione, richiamando la 'contitolarità' quale situazione di fatto già sussistente e desumibile da una semplice interpretazione sistematica"*⁸⁴, tesi che sembra confermare, sebbene con qualche incertezza, anche il *favor* della giurisprudenza.

Nella prassi, inoltre, appare possibile rimediare alla asserita carenza di titolarità dei fondi di previdenza complementare ricorrendo gli "strumenti" del diritto privato e, in particolare,

che tale cifra sia esponenzialmente cresciuta in seguito della crisi economica globale che proprio a partire da quell'anno ha coinvolto anche il nostro paese".

⁸⁴ V. FERRANTE, in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in Riv. it. dir. lav., fasc.4, 2009, pag. 541 e segg..

attraverso il mandato – nei confronti del fondo per conto di ciascun iscritto – oppure tramite un’esplicita previsione regolamentare che preveda la possibilità (o il diritto/dovere) del fondo di attivarsi per il recupero della contribuzione omessa.

Prima ancora di verificare la convenienza e la adeguatezza di simili “strumenti” privatistici, occorre dar conto degli “*strumenti difensivi*”⁸⁵ dei quali può avvalersi il singolo lavoratore.

È stato sostenuto⁸⁶, infatti, che “*il lavoratore può naturalmente agire per il risarcimento del danno da omissione contributiva ma ovviamente la richiesta di risarcimento presuppone l’avveramento dell’evento tutelato, e dunque solo quando si perfezionano i requisiti per ottenere la prestazione di previdenza il lavoratore potrà esperire i rimedi previsti dall’ordinamento. In un’ottica di prevenzione sarebbe altresì ipotizzabile il ricorso del lavoratore con azione dichiarativa o di mero accertamento dell’inadempimento contributivo – attivabile pertanto nel corso del rapporto contributivo –, onde ottenere una pronuncia dichiarativa in merito alla regolarità o meno dei versamenti. Su questo punto non vi è però – a quanto consta – giurisprudenza con riferimento alla previdenza complementare, bensì nel solo campo della previdenza obbligatoria*”⁸⁷.

⁸⁵ L’espressione è di R. VIANELLO, *Garanzia e tutela dei diritti*, in M. Cinelli, *La previdenza complementare. Art. 2123*, op. cit., p. 684 e segg..

⁸⁶ In tal senso, anche R. VIANELLO, *Garanzia e tutela dei diritti*, in M. Cinelli, *La previdenza complementare. Art. 2123*, op. cit., p. 684 e segg., che ammette la possibilità, richiamando Cass. 25 ottobre 1997, n. 10528, che il lavoratore, anche prima di aver maturato i requisiti per l’accesso alla prestazione previdenziale, possa proporre una domanda giudiziale di mero accertamento sulla base della (astratta) possibilità dannosa dell’omissione contributiva, sostenendo l’utilizzo di tale azione anche nel campo della previdenza complementare.

⁸⁷ M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2013, fasc. 1, pag.

Resta, in ogni caso, che una tale impostazione deve ritenersi inadeguata a tutelare la posizione contributiva complementare del singolo aderente.

È evidente, infatti, che sentenze di mero accertamento come pure sentenze di condanna “tardive”, esporrebbero il lavoratore al rischio di non poter recuperare l’intera contribuzione omessa dal datore di lavoro o, comunque, anche in caso di intervento del Fondo di garanzia presso l’Inps, di non poter beneficiare dei rendimenti che le contribuzioni, se tempestivamente versate, avrebbero potuto generare, con incidenza sul quantum delle prestazioni erogate al momento della maturazione dei requisiti pensionistici.

Non aiutano, poi, a garantire una tutela adeguata gli sforzi argomentativi circa l’eventuale riconoscimento di un privilegio da riconoscere ai contributivi dovuti alla previdenza complementare dalle imprese sottoposte a procedura concorsuale.

210. Lo stesso Autore segnala “*un ulteriore rimedio, fatto proprio da alcune pronunce di merito, le quali configurano quale comportamento antisindacale l’omessa contribuzione del datore al fondo pensione, poiché, si osserva, «la costituzione del Fondo Cometa ha origine dall’attività negoziale dei sindacati che, con la stipulazione di un apposito accordo con i datori di lavoro, hanno apprestato una migliore tutela del futuro pensionistico dei lavoratori, che rimane del tutto frustrata dall’inadempimento». Secondo questo orientamento, l’inadempimento contributivo andrebbe a «vanificare l’azione sindacale realizzata in fase costitutiva dall’Organizzazione stessa, la quale si è fatta in tale sede garante nei confronti della serietà e certezza dell’investimento nella previdenza complementare». Indubbiamente l’utilizzo dello strumento dell’art. 28 St. lav. è molto suggestivo ma al tempo stesso appare forzato: non sembra infatti superabile il rilievo circa la terzietà delle organizzazioni sindacali rispetto al rapporto di previdenza complementare, non essendo richiamabile la disciplina riguardante l’omissione dei versamenti dei contributi sindacali”.* Nel contributo vengono richiamate Trib. Prato 2 novembre 2007, rintracciabile all’indirizzo web <http://www.firenze.cgil.it/2007/28.pdf>, e Trib. Firenze 23 aprile 2004, citata da D. MASTANTUONO, *Un rimedio contro le omissioni contributive: il ricorso per condotta antisindacale del datore di lavoro*, in Osservatorio giuridico Mefop, 2004, n. 4, p. 2.

Rinviando a quanto già esposto nel capitolo precedente, si è già detto che deve, come evidenziato costantemente dalla giurisprudenza, escludersi il riconoscimento del privilegio previsto dall'art. 2751 *bis* Cod. Civ. ai versamenti contributi omessi dall'impresa ai fondi del secondo pilastro. Sul punto, infatti, tale privilegio è stato escluso anche dalla giurisprudenza di legittimità, già precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005⁸⁸.

Autorevole dottrina ha invocato l'applicabilità a tale contribuzione dell'art. 2754 Cod. Civ.⁸⁹, ma è stato fatto presente che *“la giurisprudenza di legittimità dissente e argomenta in senso contrario, ritenendo dirimente la carenza – in capo ai fondi di previdenza integrativa – del requisito dell'obbligatorietà. Secondo la Suprema Corte infatti – confortata in tale interpretazione da una pluralità di sentenze che vengono citate nella stessa pronuncia – la causa del credito privilegiato di cui agli artt. 2753 e 2754 c.c. risiederebbe non nella tutela del lavoratore «in quanto contraente debole bensì nell'interesse pubblico al reperimento e alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale». Pertanto risulta imprescindibile il collegamento fra privilegio e previdenza sociale «posto che il rapporto giuridico di assicurazione sociale sorge ex lege a condizioni prefissate, mentre il rapporto di assicurazione privata – qualificazione che ricomprende anche quello*

⁸⁸ Per una rassegna sulla giurisprudenza di merito e di legittimità si rinvia a M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, op. cit., pag. 212.

⁸⁹ A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, op. cit., p. 158, in cui si sostiene che *“pur riferendosi letteralmente ai soli fondi ‘esterni’, esso va applicato, a nostro avviso, a tutti i contributi di previdenza complementare, anche quelli dovuti a fondi ‘interni’”*.

attinente alle prestazioni integrative previdenziali e assistenziali – trae origine dall'autonomia delle parti (anche se regolata attraverso la contrattazione collettiva), ne deriva che soltanto i contributi del primo tipo sono assistiti dal privilegio in discussione, essendo destinati a tutelare l'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale»⁹⁰.

Come già ampiamente argomentato, la soluzione apprestata dall'ordinamento, quantomeno nelle ipotesi di crisi di impresa e sottoposizione a procedura concorsuale, è rappresentata dall'intervento del Fondo di garanzia costituito presso l'Inps.

A ben vedere, però, anche tale “rimedio” potrebbe essere considerato inidoneo a garantire la posizione individuale del singolo aderente alla previdenza complementare nell'ambito della vicenda delle omissioni contributive.

Ed infatti, porsi nell'ottica di un intervento “straordinario”, nel senso di limitato alle sole ipotesi concorsuali, e dunque di fallimento dell'impresa o di accertata insolvenza del datore di lavoro, espone il lavoratore *“al rischio di perdere una parte del complessivo trattamento che egli ottiene in correlazione all'esecuzione della prestazione lavorativa, mentre tutte le altre componenti di questo godono di un regime di favore”⁹¹.*

Ciò in quanto l'intervento del Fondo di garanzia *“non porrà il lavoratore nella stessa identica situazione che lo stesso avrebbe avuto qualora il suo datore di lavoro avesse correttamente e a tempo debito*

⁹⁰ Ancora M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, op. cit. pag. 212. L'Autore richiama Cass. 11 luglio 2006, n. 15676, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 680.

⁹¹ V. FERRANTE, in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, op. cit., pag. 545.

*adempito all'obbligazione posta a suo carico*⁹² perché provvederà ad integrare presso la forma pensionistica complementare una somma pari all'omissione, rivalutando i contributi (non) versati, utilizzando, per ciascun anno, l'indice di rendimento del trattamento di fine rapporto⁹³.

Ciò implica, però, in maniera innegabile, il dover riconoscere una tutela attenuata, perché non garantisce in alcun modo al lavoratore subordinato di essere “esonero” dal rischio dei mancati rendimenti che la propria contribuzione previdenziale avrebbe potuto produrre ove fosse stata tempestivamente versata dal datore al fondo di previdenza complementare e da quest'ultimo opportunamente investita.

Ed è questo l'aspetto più rilevante della questione delle omissioni contributive nell'ambito della previdenza complementare, che dovrebbe condurre ad un ripensamento circa il soggetto legittimato ad agire in caso di omissione, estendendo tale facoltà anche ai fondi del secondo pilastro.

Per quanto concerne la insinuazione al passivo (e quando la stessa può avvenire), parte della giurisprudenza di merito ha già tentato di riconoscere al fondo di previdenza la legittimazione ad agire in sede concorsuale per l'accertamento dell'omissione e l'insinuazione del relativo credito⁹⁴.

⁹² A. SGROI, *Il rimedio del fondo di garanzia, in Omissioni contributive: il ritardo le sanzioni e il caso del fallimento*, in Quaderni Mefop, 2009, n. 15, p. 55.

⁹³ Circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008.

⁹⁴ In questo senso App. Catania 30 dicembre 2006; v. anche, App. Brescia 8 agosto 2008, in Riv. giur. lav., 2010, II, p. 215 con nota di A. SGROI.

Ed una recente pronuncia del Tribunale di Milano⁹⁵ consente anche di valorizzare gli “strumenti” privatistici cui si accennava nei paragrafi precedenti, per giungere alla conclusione della ammissibilità della legittimazione in capo ai fondi di previdenza complementare, non solo nell’ambito del fallimento e delle ulteriori procedure concorsuali ma, in chiave estensiva, anche fuori da tale ambito, ovvero nella gestione della posizione previdenziale complementare del singolo iscritto, finchè il rapporto di adesione con lo stesso perduri e, contemporaneamente, permanga un obbligo contributivo in capo al datore di lavoro quale soggetto materialmente tenuto al versamento delle quote destinate ad alimentare la posizione presso il fondo⁹⁶.

Detta sentenza prende le mosse dalle possibili fonti di finanziamento destinabili ai fondi di previdenza complementare, ovvero le quote del TFR ed i contributi a carico del lavoratore subordinato e del datore di lavoro ed afferma che *“con riferimento alle prime due voci, se da un canto è pacifico che, per effetto della scelta espressa o tacita di accesso al sistema della previdenza complementare, il rapporto contributivo s’instaura direttamente tra il lavoratore, che assume la posizione di debitore originario, e il fondo, per quanto attiene all’adempimento della relativa obbligazione tramite il versamento, operato dal datore di lavoro, delle somme dovute a titolo di T.F.R. e delle somme trattenute sulla retribuzione spettante al*

⁹⁵ Tribunale di Milano, 13 gennaio 2014, n. 354, in www.rcdielle.com/jwebsite/images/stories/sentenze_publicate_in_massima_sul_n._3.4_2013/3_Trib._Milano_13.1.14.pdf.

⁹⁶ Un commento alla sentenza si trova in CORRADO A. CORRADO D., *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016.

lavoratore, si ritiene che la figura civilistica in cui inquadrare l'operazione sia la delegazione di pagamento di cui all'art. 1269 c.c.". Ed infatti, "il lavoratore, sia che l'adesione al fondo sia espressa, sia che si tratti di adesione tacita, delega il datore di lavoro ad eseguire il pagamento a favore del fondo utilizzando come provvista quanto maturato dal lavoratore nel periodo per TFR e una quota della retribuzione. Quanto al T.F.R. la delega di pagamento realizza una forma di utilizzo anticipato. Quanto alla quota della retribuzione la delega si concretizza tramite un normale meccanismo di trattenuta".

Posto ciò, tale pronuncia evidenzia come il fondo, in quanto delegatario, è legittimato ad agire nei confronti del datore di lavoro per il versamento di tali somme.

Riconosce, pertanto, legittimazione attiva ai fondi di previdenza complementare.

In chiave "residuale", però, ovvero "quando il fondo rimane inerte, o perché sceglie di non effettuare alcuna attività di recupero dei contributi non versati per una valutazione inerente la propria funzione o l'impiego delle proprie risorse" o per altre ragioni, "è indubbio che il lavoratore possa agire per far valere il diritto al pagamento delle quote delle retribuzioni trattenute e non versate e delle quote del T.F.R. non versate".

In altri termini i pagamenti che il datore di lavoro esegue in esecuzione della delegazione di pagamento sono a titolo di contributi previdenziali⁹⁷ perché attengono all'adempimento dell'obbligazione

⁹⁷ Sulla natura dei versamenti alla previdenza complementare sono intervenute, recentemente, la Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4684 del 9 marzo 2015 che, dirimendo un annosa questione sulla natura retributiva o contributiva degli stessi, hanno fatto propria l'orientamento giurisprudenziale (Cassazione 5 giugno 2012, n. 9016) che nega

previdenziale ma, se tale obbligazione non è adempiuta, il credito del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, sia per la parte relativa al TFR sia per quella inerente la retribuzione, non si estingue e pertanto il lavoratore rimane titolare del suo credito come sorto, a titolo di normale retribuzione o di retribuzione differita, nell'ambito del rapporto di lavoro per effetto dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Addirittura, la predetta sentenza arriva ad affermare che, invece, per quanto concerne l'omesso versamento dei contributi a carico del datore di lavoro si dovrebbe arrivare ad una conclusione differente perché *“questi sono oggetto di un'obbligazione che sorge direttamente in capo al datore di lavoro e rispetto ad essi sussiste, pertanto, una legittimazione esclusiva del fondo. Per il loro mancato versamento può configurarsi solo una responsabilità del datore di lavoro nei confronti del lavoratore a titolo di risarcimento danni. Il danno è peraltro sostanzialmente in re ipsa posto che nel sistema della previdenza complementare opera la regola, improntata ad una logica rigorosamente sinallagmatica, della corrispondenza tra i versamenti effettuati e la prestazione pensionistica, senza la previsione di alcuna contribuzione figurativa. Alla luce di questi caratteri del sistema, il*

la natura retributiva degli stessi. È stato, infatti, affermato che i versamenti effettuati dal datore di lavoro alla previdenza complementare *“non hanno natura retributiva, trattandosi di elargizioni non legate da un nesso di corrispettività con la prestazione di lavoro”*. Per un commento alla sentenza, E. PUCETTI, *Contributi datoriali ai fondi complementari e TFR: una retribuzione che non c'è*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, fasc. 8-9, pagg. 1945 – 1950; G. ZAMPINI, *Versamenti datoriali a fondi di previdenza complementare: natura previdenziale o retributiva?*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 10, pagg. 915 e segg.. In senso analogo, ma su Cassazione Sezioni Unite n. 6345 del 30 marzo 2015, C. ERRIGO, *Sulla natura previdenziale o retributiva dei versamenti datoriali ai fondi di previdenza complementare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza complementare*, 2015, fasc. 4, pagg. 660 – 665, pt. 2.

danno può essere facilmente liquidato in misura pari all'ammontare dei contributi non versati".

In conclusione, tali ultime considerazioni potrebbero condurre a supportare la tesi che la legittimazione ad agire per la tutela del credito contributivo sia, allo stato attuale, radicata non in capo all'iscritto, quanto piuttosto che al fondo pensione, rispetto al quale non appare ammissibile prospettare l'insussistenza di un interesse alla tempestiva acquisizione dei contributi individuali.

Fino a questo momento, nella maggioranza dei casi si è ovviato al problema "sfruttando" i canali informativi che, anche in base alle disposizioni fornite dalla Covip, i fondi di previdenza complementare devono costantemente mantenere con i propri aderenti, informandoli anche su eventuali profili circa il mancato versamento dei contributi cui è tenuta la parte datoriale.

Inoltre, la presunta carenza di titolarità dei fondi è risultata spesso risolta attraverso l'attribuzione di un mandato affinché questi si attivino per conto di ciascun iscritto per recuperare gli importi il cui versamento è stato omesso⁹⁸.

Appare, ad ogni modo, opportuno, un esplicito intervento normativo.

Consentire espressamente ai fondi pensione di attivarsi per il recupero della contribuzione omessa, sino anche ad obbligarli in tal senso, infatti, appare quantomeno coerente con un sistema previdenziale che riconosce alla previdenza complementare le medesime finalità della previdenza di base.

⁹⁸ V. FERRANTE, in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, op. cit., pag. 545.

CAPITOLO QUARTO

PROBLEMI GIURIDICI IRRISOLTI E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Per omissione contributiva si intende quella circostanza in cui il datore di lavoro non versa parzialmente o totalmente i contributi dovuti a una forma di previdenza complementare prescelta dal lavoratore.

L'omesso versamento delle quote contributive pregiudica l'accrescimento della posizione previdenziale del lavoratore stesso, con possibili, direi inevitabili, ripercussioni negative sulle prestazioni erogate dal fondo.

La Legge Delega n. 243 del 2004 prevedeva l'attribuzione alle forme pensionistiche complementari della "contitolarità" con l'iscritto del diritto alla contribuzione. Questo avrebbe dovuto legittimare i Fondi Pensione a rappresentare i propri aderenti nelle eventuali controversie promosse nei confronti del datore di lavoro (materialmente tenuto al versamento della contribuzione) aventi a oggetto il recupero delle omissioni, nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti.

Il D. Lgs. n. 252 del 2005, purtroppo, non ha attuato la previsione del legislatore delegato, nulla dicendo in ordine alla eventuale legittimazione attiva dei fondi pensione.

I primi commentatori che hanno affrontato la questione, anche in base ai meccanismi che regolano il Fondi di garanzia presso l'Inps a tutela della posizione previdenziale complementare, hanno escluso la legittimazione attiva dei fondi pensione. In quest'ottica, il lavoratore subordinato resterebbe l'unico soggetto legittimato ad

agire per ottenere l'accertamento dell'omissione e, eventualmente, anche per il recupero della contribuzione omessa.

La titolarità del credito in capo ai lavoratori si ricava dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 80, che disciplina l'intervento del Fondo di garanzia e che dispone che sia il lavoratore il soggetto legittimato all'insinuazione al passivo, disponendo infatti «*il lavoratore, ove il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto ... può richiedere al Fondo di garanzia ...*».

Parte della giurisprudenza, però, si è spinta ad affermare che, pur non essendo stata attuata la contitolarità, la stessa non è stata esclusa espressamente.

Tale filone giurisprudenziale, supportato anche da autorevole dottrina (si rinvia a quanto argomentato nel capitolo terzo), finisce per riconoscere la possibilità per i fondi pensione di concorrere, con l'iscritto, nella titolarità del diritto al recupero delle omissioni contributive.

Resta, però, una distinzione tra le ipotesi di omissione contributiva nei casi di fallimento dell'impresa (o assoggettamento dell'imprenditore ad altra procedura concorsuale) o, comunque, di imprenditore non soggetto alle procedure concorsuali ma del quale possa attestarsi l'insolvenza, da tutte le altre ipotesi in cui, nel corso del rapporto di lavoro, e a fronte delle più variegate ipotesi, il datore di lavoro si renda responsabile del mancato versamento dei contributi maturati o trattenuti dal dipendente.

Nel primo caso, infatti, come argomentato nel secondo capitolo, lo strumento elaborato dall'ordinamento è quello del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, che interviene per ripristinare la

contribuzione omessa (rivalutata in base alle norme sul TFR), ma che non garantisce l'iscritto dai mancati rendimenti che, nel lungo periodo, i fondi previdenziali dovrebbero essere in grado di produrre.

Nel secondo caso, invece, occorre porre rimedio alla mancata attuazione della "contitolarità", cercando di valorizzare gli strumenti civilistici già noti all'ordinamento.

Ed infatti, è stato sostenuto che, a seguito della scelta del lavoratore di destinare il TFR ed altre somme alla previdenza complementare, sembrerebbe venir meno il diritto del lavoratore iscritto ad ottenere dal proprio datore di lavoro il pagamento del TFR maturato in corso di rapporto, in quanto le quote di TFR tempo per tempo maturate non sono più accantonate presso il datore di lavoro per poi essere corrisposte, ai sensi dell'art. 2120 Cod. Civ., al lavoratore al momento della cessazione del rapporto, ma assumono la natura di "contribuzione" dovuta al Fondo di Previdenza complementare volta a finanziare le prestazioni che, in base alla legge, il Fondo dovrà erogare al lavoratore al momento del suo pensionamento.

Nel sistema delineato dal d. lgs. n. 252 del 2005, infatti, la destinazione del TFR maturato in corso di rapporto al Fondo di Previdenza complementare, ha la funzione di alimentare e finanziare quel particolare regime di previdenza al fine di consentire al lavoratore di beneficiare, al momento del suo pensionamento, di un trattamento pensionistico integrativo di quello generale obbligatorio.

Ciò confermerebbe che le quote di TFR maturate durante il rapporto di lavoro, se destinate al fondo di previdenza complementare, mutano la loro natura e da "retribuzione differita" (il cui diritto matura alla cessazione del rapporto di lavoro), divengono

“contributi” dovuti al Fondo, che verranno poi utilizzati per l'erogazione delle prestazioni pensionistiche a carico del Fondo stesso, il cui diritto matura, come visto, non già al momento della cessazione del rapporto di lavoro, ma al momento del pensionamento.

Ne deriva che, in caso di riscontrata omissione contributiva nei confronti del fondo di previdenza complementare, la domanda avanzata eventualmente dal lavoratore volta ad ottenere il pagamento diretto, in suo favore, del TFR e delle ulteriori contribuzioni omesse maturate in corso di rapporto, risulterebbe infondata.

In quest'ultima ipotesi, allora, il rimedio a disposizione del lavoratore si trova negli statuti che istituiscono i fondi pensione: questi di norma prevedono sanzioni di natura convenzionale, rappresentate dal versamento di quanto dovuto, maggiorato degli interessi di mora e delle spese di gestione sostenute dai fondi stessi.

In tal senso, del resto, si era espressa la Covip già nel 2002, con una propria monografia (Quaderno Speciale 3.2002, n. 1) sul tema delle omissioni, evidenziando sia l'aspetto informativo, che consente periodicamente di far emergere la consapevolezza, nell'iscritto, delle eventuale omissioni riscontrate dal fondo cui si è scelto di aderire, sia attraverso la verifica dei meccanismi negoziali adottati dai fondi pensione.

Tale aspetto è stato rivalutato anche dalla giurisprudenza di merito che ha fatto ricorso alla delegazione di pagamento disciplinata dall'art. 1269 Cod. Civ. per affermare la legittimazione ad agire del fondo di previdenza nei confronti del datore di lavoro per il versamento dei contributi omessi.

Questa tesi interpretativa riconosce, pertanto, legittimazione attiva ai fondi di previdenza complementare.

Ovviamente, tale legittimazione sarà “condivisa” con il lavoratore aderente, che potrà agire per far valere il diritto al pagamento delle quote delle retribuzioni trattenute e non versate e delle quote del T.F.R. non versate qualora il fondo non si attivi e resti inerte.

Questa tesi, nonostante non manchino riferimenti normativi nel d.lgs. n. 252 del 2005 che possano condurre a riconoscere espressamente la contitolarità anche in capo al fondo, appare comunque ragionevole e, soprattutto, rappresenta un ulteriore tassello volto ad assicurare una più specifica tutela nelle ipotesi di omissioni contributive nella previdenza complementare.

BIBLIOGRAFIA

ALTIMARI M., *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2013, fasc. 1, pag. 210

ARGENTINO G., *Previdenza complementare. Il nuovo schema di decreto*, in *Dir. e pratica lav.*, 32/2005, 1749 ss..

ARRIGO G., *La tutela dei crediti retributivi e previdenziali in caso di insolvenza del datore di lavoro fra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, PAPP, 2005, 32 ss.

AVIO A., *Il completamento della riforma pensionistica*, in *Lavoro e dir.*, 4/2008, 595-603.

L. BARBONI - A. FURLANI, *Tutela dei crediti di lavoro e attuazione del diritto comunitario*, Cedam, 1996.

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

BESSONE. M.-CARINCI F., *La previdenza complementare*, Torino, 2004.

BETTI A., *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2/2006, 793-815.

BOLLANI A., *L'assetto delle fonti costitutive*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civ.*, 3-4/2007, 610 ss..

BONATI G., *Tfr e previdenza complementare: i decreti attuativi della Finanziaria*, *Guida lav.*, 7/2007, 12-16.

BUONANNO S., *Il nuovo sistema di previdenza complementare*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2/2006, 188-191.

CARBONE L., *La previdenza complementare dopo la legge di stabilità 2015*, in *Il foro italiano*, 2015, fasc. 3, pagg. 172 – 175

CARDONI G., *Finanziamento della previdenza complementare e autonomia negoziale*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 3/2008, 693-739.

CARDONI G., *Il conferimento del t.f.r. alla previdenza complementare: le opzioni del lavoratore*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 1/2009, 149-184.

CARDONI G., *Le opzioni sul conferimento del t.f.r. alla previdenza complementare*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 1/2009, 168-169.

CASOTTI A.–GHEIDO M.R., *La riforma della previdenza complementare*, Milano, 2007.

CAZZOLA G., in *Guida ai fondi pensione*, Bancaria editrice, p.17.

CENDON P., *Commentario al Codice Civile Utet*, vol. IV, 1991.

CESARI R.- GRANDE G.- PANETTA F., *La previdenza complementare in Italia: caratteristiche, sviluppo e opportunità per i lavoratori*, in *Questioni di economia e finanza (Occasional papers)*, n.8-Maggio 2007, su www.bancaditalia.it.

G. CIAN E A. TABUCCHI, *Commentario breve al cod. civile*, Cedam, 1997.

CINELLI M., *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *Mass. Giur. Lav.*, 5/2007, 409 ss.

CORRADO A. CORRADO D., *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016.

COVIP, *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*”, in *Quaderni tematici Covip, Speciale 2-2002*, Quaderno n. 1, su www.covip.it

COZZOLINO M.- DI NICOLA F.- RAITANO M., *Il futuro dei fondi pensione: opportunità e scelte sulla destinazione del TFR*, in *Working paper ISAE*, 64/2006.

DI CORRADO G., *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, nota a Cass., sez. lav., 26 luglio 2010, n. 17526, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, fasc. 11, pagg. 2336 – 2342

DE SIMONE G., *Riforma del Tfr e previdenza complementare, tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata*, in *Lavoro e dir.*, 4/2008, 631.

DEDOLA S., *La disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Bollettino trib.*, 19/2003, 1379-1387.

ERRIGO C., *Sulla natura previdenziale o retributiva dei versamenti datoriali ai fondi di previdenza complementare*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza complementare*, 2015, fasc. 4, pagg. 660 – 665, pt. 2.

FAIOLI M., *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione della disciplina comunitaria*, RDSS, 2007, 611

FERRANTE V., in *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc.4, 2009, pag. 531 e segg.

FERRARO G., *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000.

FICARI V., *Il regime fiscale del t.f.r. e della previdenza complementare*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 201-212.

FICARI V., Il regime fiscale del TFR e della previdenza complementare, in *Bollettino trib.*, 837 ss.

FRIGNATI L., MARCHETTI F., RUGGERO E., *Il nuovo trattamento della previdenza complementare*, in *Working paper Mefop*, 15/2007, 1-30.

GIUBBONI S., *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 62/2007, 1-38.

GIUBBONI S., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2007, 337 ss.

GIUBBONI S., *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare. Primi appunti sullo schema di decreto di attuazione della delega ex L. n. 243/2004*, in *Lavoro giur.*, 3/2006, 249-255.

GIUBBONI S., *La previdenza pensionistica complementare e le regole del mercato integrato*, in *Lavoro e dir.*, 4/2008, 651-676.

GIURO C., *Garanzie per gli aderenti ai Fondi pensione: organi di controllo*, in *Dir. e pratica lav.*, 12/2007, 790-794.

GIURO C., *La previdenza individuale*, in *Dir. e pratica lav.*, 10/2007, 657-660.

MALANDRINI S., *Anticipazione del Tfr dopo la Finanziaria 2007*, in *Dir. e pratica lav.*, 10/2007, 651-656.

MALANDRINI S., *Riforma del Tfr: adempimenti a carico del datore. Questioni operative*, in *Dir. e pratica lav.*, 9/2009, 599-604..

MANGIATORDI B., *L'educazione previdenziale degli italiani*, in *www.lavoce.info*

MANGIATORDI B., *Ancora molto lavoro da fare sui fondi pensione*, in *www.lavoce.info*

MANGIATORDI B., *Previdenti nella crisi*, in *www.lavoce.info*

MARCHETTI F., *Il regime tributario delle forme pensionistiche complementari*, in *Nuove leggi civ.*, 2007, 947-957.

MASTANTUONO D., *Un rimedio contro le omissioni contributive: il ricorso per condotta antisindacale del datore di lavoro*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, 2004, n. 4.

MEFOP, *Commento tecnico al testo del decreto attuativo della legge delega in materia previdenziale approvato in data 24 novembre 2005*, in *www.mefop.it*, 5.

MEZZACAPO D., *Le prestazioni erogate dai fondi pensione*, in G. SANTORO-PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 191-200.

MEZZACAPO D., *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007, 117-132.

MISCIONE M., *La riforma delle pensioni 2004*, in *Lav. giur.*, 9/2004, 821-823.

MONTALDI F., *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 827 ss.

MORO A., *Come aprire i fondi chiusi*, su www.lavoce.info.it.

F. ORTOLANI, *Gestione e prassi operative*, in *Omissioni contributive: il ritardo le sanzioni e il caso del fallimento*, in *Quaderni Mefop*, 2009, n. 15, p. 66

PALLINI M., *La mobilità tra le forme pensionistiche complementari*, in *Nuove leggi civ.*, 3-4/2007, 780-804.

PANDOLFO A.- SCHIAVO F.P., *La previdenza complementare*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, (a cura di) SANTORO PASSATELLI G., IPSOA, 2000, 1273-1290.

PANDOLFO A., *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del D.Lgs. 252/2005*, in *Prev. e assist. pubbl. e privata*, 2/2006, 203 ss..

PANDOLFO A., *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il legislatore delegato*, in *Prev. e assist. pubbl.e privata*, 2/2004, 1235 ss..

PERSIANI M., *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 311 ss..

PERSIANI M., *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Argomenti dir. lav.*, 3/2001, 715 ss.

PERSIANI M., *La previdenza complementare*, Padova, 2008.

PERSIANI M., *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Argomenti dir. lav.*, 2006, 1479 ss..

PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006.

PESSI R., *La previdenza complementare: identità e discipline*, in *Mass. Giur. Lav.*, 12/2005, 950 ss..

PESSI R., *La previdenza complementare*, Padova, 1999.

PICCININNO V., *Omissione contributiva a danno del fondo di garanzia istituito presso l'Inps*, in *Riv. Prev. Pubbl. Priv.*, 2001, pagg. 93 e segg..

PUCETTI E., *Contributi datoriali ai fondi complementari e TFR: una retribuzione che non c'è*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, fasc. 8-9, pagg. 1945 – 1950

SANDULLI P., *Il conferimento, tacito e non, del Tfr al sistema di previdenza complementare*, in MESSORI M., *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006.

SANDULLI P., *Previdenza complementare*, in *Digesto V, Discipline privatistiche*, 1996.

P. SANDULLI, *La previdenza complementare ed il fenomeno delle omissioni contributive*, in *Omissioni contributive: il ritardo, le sanzioni e il caso del fallimento*, Quaderni Mefop, 15, 2009, in www.mefop.it

SCHIAVO F.P., *La previdenza complementare*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, (a cura di) G. Santoro Passatelli, IPSOA, 2000, 1289 ss..

SCIMIA L., *La riforma della previdenza complementare ed il ruolo sociale dei fondi pensione: sfide ed opportunità*, in *Assicurazioni*, 4/2004, 475-490;

SGROI A., *Il sistema di previdenza pubblica dopo la legge delega n. 243 del 23 Agosto 2004*, in *Riv. giur. lav.*, 4/2004, 795-820.

SGROI A., *Il rimedio del Fondo di Garanzia*, in *Omissioni contributive: il ritardo, le sanzioni e il caso del fallimento*, Quaderni Mefop, 15, 2009, in www.mefop.it

SGROI A., *L'accertamento delle omissioni contributive nella previdenza complementare e l'intervento del Fondo di garanzia*, nota di commento a Corte d'Appello di Brescia, 8 agosto 2008, n. 163, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, fasc. 1, pagg. 215 e segg.

TINELLI G., *La disciplina tributaria dei conferimenti e dei risultati di gestione dei fondi pensione*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 3/2008, 593-623.

TUCCI G., *Privilegi* [Dir. Civile] in *Enciclopedia Giuridica Treccani*.

A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale: fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, 2001, p. 135 e segg..

TURSI A., *I sindacati e le pensioni private*, in www.lavoce.it., 2005.

TURSI A., *Il concetto di autonomia collettiva nella disciplina della previdenza complementare, La nuova nozione di fonte istitutiva tra apparente innovazione e continuità*, in *News letter Mefop*, 25, 5.

TURSI A., *La previdenza pensionistica privata: forme contrattuali e forme individuali*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2002, 121 ss..

TURSI A., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere. Spunti di riflessione*, in *Prev. e assist. pubbl.e privata*, 2/2005, 513-545.

TURSI A., *La nuova disciplina della previdenza complementare*, NLCC, 2007, 537 e ss..

TURSI A., *Libertà di scelta, portabilità del capitale accantonato, portabilità del contributo datoriale*, in *www.lavoce.it*..

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

G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 329.

G. ZAMPINI, *Versamenti datoriali a fondi di previdenza complementare: natura previdenziale o retributiva?*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 10, pagg. 915 e segg..