
CAPITOLO XIII

LA DISCIPLINA DEI FONDI PREESISTENTI (*)

SOMMARIO: 1. I caratteri della previdenza integrativa prima del decreto legislativo 21 aprile 1993 n. 124: *a*) profili generali. — 1.1. (*Segue*): *b*) i soggetti, l'oggetto e la struttura. — 2. Linee fondamentali dell'adeguamento dei fondi preesistenti nell'art. 18, d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124. — 2.1. Aspetti di specialità della disciplina dei fondi preesistenti: *a*) i profili strutturali. — 2.2. (*Segue*): *b*) i profili soggettivi. La posizione dei "vecchi" iscritti al fondo pensione tra diritti quesiti e contrattazione collettiva ablativa. — 2.3. (*Segue*): *c*) le prestazioni di previdenza complementare dopo la legge 24 dicembre 1997, n. 449. — 3. Fondi preesistenti e pubblico impiego. — 4. La disciplina dei fondi preesistenti nel decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252: profili generali. — 5. L'adeguamento alle disposizioni del d.lgs. n. 252 del 2005 nella normativa secondaria. Il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 10 maggio 2007, n. 62. — 6. L'accesso alle prestazioni.

1. I caratteri della previdenza integrativa prima del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124: *a*) profili generali.

Non utilizzate nelle fonti di disciplina, "fondi pensione preesistenti" o "fondi preesistenti" sono espressioni di sintesi coniate dalla dottrina, e ormai entrate nel linguaggio giuridico, al fine di indicare le "forme pensionistiche complementari che risultano istituite alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421" — ossia alla data del 15 novembre 1992 —, secondo la formula

(*) Di GUIDO CANAVESI.

originariamente utilizzata dall'art. 18 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 (1) e ora confermata dall'art. 20 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 (2), che, come noto, quel primo decreto ha abrogato (3), riscrivendo, al contempo, la "disciplina delle forme di previdenza complementare" (4).

A prescindere dalla sua abrogazione, comunque, l'art. 18 da un

(1) Specificamente sull'art. 18 e, più in generale, sulle problematiche della disciplina dei fondi preesistenti ante d.lgs. n. 252 del 2005, vedi M. CINELLI, F. D. MASTRANGELI, C. GULLÌ, *art. 18 (I, II, III)*, in M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari. Commentario. Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 250 ss.; ID., *I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 505 ss.; P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione integrativa in assenza della pensione di base*, in *Inf. prev.*, 1997, p. 527 ss.; M. PERSIANI, « *Fondi interni* » e libertà di iniziativa economica privata, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 127 ss.; M. BESSONE, *I fondi preesistenti al d.lgs. n. 124/1993*, in M. BESSONE e F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, IV, Torino, 2004, p. 307 ss.

In generale, ai fondi preesistenti dedicano attenzione anche le trattazioni di più ampio respiro sulla previdenza complementare. Senza pretesa di esaustività, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, spec. pp. 146 ss., 235 ss.; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004.

(2) Cfr. F. MONTALDI e A. OCCHINO, *art. 20*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare. Commentario. Nuove leggi civ. comm.*, 2007, rispettivamente p. 826 ss. e p. 846 ss.

(3) Cfr., l'art. 21, comma 8, d.lgs. n. 252 del 2005 e, al riguardo, A. OCCHINO, *art. 21, comma 8*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit. p. 869 ss.

(4) Sull'attuale disciplina, A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 793 ss.; A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento al d.lgs. 252/2005*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, p. 145 ss.; R. PESSI, *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Mass. giur. lav.* 2006, p. 364 ss.; ID., *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, p. 325 ss.; P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del trattamento di fine rapporto al sistema di previdenza complementare*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, cit., p. 157 ss.; M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 406 ss.; ID., « *Operazione verità* » sui fondi pensione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 475 ss.; S. GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 337 ss.; A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit.

lato ha segnato la presa d'atto, da parte del legislatore, di quella "previdenza privata" e "integrativa" (5), che già da tempo rappresentava un fenomeno consolidato nella realtà socio-economica. Dall'altro, quella disposizione prospettava una soluzione al problema che il carattere organico ed esaustivo della normativa del 1993 inevitabilmente poneva: quello del rapporto tra la poliedrica articolazione delle forme di previdenza "integrativa" e la previdenza, invece, "complementare".

Nella sua linea di fondo, un simile problema si sostanzia nell'interrogativo se quel rapporto sia, oppure no o, se mai, in che "misura", di coincidenza tra l'una e l'altra forma di previdenza e tuttavia esso è a sua volta scomponibile in distinti, per quanto connessi, profili, riguardanti la continuità di collocazione sistemica e funzionale tra quelle forme per un verso, l'identità strutturale delle rispettive fattispecie per l'altro.

Peraltro, se quel problema è logicamente preliminare al tema della disciplina dei fondi preesistenti, perché di questa serve a fissare l'ambito di applicazione, al contempo, tuttavia, per risolverlo non si può prescindere dalla considerazione, in prospettiva diacronica, del complessivo contenuto dei due atti normativi del 1993 e del 2005, perché solo dalle scelte del legislatore fermate nel dato positivo può ricavarsi la risposta.

Da subito, tuttavia, può dirsi che un'indicazione di carattere generale e utile a delineare lo sfondo o il contesto normativo di riferimento è ricavabile proprio dagli artt. 18, d.lgs. n. 124 del 1993 e 20, d.lgs. n. 252 del 2005: comune ad entrambi, anche se con una marcata accentuazione nel passaggio dal primo al secondo, è la prospettiva dell' "adeguamento" dei fondi preesistenti alla disciplina dettata per le forme pensionistiche complementari istituite dopo il 15 novembre 1992. E nel concetto di "adeguamento" è di per sé implicita o presupposta una qualche continuità, sistemica, funzionale e, almeno in parte, strutturale, nonché l'ammissione di un'area di tendenziale coincidenza o sovrapposizione, tra ciò che è soggetto ad adeguamento e ciò che costituisce il parametro cui adeguarsi (6).

Resta, peraltro, indefinita l'ampiezza di quell'area, per la cui

(5) Per la terminologia, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 76 ss. Vedi però M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro. Not. giur. lav.*, supplemento, Roma, 1989, p. 225 ss.

(6) G. PROIA, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 182 ss.

delimitazione si deve, appunto, spostare l'attenzione ai singoli complessi normativi, ma prima ancora procedere ad una pur sintetica esplicazione degli elementi caratterizzanti la fattispecie della "previdenza integrativa", questa rappresentando l'essenziale termine non solo di confronto, ma di partenza della questione in esame.

Al riguardo, è intanto da ribadire la pochezza dei dati normativi di riferimento, tra l'altro "diacronicamente e asistematicamente formati" (7), comunque inadeguati a supportare complessive ricostruzioni e dei quali, perciò, ci si può limitare qui a richiamare quelli più rilevanti ai nostri fini.

Così è, innanzitutto, del regime processuale, comune alle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria o relative a "obblighi di assistenza e previdenza" derivanti da una fonte collettiva (contratti e accordi), in ragione del quale alcuno ha scorto nell'art. 442, comma 2, c.p.c., l'indice di "una sostanziale confluenza e correlazione funzionale del modello di base e di quello contrattuale collettivo complementare" (8), confermata, peraltro, anche dalla norma tributaria che sanciva, prima delle modifiche apportate con il d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314, l'esclusione dal reddito da lavoro imponibile dei "contributi versati dal datore di lavoro e dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine previdenziale o assistenziale in conformità a disposizioni di legge, di contratto collettivo o di accordo o regolamento aziendale" (9).

Come è noto, poi, il Codice civile dedica alla previdenza integrativa solo gli artt. 2117 (10) e 2123 (11). Si tratta di normativa a

(7) Così P. SANDULLI, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 216; ID., *Previdenza complementare*, in *Dig. IV, sez. comm.*, Torino, 1995, vol. XI, p. 244 ss, cui si rinvia per una rassegna complessiva. Vedi anche G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 81 ss.

(8) Sempre P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit. p. 216 ss.; ID., *Previdenza complementare*, cit., p. 249. Ma vedi G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 83 ss.

(9) Così il testo originale del d. P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, recante il T.U. sulle imposte dei redditi, all'art. 48, comma 2. Al riguardo F. SILVESTRI, G. TREMONTI, *La disciplina fiscale della previdenza integrativa*, in AA. VV., *La previdenza integrativa*, cit., p. 89 ss.; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 84 ss., evidenzia come questa disposizione differenziasse tra forme di previdenza integrativa e premi per le assicurazioni sulla vita e contro gli infortuni versati dal datore di lavoro in base a contratti collettivi o regolamenti aziendali.

(10) Cfr. A. DE VALLES, *Natura giuridica dei fondi per la previdenza e l'assistenza di cui all'art. 2117 c.c.*, in *Dir. ec.*, 1961, p. 1183 ss.; U. ROMAGNOLI, *Natura*

giudizio dei più ormai inadeguata a offrire soluzione ai molteplici problemi di regolazione della previdenza integrativa (12). In particolare, il primo, sancendo l'indistraibilità dal fine previdenziale o assistenziale perseguito e la sottrazione ad esecuzione, da parte dei creditori dell'imprenditore e del prestatore di lavoro, delle risorse dei fondi, assicura al lavoratore una garanzia patrimoniale che, tuttavia, "non è idonea, da sola, a garantire, nel tempo, la sicurezza dell'adempimento delle obbligazioni previdenziali" (13), a tal fine richiedendosi, invece, che "il valore del patrimonio dell'imprenditore sia quanto meno pari all'ammontare dei crediti dei lavoratori per le prestazioni pensionistiche" (14).

giuridica dei fondi di previdenza (art. 2117 c.c.), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 858 ss.; L. M. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale* Artt. 2060-2134. *Commentario al Codice Civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1986, p. 606; E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Dir. lav.*, 1988, I, p. 115 ss.; M. CERRETA, *Fondi aziendali di previdenza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XIV; F. SANTONI, *Fondi speciali di previdenza*, *ivi*; G. CIOCCA, *art. 2117*, in *Codice civile annotato con dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. PERLINGERI Bologna-Napoli, 1991, p. 126 ss.; L. IOELE, *art. 2117*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. CENDON, Torino, 1991, vol. V, artt. 2060-2246, p. 388 ss.; G. ZANGARI, *art. 2117*, in *Id.*, *Del lavoro. Artt. 2115-2134. Commentario del Codice Civile. Libro V*, Torino, 1993, t. I, 720 ss.; R. VIANELLO, *art. 2117*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da CENDON, Aggiornamento 1991-2001, Torino, 2002, vol. III, artt. 2060-2642, p. 409 ss.; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, *cit.*, p. 293 ss.; R. CASILLO, *art. 2117*, dattiloscritto.

(11) Cfr. L. M. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, *cit.*, p. 794 ss.; G. CIOCCA, *art. 2123*, in *Codice civile annotato con dottrina e la giurisprudenza*, *cit.*, p. 158 ss.; L. IOELE, *art. 2123*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. CENDON, *cit.* p. 480 ss.

(12) Cfr. G. ZANGARI, *art. 2117*, *cit.*, p. 755 ss.; M. CERRETA, *Fondi aziendali*, *cit.*, p. 4; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, *cit.*, p. 227; M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Id.*, *La previdenza complementare*, Padova, 2008, p. 10.

(13) Così M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Id.*, *La previdenza complementare*, *cit.*, p. 126, che, alla nota 129, richiama M. GRANDI, voce *Quiescenza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 149 e R. FLAMMIA, *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, in *AA.VV.*, *Questioni attuali*, *cit.*, p. 209.

(14) Così R. COSTI, *I fondi pensione e l'organizzazione del risparmio previdenziale*, in *AA.VV.*, *La previdenza integrativa. Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 3, Torino, 1988, p. 29, che evidenzia altresì come neppure una simile situazione patrimoniale garantisca del tutto i lavoratori, laddove vi siano problemi di liquidità.

Comunque, è dalla dialettica interpretativa instaurata tra la realtà fattuale di quel fenomeno e segmenti o significati normativi, per induzione o indirettamente, ricavabili da quella disposizione (15), che dottrina (16) e giurisprudenza (17) hanno delineato un “assetto giuridico istituzionale”, secondo alcuni ormai sufficientemente consolidato, e, anzi, “soddisfacente” (18), del fenomeno della previdenza integrativa.

Deve dirsi, tuttavia, che, per quanto consolidato, quell’assetto sconta distinzioni, se non vere e proprie contrapposizioni, non solo quanto alla funzione assolta dalla previdenza integrativa. E le sconta per le incertezze legate alla circostanza della poliedrica articolazione delle forme e dei modi con cui quella si è sviluppata (19), a sua volta conseguenza di quella garanzia costituzionale di “libertà dell’assistenza privata”, di cui la previdenza integrativa è stata dai più considerata manifestazione (20). Questo, almeno fino alla fine degli anni ’80 e l’inizio della stagione delle riforme o “razionalizzazioni”

(15) Ma vedi, per una critica alla possibilità di ricavare dall’art. 2117 c.c. indicazioni sulla natura dei fondi e le relazioni giuridiche che in esso si instaurano, G. ZANGARI, art. 2117, cit., p. 721 ss.

(16) Cfr., V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza*, cit., p. 122 ss.; M. CINELLI, *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 888 ss.; AA.VV., *La previdenza integrativa*, cit.; E. GHERA, *Forme speciali e integrative*, cit.; M. CERRETA, voce *Fondi aziendali*, cit.; F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit.; R. FLAMMIA, *La previdenza integrativa tra pubblico e privato*, cit.; M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, cit., p. 220 ss.; L. IOELE, art. 2117, cit.; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., p. 201 ss.; G. CIOCCA, art. 2117, cit.; G. ZANGARI, art. 2117, cit.

(17) Cfr. l’ampia rassegna di L. IOELE, *Gli orientamenti della Suprema Corte di Cassazione sulle forme volontarie di previdenza*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, t. II, Milano, 2000, p. 1191 ss.

(18) P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., p. 227.

(19) Per esemplificazioni, G. CIOCCA, *Contributo ad un’analisi tipologica delle forme di previdenza integrativa*, in *Inf. prev.*, 1988, p. 425 ss.; ID., *La libertà della previdenza*, p. 86 ss.

(20) In particolare, V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in ID., *Il pluralismo previdenziale secondo costituzione*, Milano, 1986, p. 179 ss.; M. GRANDI, *Previdenza integrativa*, cit., p. 223 ss.; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 52 ss., 76 ss.; ID., art. 2117, cit. Vedi anche M. CINELLI, *Appunti per un dibattito*, cit., p. 904; E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Dir. lav.*, 1988, I, p. 123; M. CERRETA, *Fondi aziendali*, cit., p. 1; F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit., p. 1; L. IOELE, art. 2117, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. CENDON, Torino, 1991, vol. V, artt.

del sistema pensionistico (21), quando il ritrarsi della tutela previdenziale e in particolare pensionistica obbligatoria dall'area dei bisogni, pur socialmente rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 2, Cost., connessi al mantenimento del tenore di vita raggiunto dal lavoratore nella vita lavorativa, ha indotto parte della dottrina a prospettare per la previdenza integrativa una funzione *complementare*, appunto, della previdenza pubblica ed allora una collocazione costituzionale oltre che nel quinto comma, e congiuntamente a esso, anche nel secondo comma dell'art. 38 (22). Una ricostruzione, questa, che ha poi trovato un iniziale avallo nella giurisprudenza costituzionale sulla non imponibilità contributiva delle somme versate dal datore di lavoro a finanziamento delle previdenza integrativa. Per quanto criticabile, infatti, quella giurisprudenza, affermando la necessità di una contribuzione di solidarietà, ha comunque evidenziato, se non creato, un collegamento sistematico tra la funzione previdenziale pubblica e quella della previdenza integrativa (23).

2060-2246, p. 390 ss.; G. ZANGARI, art. 2117, in ID., *Del lavoro. Artt. 2115-2134. Commentario del Codice Civile. Libro V*, Torino, 1993, t. I, p. 722.

(21) Per le diverse e contrapposte ricostruzioni in termini di riforma o razionalizzazione vedi soprattutto R. PESSI, *Corrispettività e solidarietà nel nuovo sistema previdenziale*, in ID. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, p. 1 ss.; M. PERSIANI, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, p. 35 ss.

(22) Vedi soprattutto R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 63 ss.; P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Milano, 1988, p. 175 ss.; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., p. 216 ss.; R. PESSI, P. OLIVELLI, *La previdenza complementare nella Comunità europea*, Milano, 1992, p. 21 ss.; P. OLIVELLI, *Previdenza complementare*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, *Aggiornamenti*, 1995.

(23) Corte cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 239 ss., con nota di F. REALMONTE, P. TOSI, *La previdenza integrativa dopo la sentenza n. 427/1990 della Corte Costituzionale*. Per altri commenti, R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *La sottoposizione a contribuzione previdenziale delle erogazioni datoriali ai fondi di previdenza integrativa: la sentenza n. 427/1990 della Corte Costituzionale*, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 224 ss.; O. MAZZOTTA, *Note minime su contribuzione obbligatoria e previdenza integrativa*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2005; R. PESSI, *La previdenza integrativa: identificazione funzionale e collocazione strutturale nell'assetto del rapporto previdenziale pubblico dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 427/1990*, in ID., *La previdenza complementare*, Padova, 1999, p. 33 ss.; A. TURSÌ, *Commento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, p. 408 ss.; Corte cost. 8 settembre 1995, n. 421, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 7 ss., con nota di G. PERA, *Fondi pensionistici e contribuzione previdenziale*. Vedi anche PROIA, *La Corte*

1.1. (Segue): b) i soggetti, l'oggetto e la struttura.

Dunque, quanto al profilo soggettivo, sono i lavoratori subordinati ad essere destinatari delle prestazioni dei fondi di previdenza integrativa, mentre sono gli "imprenditori" a costituire questi ultimi. Il che trova conferma nell'esperienza ed un indubbio fondamento giuridico, oltre che nello stesso articolo 2117 c.c., nel contesto normativo in cui esso è collocato. Tuttavia, deve dirsi che non si tratta di un vincolo ordinamentale, ma piuttosto di un dato di carattere storico, l'intera disciplina del titolo II del Libro V del Codice civile rispecchiando e, per altro verso, conformando giuridicamente i tratti caratteristici del sistema produttivo dell'epoca. Se poi si considera la sopravvenuta garanzia di libertà, di cui all'art. 38, co. 5, non sembrano possibili dubbi circa l'astratta legittimità sia di forme previdenziali per i lavoratori autonomi, residuando, se mai, incertezze quanto all'applicazione analogica dell'art. 2117 c.c. (24), sia della costituzione di fondi pensione da parte di soggetti non imprenditori (25), risultato, quest'ultimo, peraltro attingibile già col richiamo all'art. 2239 c.c.

Sul piano oggettivo, invece, ferma l'assoluta libertà delle fonti istitutive nella determinazione degli eventi protetti e delle prestazioni erogabili, è da segnalare la distinzione tra fondi a carattere o scopo *assistenziale* oppure *previdenziale*, prospettata già dall'art. 2117 c. c. In realtà il significato da attribuirle non appare né chiaro né univoco. Secondo alcuni i primi si caratterizzerebbero per la

Costituzionale e la previdenza complementare, cit., p. 173 ss.; P. SANDULLI, *La contribuzione sulla previdenza complementare torna al legislatore?*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 535 ss.; P. BOZZAO, *Previdenza complementare: la Corte costituzionale torna sulla questione del « contributo sul contributo »*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 289; S. GIUBBONI, *Previdenza complementare e contributo di solidarietà*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 663 ss.

(24) R. CASILLO, *art. 2117*, cit., p. 5 del dattiloscritto, sulla base del riferimento alle "associazioni professionali" ritiene che l'applicabilità della norma sia ammessa da V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza*, cit., p. 183 ss.

(25) In tal senso G. INFANTE, *Profili civilistici dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza: l'art. 2117 c.c. dopo gli interventi legislativi degli anni Novanta*, Napoli, 2002, p. 28. Ma già V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza*, cit., p. 183 ss., prospettava l'applicazione analogica dell'art. 2117 c.c., in quanto informato alla finalità previdenziale, anche ai fondi eventualmente istituiti da associazioni professionali, "sia sul piano aziendale, che su piani più vasti e al limite sul piano nazionale". Cfr. anche F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit., p. 2; Corte cost. 23 giugno 1964, n. 59, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, p. 323.

finalità solidaristica e redistributiva, assolta mediante il ricorso al metodo della ripartizione nella gestione delle risorse, mentre i fondi previdenziali adotterebbero il sistema a capitalizzazione, con rapporto di corrispettività tra contributi e prestazioni, e perseguirebbero finalità mutualistico-assicurativa (26). Altri distingue in relazione all'evento generatore di bisogno: "che sia cessato il rapporto di lavoro con una certa anzianità di servizio o a certe condizioni e che la pensione da integrare sia inferiore a certi *standards*", nelle forme previdenziali, situazioni di bisogno in costanza di rapporto di lavoro in quelle assistenziali (27). Per altri ancora, criterio distintivo sarebbe la modalità di finanziamento, unilaterale e a carico del datore nelle forme assistenziali, con contribuzione degli associati (datori di lavoro e lavoratori) al fondo comune in quelle previdenziali (28).

Indicazioni solo in parte più precise sono offerte, invece, dalla legislazione. Invero, l'art. 9, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 9, decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, prevede e disciplina i fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale, istituiti, tra l'altro, tramite contratti e accordi collettivi, anche aziendali, o accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale e finalizzati all'erogazione di *forme di assistenza sanitaria integrativa*, individuate nei commi 4 e 5 dello stesso articolo e successivamente dall'art. 26, legge 8 novembre 2000, n. 328 (29).

(26) Cfr. C. LAGALA, *La previdenza tra mutualità e solidarietà*, Bari, 2001, p. 29. Vedi anche Corte cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2087.

(27) Così M. PERSIANI, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 73, commento a Cass. 8 gennaio 1987, n. 61, cui si rinvia per esemplificazioni; A. TURSI, *Commento*, cit., p. 409, nota 4; ID., *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 30. Vedi anche, ma in termini più sfumati, L. M. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività*, cit., p. 607.

(28) Cfr. F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit., p. 3.

(29) Si tratta di: *a*) prestazioni aggiuntive, non comprese nei livelli essenziali e uniformi di assistenza e con questi comunque integrate, erogate da professionisti e da strutture accreditati, tra le quali il comma 5 richiama espressamente le prestazioni di medicina non convenzionale, ancorché erogate da strutture non accreditate, le cure termali, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale e l'assistenza odontoiatrica, limitatamente alle prestazioni non a carico del Servizio sanitario nazionale; *b*) prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, per la sola quota posta a carico dell'assistito, inclusi gli oneri per l'accesso alle prestazioni erogate in

A sua volta per l'art. 9-bis del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103, aggiunto dalla legge di conversione 1° giugno 1991, n. 166, quella distinzione qualifica le *prestazioni integrative* erogate da casse, fondi gestioni o forme assicurative previsti da contratti collettivi o da accordi o da regolamenti aziendali, ma senza che siano fornite indicazioni ulteriori, utili a distinguere quando quelle prestazioni siano dell'uno o dell'altro tipo. Ad "enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale", inoltre, fa riferimento l'art. 51, comma 2, lett. a), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi), per escludere che costituiscano reddito di lavoro dipendente i contributi loro versati dal datore di lavoro, entro una data somma, ma soltanto a condizione che operino negli ambiti attualmente stabiliti dal decreto del Ministero della Salute 31 marzo 2008, il quale precisa che quegli enti o casse (o società di mutuo soccorso) "non rientrano nell'ambito di operatività dei fondi sanitari integrativi del servizio sanitario nazionale" ed hanno quali ambiti operativi "il complesso delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie da essi assicurate secondo i propri statuti e regolamenti, nonché i costi di compartecipazione alla spesa sostenuti dai cittadini nella fruizione delle prestazioni del servizio sanitario nazionale e gli oneri per l'accesso alle prestazioni erogate in regime di libera professione intramuraria"

Peraltro, a nessuna delle norme richiamate né, tanto meno, al regolamento ministeriale può riconoscersi una valenza definitoria tale da esaurire l'ambito delle possibili forme erogatrici di prestazioni integrative assistenziali, se non altro per la garanzia costituzionale di libertà che quelle stesse assiste (30).

regime di libera professione intramuraria e per la fruizione dei servizi alberghieri su richiesta dell'assistito di cui all'art. 1, comma 15, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; c) prestazioni sociosanitarie erogate in strutture accreditate residenziali e semiresidenziali o in forma domiciliare, per la quota posta a carico dell'assistito; d) spese sostenute dall'assistito per le prestazioni sociali erogate nell'ambito dei programmi assistenziali intensivi e prolungati finalizzati a garantire la permanenza a domicilio ovvero in strutture residenziali o semiresidenziali delle persone anziane e disabili, ai sensi dell'art. 26, legge n. 328 del 2000.

Ma vedi anche il decreto del Ministero della Salute 31 marzo 2008.

Sui fondi sanitari integrativi, V. PUTRIGNANO, *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 461 ss.

(30) Libertà di cui sono espressione anche i fondi sanitari integrativi di cui all'art. 9, d.lgs. n. 502 del 1992, nonostante la specifica disciplina legislativa.

Quanto alla struttura, vige la fondamentale distinzione tra fondi “interni” e fondi “esterni”. Nei primi, indiscussa la diretta gestione da parte del datore di lavoro, sussistono, invece, difformi opinioni circa la necessaria strutturazione ai sensi dell’art. 2117 c.c., cioè come “patrimonio separato” distinto dal complessivo patrimonio aziendale. Secondo alcuni, infatti, prescindendo dal dato nominale, sarebbero legittimamente configurabili forme previdenziali costituite esclusivamente da “un fascio di obbligazioni del datore di lavoro alle quali fanno riscontro i diritti dei pensionati e le aspettative dei lavoratori in servizio” e garantite dal solo art. 2740 c.c. (31).

I fondi esterni, invece, sono costituiti come soggettività distinte dal datore di lavoro, con autonomia patrimoniale e gestionale (32). E, al riguardo, l’opinione che attribuisce a tali fondi natura di associazione non riconosciuta, certamente prevalente in giurisprudenza (33), e proposta da una parte della dottrina (34), inizialmente anche con la precisazione che si tratta di associazione di mutua

(31) In tal senso M. PERSIANI, « *Fondi interni* », cit., pp. 128-129; ID., *Aspettative e diritti*, cit., p. 357; Trib. Genova 4 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 617. Vedi anche, in prospettiva analoga, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 143 ss. In senso contrario A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 293 ss. Secondo M. CINELLI, art. 18, cit., p. 251 ss., il fondo ex art. 2117 c.c., richiede uno “specifico atto di autonomia negoziale, concettualmente distinto da quello costitutivo della forma previdenziale” ed avente ad oggetto “la specificazione (o la « destinazione ») dei beni” che costituiscono e garantiscono l’obbligazione previdenziale, ma non anche “l’effettivo accantonamento di beni o il conferimento di beni particolari”.

(32) Cfr. G. ZANGARI, art. 2117, cit., p. 734; L. IOELE, art. 2117, cit., p. 392.

(33) Cass. 22 aprile 1982, n. 2492, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2064; Cass. 23 agosto 2000, n. 11015, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, p. 1821; Cass. 10 aprile 2001, n. 5362, in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, p. 761; Cass. 17 maggio 2003, n. 7755, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, p. 5.

(34) Cfr. U. CHIAPPELLI, *Casse, fondi, gestioni speciali, polizze di assicurazione e assicurazione obbligatoria invalidità e vecchiaia*, in *Dir. lav.*, 1947, I, p. 287; V. SIMI, *Contributo allo studio della previdenza*, cit., p. 186; G. CIOCCA, *La previdenza integrativa dei disciolti enti mutualistici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 885 (ma vedi, per la situazione successiva al d.lgs. n. 124 del 1993, ID., *La libertà della previdenza*, cit., p. 141 ss.); S. HERNANDEZ, *Il trattamento di fine rapporto e gli atti di previdenza volontaria*, in *Dir. lav.*, 1986, I, p. 439 ss.; R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in AA.VV., *La previdenza integrativa*, cit., p. 72, relativamente ai fondi finanziati con contributi del datore di lavoro e dei lavoratori; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 247.

assicurazione (35), non è però esente da critiche, evidenziandosi, in particolare, la neutralità dell'art. 2117 c.c. al riguardo e l'ampia autonomia rimessa alle fonti istitutive quanto a struttura e organizzazione, difficilmente inquadrabili in schemi predefiniti (36).

Delle fonti istitutive, oltre a quella contrattuale collettiva, (37) è generalmente ammessa quella unilaterale, del datore di lavoro (38), anche se il regolamento aziendale è da alcuni ricondotto ad una fonte di "rilevanza collettiva" per il suo carattere "duale" o bilaterale, implicante, cioè, "l'assenso datoriale e quello dei lavoratori... singolarmente considerati" (39), mentre neppure si esclude il contratto individuale di lavoro subordinato (40). Peraltro, sull'afferenza alla previdenza integrativa di forme istituite tramite il contratto individuale è lecito dubitare: se è di per sé data la condizione professionale, elemento essenziale di fattispecie (41), non altrettanto può dirsi per l'altro, anch'esso essenziale, del carattere di solidarietà collettiva dell'iniziativa previdenziale (42), che vale a

(35) Così U. ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi*, cit., p. 871 ss.

(36) Cfr. M. GRANDI, *Previdenza integrativa*, cit., p. 234 ss.; F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit., p. 4; G. ZANGARI, *art. 2117*, cit., p. 729 ss.

Per la tesi del patrimonio separato, B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, vol. IV, Torino, 1953, p. 122; A. DE VALLES, *Natura giuridica dei fondi*, cit., p. 1184. Per quella della fondazione di fatto, N. ONGARO, *I fondi pensione come fondazioni non riconosciute*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 491 ss.

(37) M. CINELLI, *Appunti per un dibattito*, cit., p. 892; G. CIOCCA, *La previdenza integrativa*, cit., p. 885 ss.; L. IOELE, *art. 2117*, cit., p. 390; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., pp. 226 e 235.

(38) M. CINELLI, *Appunti per un dibattito*, cit., p. 892; M. GRANDI, *Previdenza integrativa*, cit., p. 237; F. SANTONI, *Fondi speciali*, cit., p. 2; L. IOELE, *art. 2117*, cit., p. 390.

(39) P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., p. 227.

(40) M. CINELLI, *Appunti per un dibattito*, cit., p. 892; G. ZANGARI, *art. 2117*, cit., p. 722; L. IOELE, *art. 2117*, cit., p. 390. Sembra escluderlo, invece, G. CIOCCA, *La previdenza integrativa*, cit., p. 885 ss.

(41) P. SANDULLI, *Riforma pensionistica*, cit., p. 228.

(42) R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 70; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 75; G. SANTORO PASSARELLI, *Note sulla previdenza dei privati*, in Id., *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, t. II, Torino, 2006, p. 576 ss. (già in *Lav. dir.*, 1991, p. 621 ss.); M. GRANDI, *Previdenza integrativa*, cit., p. 230 ss., che riconduce alla previdenza privata anche le "forme individualizzate di risparmio previdenziale attraverso...la tecnica dei «conti» individuali, pur se gestite nell'ambito di fondi collettivi" (cfr. Pret. Roma 30 aprile 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 420), ma vedi, in senso contrario, L. IOELE, *art. 2117*, cit., p. 390.

distinguerla dalla previdenza privata di carattere individuale, anch'essa libera. Invece, l'indirizzarsi a soddisfare un "bisogno, già identificato dall'ordinamento o comunque identificabile, come socialmente rilevante", è elemento, comunque eventuale nell'ipotesi in esame, ma, più in generale, essenziale soltanto dove si assegni alla previdenza integrativa una complementarietà di funzione con la previdenza pubblica (43). Diversamente, infatti, è l'autonomia collettiva o individuale a determinare, in libertà, l'evento o il bisogno tutelato, sempre espressione di un interesse privato sia poi esso considerato qualitativamente altro ed estraneo al sistema previdenziale pubblico (44) sia, invece, collocato nell'ambito della ricostruzione che riconosce la "diversità strutturale e funzionale" fra previdenza pubblica e privata, ritenute, però, entrambe concorrenti, in una prospettiva sussidiaria, "nel progetto complessivo dell'art. 38 Cost., a tutelare la persona umana" (45).

Peraltro, la solidarietà può, ma non deve (46), assumere la forma della mutua assicurazione, non essendoci necessaria coincidenza tra risparmio assicurativo e risparmio previdenziale (47), la realizzazione di quella richiedendo, piuttosto, il realizzarsi di una "mutualità volontaria", ovvero un temperamento e una reciproca subordinazione degli interessi individuali dei singoli componenti del gruppo di solidarietà, lavoratori e datori di lavoro (48), il quale può dar luogo a effetti solidaristici o redistributivi più o meno ampi, in relazione ai modelli assunti di gestione delle risorse finanziarie, a

e G. ZANGARI, *art. 2117*, cit., pag. 726; Cass. S. U. 1 febbraio 1997, n. 974, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 901 ss.

(43) R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 70; L. IOELE, *art. 2117*, cit., p. 390, per il quale fuoriescono dalla previdenza integrativa gli accantonamenti in conti individuali. Ma vedi, in senso problematico, G. ZANGARI, *art. 2117*, cit., pag. 726.

(44) Così M. PERSIANI, *Previdenza pubblica*, cit., p. 8 ss.

(45) Così G. CIOCCA, *La previdenza integrativa*, cit., p. 886; Id., *La libertà della previdenza*, cit., p. 58 ss. Per una critica, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 19 ss.

(46) Vedi *supra* nota 36.

(47) G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 83 ss. Sulle possibili forme di relazione tra previdenza integrativa e attività assicurativa, M. GRANDI, *Previdenza integrativa*, cit., p. 233 ss.

(48) E. GHERA, *Forme speciali*, cit., p. 123-124; R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 70; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 58.

capitalizzazione o ripartizione (49), a loro volta di norma rispettivamente collegati all'opzione per l'erogazione di una prestazione *aggiuntiva* a quella pubblica di base ed allora commisurata ad una contribuzione predefinita nella sua misura, piuttosto che *integrativa in senso stretto* e, se mai, altresì *sostitutiva* o *anticipatoria*. In tal caso ad essere predefinito, in percentuale della retribuzione pensionabile o del trattamento pensionistico obbligatorio, non è il *quantum* di contribuzione, ma della prestazione pensionistica complessivamente spettante al lavoratore, cosicché la quota di prestazione integrativa è dovuta e si somma alla pensione pubblica maturata soltanto quando questa sia di entità inferiore a quel valore complessivo prestabilito, mentre l'intera prestazione deve essere erogata dal fondo quando l'accesso alla prestazione complessiva sia consentito dalle fonti istitutive e/o di disciplina del fondo con requisiti inferiori a quelli previsti dal sistema pubblico e fintanto che questi non siano maturati in capo al beneficiario (50).

(49) Negano che il modello a capitalizzazione dia luogo a solidarietà mutualistica tra gli iscritti M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 106 ss.; M. CINELLI, art. 1, in Id. (a cura di), *Disciplina delle forme*, cit., p. 171. In giurisprudenza Trib. Milano 13 luglio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 725. *Contra* G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto, previdenza complementare e mercato finanziario*, in Id., *Realtà e forma*, cit., p. 678 (già in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2002, p. 175 ss.).

Per la distinzione tra *capitalizzazione individuale* e *capitalizzazione collettiva*, che realizza la solidarietà tra i partecipanti, vedi G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 237; P. BOER, *Previdenza complementare: trasferibilità e riscattabilità dell'intera posizione contributiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, cit., p. 233, nota 6.

(50) Sulla distinzione tra pensione "aggiuntiva" e "integrativa", P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione*, cit., p. 529, nota 2; G. ZAMPINI, *Previdenza complementare e « blocco » delle pensioni di anzianità*, commento a Pret. Treviso 21 febbraio 1997 e Pret. Genova 1 agosto 1997, in *Lav. giur.*, 1998, p. 42 ss., cui si rinvia per esemplificazioni; Pret. Roma 7 agosto 1996 e Pret. Roma 19 giugno 1996, in *Giur. lav. Lazio*, 1997, p. 274, con nota di K. RANALLI, *Irripetibilità dei contributi versati a fondi di previdenza integrativa*.

Per la connessione tra gestione a capitalizzazione e contribuzione definita da un lato, ripartizione e prestazione definita dall'altro, M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in Id., *La previdenza complementare*, cit., p. 123 (già in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 720); F. D. MASTRANGELI, art. 18, cit., p. 256. Ma vedi G. CIOCCA, *Le prestazioni*, in M. BESSONE e F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 434.

2. Linee fondamentali dell'adeguamento dei fondi preesistenti nell'art. 18, d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124.

Su questo quadro, il d.lgs. n. 124 del 1993 si è innestato con un percorso formalmente di “adeguamento” normativo, ma in realtà di vera e propria mutazione, anche e innanzitutto funzionale, in “complementare” di quella previdenza fino al 15 novembre 1992, invece, “integrativa”. Una mutazione prima prefigurata dalla legge delega, che la *complementarietà* dei trattamenti pensionistici su base volontaria, individuale o collettiva ha specificamente riferito al *sistema obbligatorio pubblico* e finalizzato ad assicurare *più elevati livelli di copertura previdenziali* (art. 3, comma 1, lett. v), legge n. 421 del 1992) (51); quindi definitivamente confermata dalla Corte Costituzionale che ha rinvenuto nel complessivo disegno della riforma pensionistica degli anni '90 l'intenzione del legislatore “di istituire...un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest' ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione” (52). Si tratta di mutazione della quale occorre comunque prendere atto, pur a fronte di autorevoli dissensi dottrinali (53) e nonostante l'esistenza di

(51) Peraltro, se per alcuni la formula “più elevati” dovrebbe rapportarsi ai livelli delle prestazioni obbligatorie indicando allora qualcosa che a quelle si “aggiunge”, andando così oltre la garanzia costituzionale di adeguatezza — così G. CIOCCA, *Le prestazioni*, cit., p. 429 e anche, sembra, G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto*, cit., p. 679 —, diversamente altri — M. CINELLI, *art. 1*, cit., p. 176 —, considerato il contesto previdenziale in cui la previsione è calata, legge l'espressione come prefigurante l'obbiettivo di “mantenere” i livelli di protezione pensionistica assicurati fino ad allora dal sistema pensionistico obbligatorio.

(52) Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 965, con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*. Per alcune considerazioni critiche G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., p. 290 ss. Vedi anche Corte cost. 27 luglio 1991, n. 319, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 250.

(53) Vedi, per la riconduzione all'art. 38, comma 5, M. PERSIANI, *Previdenza pubblica*, cit., p. 19 ss., che ritiene la tesi della funzionalizzazione all'art. 38, comma 2, Cost., così come le disposizioni di cui agli artt. 15, legge n. 8 agosto 1995, n. 335 e 59, commi 3 e 4, legge 29 dicembre 1997, n. 449, che hanno subordinato l'erogazione delle pensioni complementari alla maturazione del diritto a pensione nel sistema pensionistico pubblico, fondate su “scelte politiche” ed “esigenze” “contingenti ed estranee alla logica del sistema complessivo designato dal legislatore costituzionale” (p. 24); G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., *passim*; ID., *Profili di legittimità costituzionale nel rapporto tra previdenza pubblica*

indicazioni normative contraddittorie (54). Senza dimenticare, peraltro, l'incertezza su esiti, effetti concreti e sviluppi, che ne caratterizza la dinamica esplicativa e implementativa: infatti, l'autorevole indicazione della Consulta non sempre trova effettivi e coerenti riscontri applicativi in una giurisprudenza ancora orientata, si è osservato, a privilegiare schemi ed argomenti privatistici nella risoluzione del copioso contenzioso, sviluppatosi soprattutto con riferimento ai fondi preesistenti (55), mentre la "obbligatorietà" della previdenza complementare per tutti i lavoratori, anche mediante contratto collettivo, pur da alcuni evocata (56), resta, vieppiù dopo il d.lgs. n. 252 del 2005, una semplice prospettiva *de iure condendo* (57).

E proprio la diversità di funzione, di esigenze in concreto perseguite e poi di struttura e disciplina, che caratterizza i fondi preesistenti, rende più acuta quell'incertezza. Tuttavia, se si è dubitato della costituzionalità di un tale adeguamento, ciò è avvenuto nella prospettiva dell'eccesso di delega — alla lettera l'art. 1, comma 1, legge n. 421 del 1992, riferendosi alle forme *costituende* di

e previdenza complementare, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 118 ss. Per il fondamento "ibrido", sul secondo e sul quinto comma dell'art. 38 Cost., della previdenza complementare, A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 67 ss., spec. 93. Cfr., anche M. CINELLI, art. 1, cit., p. 176; ID., *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del welfare*, t. I, Milano, 2000, p. 109-110, che parla di "impossibilità" di rintracciare un referente costituzionale specifico o, comunque, di una difficile collocazione.

(54) Quali, soprattutto, il carattere facoltativo dell'istituzione dei fondi e la libertà di adesione individuale agli stessi, vieppiù rafforzata dal d.lgs. n. 252 del 2005: M. CINELLI, art. 1, cit., p. 176; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., pp. 40 e 325.

(55) Come evidenzia G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove forme*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 313 ss., spec. 324 ss.

(56) R. PESSI, *Riflessioni sulla obbligatorietà della previdenza complementare per via di autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 910 ss.; ID., *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 366. Per un accenno, in termini problematici, al tema, M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., p. 110; ID., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, p. 602 ss.

(57) Cfr. A. PANDOLFO, *Previdenza complementare: l'obbligatorietà non è a portata di contratto collettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 915; A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 90.

previdenza complementare — (58) non, invece, in quella della razionalità/ragionevolezza, al contrario riconosciuta, di una disciplina “tendenzialmente” unitaria di vecchi e nuovi fondi (59).

In ogni caso, quella dell’art. 18 non è una disciplina di carattere “transitorio” o soltanto tale: essa, infatti, non persegue la totale conformazione e identificazione dei fondi preesistenti nei “fondi pensione”, dettando invece un regime speciale (60), rilevante anche per la definizione della fattispecie “forma pensionistica complementare” (61). Specialità che, comunque, si colloca, senza contraddizione, nella più ampia prospettiva dell’armonizzazione e/o omogeneizzazione strutturale della previdenza complementare al sistema pensionistico pubblico, con estensione di regole tipiche di questo a quella, perseguita dal legislatore del 1993.

Tratti specifici dell’adeguamento sono, intanto, la progressività della conformazione normativa dei fondi preesistenti ai nuovi fondi pensione e, quindi, al sistema pubblico, peraltro nel tempo accentuata non solo dalle modifiche apportate all’originario testo dell’art. 18, ma anche da ulteriori norme (62), tutte dagli effetti pregiudizievole sulle logiche e gli assetti propri della previdenza integrativa, ma di cui, nonostante i dubbi manifestati (63) la Corte costituzionale ha escluso l’illegittimità, proprio perché rispondenti alla *ratio* di armonizzazione/omogeneizzazione tra le differenti forme pensionistiche complementari e con la previdenza obbligatoria (64).

Ancora, specificità dell’adeguamento è il suo configurarsi in

(58) Cfr. M. CINELLI, *art. 1*, cit., p. 169 ss., 177; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 147. *Contra* P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 250.

(59) M. CINELLI, *art. 1*, cit., p. 169 ss., 177 (ove, peraltro, l’Autore manifesta qualche dubbio sulla “razionalità del perseguito disegno di uniformazione”).

(60) P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 259; M. BESSONE, *I fondi preesistenti*, cit., p. 526.

(61) Vedi la particolare impostazione di A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., pp. 32 ss., 36 ss.

(62) Vedi *infra*, § 2.3.

(63) Sul senso e la (in)costituzionalità dell’art. 18, comma 8-*quinquies*, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 223 ss.; Id., *Profili di legittimità costituzionale*, cit., p. 118 ss.; P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione*, cit., p. 527 ss. Ma vedi, in senso contrario, M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 136 ss.

(64) Vedi Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit., in relazione all’art. 18, comma 8-*quinquies*, e Corte cost. 27 luglio 2001, n. 319 (ord.), cit. e 18 maggio 2006, n. 202 (ord.), in *Giur. cost.*, 2006, p. 3, con riferimento all’art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997.

termini di deroga o sottrazione, esplicita e definitiva o temporanea, dei fondi preesistenti o dei loro iscritti dall'applicazione di alcune delle disposizioni del d.lgs. n. 124 del 1993. Quanto ai soggetti, tuttavia, deroghe riguardanti soltanto i "vecchi iscritti", ossia coloro già aderenti a una forma integrativa al 28 aprile 1993, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 124 del 1993, ma non gli iscritti in data successiva, cui il comma 8 dell'art. 18 rende applicabile le disposizioni relative alla posizione giuridica degli iscritti ai nuovi fondi pensione e esclude, in particolare, l'applicazione di un sistema a prestazioni definite. In concreto, ciò significa che tali forme pensionistiche sono destinate a esaurimento, dovendosi per i nuovi iscritti predisporre, internamente al fondo, una distinta gestione (65)).

Delle disposizioni non menzionate dall'art. 18, invece, si è affermata l'immediata applicabilità (66), da alcuni, peraltro, con la precisazione che si tratta di applicabilità "in linea di principio", senza cioè "un rigido e acritico adeguamento", sembrando, piuttosto, opportuno procedere attraverso una "verifica delle compatibilità e gradualità" delle scelte da compiere e una valorizzazione delle fonti istitutive e costitutive (67), oppure escludendosi che essa sia "integralmente" riferibile a quelle situazioni in cui manchi una precisa individuazione dei beni costituenti il patrimonio del fondo ed anzi con la possibilità che l'inapplicabilità riguardi "la maggior parte...del complessivo *corpus* normativo (68). Così, nella particolarità delle situazioni concrete, del trasferimento o del riscatto della posizione individuale di cui all'art. 10 — norma della quale l'art. 18 non sancisce l'inapplicabilità e rispetto alla quale si è soprattutto posta la questione in esame —, si è affermata in dottrina l'incompatibilità quando il fondo preesistente sia gestito con il metodo della ripartizione, per la mancanza in tal caso della stessa "posizione individuale" (69), mentre, ferma sul principio di generale applica-

(65) Osserva che in tal modo "la gestione « nuova » deriva dall'altra un privilegio (parte di quello concesso alla « preesistenza ») che a rigore per la sua « novità » non le sarebbe spettato", M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 507.

(66) M. BESSONE, *I fondi preesistenti*, cit., p. 526.

(67) P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 260.

(68) M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., pp. 509-510.

(69) M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 113, ss. e nota 106; M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 510; P. BOER, *Previdenza complementare: trasferibilità*, cit., p. 233.

bilità ai fondi preesistenti delle disposizioni non richiamate dall'art. 18 (70), la giurisprudenza appare più oscillante quando deve confrontarsi con lo specifico problema della trasferibilità della posizione individuale da un fondo a ripartizione (71). Più flessibile, infine, è la posizione espressa dalla Covip: già negli orientamenti interpretativi sui fondi preesistenti, assunti con deliberazione del 26 novembre 1997, all'applicabilità "in linea di principio" di quelle norme non richiamate espressamente dall'art. 18 faceva riscontro il riconoscimento alle fonti autonome di regolazione, ove "valorizzate" dalla legge, di "margini tecnici per realizzare gli adeguamenti richiesti tenendo conto dei peculiari assetti" di quei fondi, nonché una generica "esigenza di verificare se particolari disposizioni del de-

(70) Cass. 19 dicembre 2007, n. 26804, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, p. 12; Cass. 5 giugno 2007, n. 13111, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 923 ss., con nota di P. POZZAGLIA, *Il diritto di riscatto della posizione pensionistica individuale nei fondi preesistenti a ripartizione*; Cass. 26 aprile 2005, n. 466, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, II, p. 918, con nota di M. RANIERI, *Il trasferimento della posizione individuale nei fondi pensione: applicabilità della disciplina anche ai fondi preesistenti gestiti con il sistema a ripartizione*; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17657, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 222, con nota di P. BOER, *Previdenza complementare: trasferibilità*, cit.; Trib. Milano 11 novembre 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 277 ss., con nota di P. TRADATI, *Mobilità dei lavoratori e diritto al riscatto e al trasferimento dai fondi preesistenti*; Trib. Bergamo 10 maggio 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 441, con nota di C. PERRONE, *Ancora in tema di previdenza complementare e di diritto di riscatto della posizione individuale*; Milano Trib. Milano 2 maggio 2002, in *Dir. ec. ass.*, 2002, p. 693 ss., con nota di M. PUPPI, *La garanzia della libertà di trasferimento dell'intera posizione previdenziale degli iscritti ai fondi pensione preesistenti. Contra*, Trib. Milano, 15 settembre 2001, in *Dir. ec. ass.*, 2002, p. 693, con nota di M. PUPPI, cit.; Trib. Milano 26 febbraio 1999, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1084 ss.

(71) Per la trasferibilità Cass. 26 aprile 2005, n. 466, cit.; Trib. Milano 11 novembre 2005, cit.; Trib. Milano 2 maggio 2002, cit.; Trib. Torino 12 ottobre 2000, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2001, II, p. 136. Vedi anche, con riferimento ad un fondo a capitalizzazione, non suddiviso in conti individuali, Cass. 19 dicembre 2007, n. 26804, in *Mass. giust. civ.*, 2007, p. 12.

Nel senso dell'applicabilità della norma soltanto ai fondi a capitalizzazione, Cass. 19 dicembre 2007, n. 26804, cit.; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17657, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 222, con nota di P. BOER, *Previdenza complementare: trasferibilità*, cit.; Trib. Firenze 3 febbraio 1999 e Trib. Roma 30 giugno 2000, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2001, II, rispettivamente pp. 141 e 139.

Per questioni procedurali non prende posizione sul problema dei fondi a ripartizione Cass. 5 giugno 2007, n. 13111, che è invece risolto positivamente da Trib. Roma 11 maggio 2007, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 923 ss., con nota di P. POZZAGLIA, *Il diritto di riscatto*, cit..

creto risultano non applicabili in virtù di specifiche motivazioni”. E questo orientamento risulta poi affinato nella deliberazione del 15 febbraio 2001, ove un criterio di valutazione di taglio giuridico, (che sembra) potenzialmente generalizzabile, è assunto quale parametro, e per converso limite, di una tale verifica. Infatti, sul presupposto che le norme di cui all’art. 10, pur riferite ai nuovi fondi, “esprimano comunque dei principi fondamentali” dell’ordinamento della previdenza complementare, si conclude che la loro attuazione nei fondi preesistenti debba “essere valutat(a) con specifico riguardo all’assetto complessivo di ciascun fondo”, dando quindi rilevanza alle “valutazioni dei competenti organi dei fondi” circa le modalità di attuazione, “anche attraverso i necessari adeguamenti statutari”.

Ma, trascendendo la specificità della materia, è dato così evidenziare il ruolo assolto nel sistema della previdenza complementare dalla Covip, con lo “scopo di perseguire la corretta e trasparente amministrazione e gestione dei fondi” (art. 16, comma 2) e con le competenze, nel tempo accresciute, di cui all’art. 17 (72), estese anche ai fondi preesistenti, iscritti di diritto, ai sensi dell’art. 18, comma 6-bis (73), nelle sezioni speciali dell’albo dei fondi pensione, peraltro con l’obbligo di adeguarsi — con l’eccezione delle forme pensionistiche complementari costituite all’interno degli enti pubblici, anche economici, che esercitano attività di controllo nelle materie di tutela del risparmio, valutaria e assicurativa, nonché di quegli enti sottoposti a controlli in materia di esercizio della funzione creditizia e assicurativa (74) —, entro due anni ai requisiti

(72) Sulla Covip, L. FRANCIOSI, *Il sistema di vigilanza. La Covip come autorità amministrativa indipendente*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 663 ss.; F. MONTALDI, *sub artt. 18, 19 e 20*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., p. 826 ss. In relazione ai fondi preesistenti, M. BESSONE, *I fondi preesistenti*, cit., p. 522 ss.; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 114 ss.

(73) Aggiunto dall’art. 59, comma 40, legge n. 449 del 1997. L’iscrizione avveniva a seguito dell’invio, da parte dei titolari dei fondi, della comunicazione, obbligatoria di cui al comma 6 dell’art. 18, i cui contenuti sono stati stabiliti con il decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale n. 211 del 14 gennaio 1997, per il quale, tra l’altro, l’iscrizione è presupposto per la sottoposizione dei fondi ai controlli della commissione di vigilanza previsti dall’art. 16, comma 2. La stessa disposizione ha disposto che le modifiche statutarie delle forme preesistenti siano sottoposte all’autorizzazione della Covip. In argomento, T.A.R. Roma Lazio-sez. III, 15 febbraio 2002, in *Foro amm. TAR*, 2002,567.

(74) Così l’art. 18, comma 3.

richiesti dall'art. 4, commi 2, 3 e 5, ai nuovi fondi per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività previdenziale.

L'adempimento di quel ruolo, inoltre, concorre a delineare un peculiare sistema delle "fonti di disciplina" della previdenza complementare in cui alle fonti in senso stretto (75), oltre la formalizzazione dogmatica, si accompagnano atti che traggono una loro capacità vincolante non dal piano giuridico formale, ma, in via di fatto, dall'interno delle relazioni che in esso si instaurano.

Così, quanto al carattere *complementare* della forma pensionistica — quindi al campo di applicazione del d.lgs. n. 124 del 1993 —, almeno per i lavoratori privati (76), secondo gli orientamenti espressi con la deliberazione del 26 novembre 1997 della Covip, esso è dato dalla tipologia della prestazione, necessariamente in forma di *rendita*, e dai requisiti di accesso alla stessa, strutturalmente analoghi a quelli richiesti per la maturazione del diritto alla pensione di base, perciò connessi "al raggiungimento dell'età pensionabile, ovvero alla cessazione dell'attività lavorativa in presenza di determinate anzianità di servizio o di iscrizione alla forma pensionistica". Requisiti, questi, che sono i soli a rilevare quando "sia prevista l'opzione per la capitalizzazione dell'intera rendita", ovvero per i fondi preesistenti, essendo l'applicazione dell'art. 7 in tema di prestazioni esclusa dall'art. 18, comma 7. E la prevalente rilevanza qualificatoria attribuita ai classici requisiti pensionistici, di età anagrafica o anzianità contributiva, è confermata da ciò che la subordinazione del diritto alla sola cessazione del rapporto di lavoro è indice di una prestazione integrativa del TFR, estranea all'area del d.lgs. n. 124 del 1993.

Con qualche ambiguità, poi, *assistenziali* sono definite le forme destinate a erogare *esclusivamente* prestazioni "per le quali la componente infortunistica, sanitaria, o assistenziale assume rilievo tale da collocarle fuori dall'ambito della disciplina del d.lgs. 124/93", ed in particolare quelle "volte a soddisfare bisogni sociali o di vita degli iscritti che eroghino unicamente rimborsi di spese mediche, rimborsi per spese funerarie, ma anche prestiti, borse di studio e altre prestazioni similari". Comunque, non sono consentiti fondi

(75) Il comma 5-*bis*) dell'art. 16 dispone la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei regolamenti, delle istruzioni di vigilanza e dei provvedimenti di carattere generale emanati dalla Covip.

(76) Per il settore pubblico, in relazione alla situazione *ante* d.lgs. n. 124 del 1993, *infra* § 3.

che eroghino trattamenti misti (77) con obbligo di separazione e costituzione di forme patrimonialmente distinte, ovvero dismissione dell'attività assistenziale.

D'altra parte, delle *prestazioni* o degli eventi protetti, il dato normativo, oltre alla caratterizzazione, e per converso limitazione, in senso *pensionistico* (art. 3, comma 1, lett. *v*), legge n. 421 del 1992), contemplava e disciplinava originariamente, all'art. 7, d.lgs. n. 124 del 1993, soltanto quelle di vecchiaia e di anzianità, in stretta connessione col sistema pubblico, cui sono poi state aggiunte quelle di invalidità e premorienza, menzionate ora dall'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 124 del 1993 (78), all'unico fine di subordinarle alla stipulazione di "apposite convenzioni con imprese assicurative", previsione, peraltro, inapplicabile ai fondi preesistenti (79). Peraltro, l'indicazione non è ritenuta tassativa, ammettendosi la copertura di altri eventi protetti, ad esempio l'invalidità, l'inabilità e la morte (80), con esclusione, però, di quelli, come la disoccupazione, che "non prevedono prestazioni pensionistiche, pur attribuendo erogazioni pecuniarie" (81).

Per altro verso, devono dirsi ormai superati i dubbi sollevati sulla portata precettiva piuttosto che premiale o promozionale del d.lgs. n. 124 del 1993, cui fa da sfondo il richiamo all'art. 38, comma 5, Cost. (82): invero nella prima direzione portano non solo i dati normativi (83), ma la concreta implementazione del sistema di previdenza complementare ad opera della Covip.

Ne risulta, allora, ritornando all'interrogativo iniziale, una sostanziale e totale coincidenza tra le forme pensionistiche complementari e i fondi che erogavano prestazioni integrative del sistema

(77) Vedi l'art. 3, comma 1, lett. *d*), d. m. Lavoro 14 gennaio 1997, n. 211.

(78) Come modificato dall'art. 3, comma 26, legge n. 355 del 1995.

(79) Sulle prestazioni, in generale, M. CINELLI, *art. 7*, Id. (a cura di), *Disciplina delle forme*, cit., p. 197 ss.; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 216 ss.; Id., *Le prestazioni*, cit., p. 427 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., p. 273 ss.

(80) M. CINELLI, *art. 7*, Id. (a cura di), *Disciplina delle forme*, cit., p. 197; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., p. 280 ss.

(81) Così G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 217.

(82) M. CINELLI, *art. 18*, cit., p. 250; R. DE LUCA, *La disciplina dei fondi pensione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 76 ss.

(83) Per il carattere vincolante di quella legislazione già G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, p. 105 ss.; A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 31 ss.

pensionistico obbligatorio e conseguente tendenziale scomparsa della previdenza integrativa privata in questo settore (84).

2.1. Aspetti di specialità della disciplina dei fondi preesistenti: a) i profili strutturali.

Venendo alla disciplina dei fondi preesistenti, occorre qui considerare quali siano le disposizioni inapplicabili e alcuni aspetti problematici dell'adeguamento come complessivamente delineato nell'art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993 e da alcune norme successive. Preliminarmente, peraltro, va osservato che il processo di adeguamento deve ritenersi ormai concluso.

Le disposizioni dell'art. 18 possono essere sinteticamente distinte in tre gruppi in relazione all'oggetto regolato.

Oggetto del primo gruppo sono i profili strutturali della forma pensionistica complementare.

Della forma giuridica e dei modelli gestionali delle risorse si occupa il 1° comma (85) di quell'articolo, che, quanto alla prima, sottrae definitivamente il fondo, se di carattere categoriale, compartimentale o costituito nell'ambito di un raggruppamento, all'obbligo di cui all'art. 4, comma 4, ossia di assumere forma di soggetto con personalità giuridica (86). Invece, ai fondi costituiti ai sensi dell'articolo 2117 c.c., indipendentemente dalla natura giuridica del datore di lavoro, è imposto un termine, quattro anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, per "dotarsi di strutture gestionali amministrative e contabili separate". Dall'obbligo di adeguamento il 3° comma dell'art. 18 ha esentato le forme pensionistiche istituite

(84) Sui possibili spazi ancora occupabili dalla previdenza privata integrativa, G. CIOCCA, *Le prestazioni*, cit., p. 450 ss.

(85) La disposizione conteneva anche il richiamo di due norme di carattere tributario, i commi 5 e 7 dell'art. 13, d.lgs. n. 124 del 1993. La prima, tuttavia, che rinvia al 1° luglio 1994 l'applicazione del comma 5 dell'art. 13, d.lgs. n. 124 del 1993, relativo all'imposta dovuta dal fondo pensione sui contributi ricevuti è stata abrogata dall'art. 3, comma 1, lett. c), n. 1, d.lgs. n. 47 del 2000. L'altra, nel testo sostituito dall'art. 11, legge n. 335 del 1995, ha aggiunto al comma 1 dell'art. 47 (attuale art. 50), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, la lettera *h-bis*), da ultimo riscritta dall'art. 10, d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47.

(86) Nonché dall'obbligo di prevedere modalità di raccolta delle adesioni compatibili con le disposizioni per la sollecitazione al pubblico risparmio.

internamente agli enti pubblici anche economici che esercitano i controlli nelle materie della tutela del risparmio, valutaria e assicurativa (87), nonché di enti, società o gruppi che sono sottoposti ai controlli in materia di esercizio della funzione creditizia e assicurativa (88).

Peraltro, sull'adeguamento dei fondi *ex art.* 2117 c.c., ma, in realtà, sulla stessa fattispecie contemplata da quell'articolo, si registrano opinioni differenziate e con rilevanti ricadute sul piano pratico e della definizione dell'area della previdenza complementare. Il problema riguarda i fondi preesistenti, a quelli "nuovi" l'art. 5, legge n. 335 del 1995, avendo precluso il ricorso a forme giuridiche diverse dall'associazione, non riconosciuta *ex art.* 36 c.c. ovvero dotate di personalità giuridica, cosicché la norma codicistica è in sostanza "congelata" (89). Comunque, prassi non infrequente era la costituzione, all'interno del complessivo patrimonio del datore di lavoro, di forme di previdenza integrativa, comunque denominate "fondi interni", ma senza tuttavia che ciò desse luogo ad un patrimonio separato né ad un effettivo accumulo della provvista, poiché l'accantonamento a bilancio è "operazione meramente contabile". Ora, voci autorevoli hanno escluso la riconducibilità di questa situazione all'art. 2117 c.c. (90), e allora concluso per l'inesistenza di quell'obbligo di adeguamento espressamente riferito dall'art. 18, comma 1, ai fondi *ex art.* 2117 c.c., se non già la estraneità della fattispecie alla previdenza complementare, con collocazione nell'area della previdenza privata libera (91).

(87) Altresì sottratte all'applicazione degli artt. 6, 16 e 17. Peraltro, l'art. 13, decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale n. 211 del 1997, ha disposto anche per queste forme pensionistiche, successivamente alla loro iscrizione all'albo dei fondi pensione, l'assoggettamento ai controlli previsti dall'art. 16, comma 2.

(88) G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 150, evidenzia come la "tutela delle forme preesistenti si esplica maggiormente, se non unicamente, nella direzione del mondo assicurativo e creditizio, quel mondo che, in uno sguardo complessivo, risulta fortemente avvantaggiato dalla disciplina complessiva delle previdenze complementare".

(89) Cfr. G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 139.

(90) Così M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 123 ss. (127 per la citazione del periodo precedente); M. CINELLI, *I problemi della previdenza*, cit., p. 509; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 143 ss.

(91) Nel primo senso M. PERSIANI, « *Fondi interni* », cit., p. 127 ss. e, più in generale, *Aspettative e diritti*, cit., p. 93. Per l'estraneità dall'area del d.lgs. n. 124

Altri, per contro, basandosi su un'interpretazione dell'art. 2117 c.c. in termini, si direbbe, di norma imperativa che inibisce, cioè, all'autonomia privata "la costituzione di fondi interni privi del requisito della separatezza gestionale e contabile rispetto al patrimonio aziendale", ha letto l'art. 18, comma 1, nel senso di imporre a tutte le forme preesistenti prive di soggettività giuridica "l'obbligo di adottare quanto meno la forma di patrimonio di destinazione, e conseguentemente di operare la separatezza gestionale e contabile della massa patrimoniale destinata a finalità previdenziali", coerentemente prospettando, allora, l'illegittimità dei regimi pensionistici integrativi, pur "preesistenti", basati sul sistema della promessa datoriale" (92).

Né risolutivo del contrasto è, a ben vedere, il decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 14 gennaio 1997, n. 211, che, nel determinare, ai sensi dell'art. 18, comma 6, d.lgs. n. 124 del 1993, e ai fini dell'iscrizione nell'albo dei fondi pensione, le *modalità* della comunicazione alla Covip da parte dei fondi preesistenti, ha altresì imposto loro di allegare quel "protocollo di autonomia gestionale", previsto, dall'art. 4 comma 3 del decreto legislativo quale requisito necessario dei nuovi fondi pensione per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività previdenziale ed al quale, invece, quelli preesistenti sono tenuti ad adeguarsi entro due anni. Invero, poiché è il rinvio all'art. 18, comma 1, che individua il campo di applicazione dell'art. 11 del decreto ministeriale, alla luce di questa indicazione deve poi essere letta la distinzione, che il successivo art. 12 contempla, tra le forme pensionistiche di cui ai commi 1 e 2 e i "fondi interni" di cui al comma 3. D'altra parte, ad una considerazione d'insieme dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 124 del 1993, potrebbe ritenersi che anche la previsione del protocollo di autonomia gestionale, proprio perché sottoscritto dal datore di lavoro, non possa che riguardare i soli "fondi interni" (93). Peraltro,

del 1993, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 144. Secondo M. CINELLI, *I problemi della previdenza*, cit., p. 509 ss., tali forme previdenziali sfuggirebbero "a gran parte delle disposizioni dettate dal decreto n. 124 e successive modificazioni, *ma non a quella della contribuzione di solidarietà*" (corsivo mio, nda.).

(92) A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 293 ss., (295 per la prima citazione) e p. 42 ss. (45 per la seconda citazione); ID., *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche*, in M. BESSONE e F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 270 ss.

(93) In questo senso A. TURSI, *La configurazione soggettiva delle forme pensio-*

almeno per quelli tra questi costituiti ai sensi dell'art. 2117 c.c., non sembra che il decreto ministeriale abbia travalicato i limiti della funzione assegnatagli (94): essendo nel 1997 il termine biennale di adeguamento già integralmente decorso, il richiamo al decreto previsto dall'art. 4, comma 3, appare logicamente e giuridicamente corretto e, anzi, obbligato in forza del rinvio dell'art. 18, comma 4, all'applicazione del comma 3 dell'art. 4 (95).

Sempre lo stesso comma dell'art. 18 dispone, nei medesimi termini temporali, l'adeguamento dei fondi preesistenti anche ai commi 2 e 5 dell'art. 4. In particolare, col primo, ormai applicabile solo ai fondi preesistenti e privi di autonoma soggettività rispetto al datore di lavoro, si rende obbligatoria la separazione patrimoniale del fondo interno dal patrimonio del datore di lavoro, ribadita anche dal comma 5, lett. b), attraverso apposita deliberazione.

Quanto ai modelli gestionali delle risorse, l'inapplicabilità, disposta dall'art. 18, comma 1, peraltro con riferimento all'originario testo dell'art. 6, commi 1, 2 e 3, consente ai fondi preesistenti di continuare a gestire direttamente le risorse finanziarie, sottraendoli all'obbligo di convenzionamento previsto da quelle norme. Tuttavia, in conseguenza della novella dell'art. 6, operata dall'art. 3, l. n. 335 del 1995, è stata prospettata l'implicita abrogazione della norma che rende inapplicabile il comma 3, perché questi, nella nuova formulazione, prevede *in ogni caso* la convenzione per le forme pensionistiche in regime di prestazione definita e per le prestazioni di invalidità e premorienza (96). La novella determina anche qualche

nistiche, in M. BESSONE e F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, cit., p. 273.

(94) Come sembra, invece, sostenere M. PERSIANI, « *Fondi interni* », cit., p. 131 ss. Vedi anche G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 166 ss.

(95) In realtà dalle relazioni annuali della Covip si ricava che i fondi costituiti come mere poste di bilancio, senza soggettività autonoma né separazione patrimoniale, hanno continuato a sussistere e operare come tali: cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2005*, p. 189, segnala che, fra i 331 fondi preesistenti sottoposti a vigilanza, 11 sono costituiti come poste contabili interne al bilancio aziendale, mentre, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005, che ha ricondotto sotto la vigilanza della Covip anche i fondi di cui all'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 124 del 1993, si registrano 141 forme pensionistiche così costituite, di cui 124 interne a banche, 7 a imprese assicurative e 10 a imprese di altri settori.

(96) M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 506, per cui il dubbio è rafforzato dalla sottoposizione all'intero art. 6, implicitamente prevista dall'art. 18, comma 3, per i soggetti di cui alla lett. b).

problema di coordinamento con l'art. 18, comma 2, che dispone l'adeguamento dei fondi preesistenti, entro dieci anni, ai commi 4, che nel nuovo testo è diventato 4-*quinquies*, e 5, rimasto invariato, dell'art. 6. Il cambiamento formale di numerazione, tuttavia, non sembra possa prevalere sulla sostanza della disposizione, confermandosene l'inapplicabilità temporanea (97), mentre le altre disposizioni dell'art. 6 sono inapplicabili per diverse ragioni, perché non riferite ai fondi pensione, ma ai soggetti gestori, perché regolano aspetti delle procedure e del regime convenzionale o perché consentono, ma non impongono, obblighi gestionali (98).

Tutti i fondi preesistenti, inoltre, anche se con modalità differenziate in relazione al carattere interno o esterno degli stessi, devono adeguarsi alle disposizioni dell'art. 5, sulla partecipazione negli organi di amministrazione e controllo (art. 18, comma 4).

2.2. *Segue: b) i profili soggettivi. La posizione dei “vecchi” iscritti al fondo pensione tra diritti quesiti e contrattazione collettiva ablativa.*

La distinzione, già richiamata, tra “vecchi” e “nuovi” iscritti alle forme preesistenti — dove lo spartiacque è costituito dal 28 aprile 1993, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 124 —, determina all'interno del medesimo fondo l'applicazione di regole differenziate quanto al finanziamento ed alle prestazioni, con necessità di distinte “gestioni” — di cui l'una, quella dei vecchi iscritti, destinata all'esaurimento, per il blocco di nuove adesioni —, quando esso operi mediante il modello a prestazioni definite, precluso ai nuovi iscritti lavoratori subordinati dall'art. 18, comma 8, che impone l'adozione del metodo a contribuzione definita di cui all'art. 2, comma 2, lett. a) (99).

(97) In tal senso anche A. Tursi, *La configurazione soggettiva*, cit., p. 271.

(98) Per valutazioni critiche G. Ciocca, *La libertà della previdenza*, cit., p. 148 ss. Per le disposizioni tributarie relative alle operazioni di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 6, vedi l'art. 18, comma 5.

(99) Sull'obbligo di distinte gestioni, COVIP, deliberazione 26 novembre 1997, ove si prospetta l'estensione del divieto di prestazioni definite ai soci lavoratori di cooperativa, di cui all'art. 2, comma 2, lett. b-bis, stranamente non richiamati dall'art. 18, comma 8. Vedi, in proposito, Trib. Genova 22 marzo 2007, in *Foro*

Ai nuovi iscritti, inoltre, si applicano gli artt. 7 e 8, diversamente da quanto dispone per i vecchi iscritti l'art. 18, comma 7, ai quali è così consentita la conservazione della disciplina in materia di prestazioni e finanziamento del fondo quale risulta dalle fonti istitutive o dagli atti interni del fondo stesso. Si tratta, però, di garanzia non assoluta, alle fonti istitutive riconoscendosi la possibilità di rideterminare quella disciplina, ma solo quando si verifichino "squilibri finanziari" e, comunque, non per quei lavoratori che abbiano già "maturato i requisiti previsti... per i trattamenti di natura pensionistica".

La disposizione ha dato luogo a molteplici problemi interpretativi, soprattutto in relazione al rapporto con l'autonomia collettiva. In tal senso, lo "squilibrio finanziario" è stato alternativamente inteso come condizione di validità della rinegoziazione in sede sindacale degli accordi di previdenza, con corrispondente limitazione dell'autonomia collettiva (100), ovvero come fatto giuridico da cui insorge un obbligo a rinegoziare, in aderenza al principio di libertà sindacale *ax art. 39 Cost. (101)*.

Dell'intangibilità della disciplina per coloro che *alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 124 del 1993 "abbiano maturato i requisiti previsti dalle fonti istitutive per i trattamenti di natura pensionistica"* si è, tuttavia, escluso che incida sul tema dei "diritti quesiti". L'ancoraggio dell'intangibilità alla semplice "maturazione dei requisiti" per il diritto alla prestazione, non contraddice, infatti, l'orientamento prevalente che ammette la modifica *in pejus* del trattamento integrativo fintanto che il lavoratore, in possesso dei requisiti richiesti, non abbia concretamente esercitato il diritto (102). Piuttosto, si è osservato come la norma colleghi la

pad., 2007, 1, p. 126, che, in un caso di mancato adempimento dell'obbligo, ha escluso la nullità della "nuova" iscrizione e disposto l'erogazione di rendite calcolate secondo i criteri della contribuzione definita, in ottemperanza di contratto associativo, ritenuto valido. A tale conclusione il Tribunale è pervenuto, in mancanza di un'esplicita sanzione di nullità e in considerazione della *ratio* della disposizione — di garantire l'effettività del trattamento pensionistico integrativo, richiesta dall'art. 38 Cost. e, nel tempo, pregiudicata dall'onerosità del sistema a prestazioni definite —, ritenendo applicabile il principio di conservazione del contratto con sostituzione automatica della norma di legge alle clausole difformi.

(100) M. CINELLI, *I problemi della previdenza*, cit., p. 508.

(101) M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 130 ss.; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p.

(102) Cfr., Cass. 11 novembre 1988, n. 6116, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 407,

maturazione del requisito alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, operando una divisione all'interno della categoria dei vecchi iscritti in funzione della salvaguardia di "aspettative" pensionistiche meritevoli di "tutela privilegiata", senza toccare il piano dei diritti quesiti (103). Di una simile tutela, comunque, è stata messa in dubbio la razionalità, sotto il profilo della disparità di trattamento tra persone nella stessa posizione giustificata soltanto in ragione del tempo di maturazione dei requisiti pensionistici, successivamente ritenendosi, tuttavia, che l'introduzione nell'art. 18 del comma 8-*quinquies*, aggiunto dall'art. 15, legge n. 335 del 1995, abbia limitato gli effetti irrazionali delle « posizioni consolidate » (104).

In generale, comunque, dei diritti quesiti, in collegamento col tema dei limiti all'autonomia collettiva o della peculiare configurazione che ad essa sarebbe da ascrivere quando interviene sulla materia della previdenza complementare, è stata proposta una ricostruzione in termini di diritto al regime contrattuale collettivo di tempo in tempo applicabile, con impossibilità, dunque, per il contratto collettivo successivo di prevedere discipline peggiorative per il passato (105). Tesi a cui è sotteso il riconoscimento del contratto

con nota di M. MARIANI, *Trattamenti pensionistici integrativi e diritti quesiti*; Cass. 27 agosto 1997, n. 8089, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 791, con nota di S. LIEBMAN, *Successione di contratti collettivi e limiti al potere dispositivo dell'autonomia collettiva: una nuova conferma in materia di trattamenti pensionistici integrativi*; Cass. 23 aprile 1999, n. 4069, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 717. In dottrina M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 65 ss., con distinti argomenti per le forme complementari a contribuzione ovvero prestazione definita. (rispettivamente 99 ss., 109 ss.).

(103) A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 273 ss. Vedi anche M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 131, nota 146. Deve anche ricordarsi che, secondo Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234, in *Mass. Foro it.*, 2007, p. 1729, la rinegoziazione *in pejus* delle regole non costituisce motivo di riscatto della posizione individuale dell'iscritto ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 124 del 1993.

(104) M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 135 ss.

(105) L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Obiettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 29 ss. M. CINELLI, *I problemi della previdenza*, cit., p. 512 ss. In senso critico, M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 116, nota 113; A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 262 ss. Questo Autore, peraltro, attribuendo alla prestazione di previdenza complementare "natura" previdenziale, e non retributiva, prospetta l'ipotesi della sua autonomia dal rapporto di lavoro ed allora dell'idoneità del contratto collettivo a modificare in senso peggiorativo anche il trattamento dei lavoratori già pensionati (p. 265).

collettivo quale tendenziale “fonte normativa definitiva”, in considerazione della specificità dell’oggetto regolato, ossia “situazioni collettive proiettate nel futuro, in una prospettiva che travalica la stessa generazione attuale” (106). Da ciò derivando limitazioni alla libertà dell’autonomia collettiva nella consecuzione dei contratti collettivi così come all’esercizio del diritto di recesso unilaterale dal contratto collettivo (107).

Una prospettiva, questa, che, proprio in relazione alla rinegoziazione prevista dalla disposizione in esame, sembra trovare riscontri giurisprudenziali, che anzi la estende al di là del dettato normativo, non potendosi escludere anche per gli iscritti che non abbiano maturato i requisiti per il conseguimento del trattamento pensionistico la configurabilità di limiti alla modificabilità contrattuale del regime giuridico “sia nella garanzia normativa di cui all’art. 2117 c.c. sia nel principio di ragionevolezza delle eventuali modifiche sia, infine, nella tutela che le stesse fonti convenzionali apprestano alle posizioni soggettive che si costituiscono in una fattispecie a formazione progressiva, costituita comunque (in ogni tipo di fondo) da capitale in via di accumulo, vincolato a beneficio di tutti gli iscritti al fondo e non incondizionatamente azzerabile” (108)

Sotto un diverso, pur se connesso, profilo, dello “squilibrio finanziario” sono state prospettate tanto una nozione ampia, cioè estesa fino a comprendere cause “esterne”, quanto una limitata a causali “interne” all’applicazione dell’art. 18. La prima, che ha trovato riscontro anche in giurisprudenza (109), fondata sulla diversa formulazione dei commi 7 e 8-*bis* dell’art. 18 (110) e sulla *ratio* della norma di garantire la sopravvivenza dei fondi preesistenti, considera rilevanti tutte le possibile cause di squilibrio attuali o anche solo prevedibili — comprese le modifiche nel tempo appor-

(106) M. CINELLI, *I problemi della previdenza*, cit., p. 512 ss.

(107) Cfr., sul recesso dal contratto collettivo, M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 513; M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 128 ss.; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 261 ss.; P. TULLINI, *Sul recesso dall’accordo istitutivo di un fondo di previdenza complementare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 645 ss.

(108) Cass. 21 gennaio 2000, n. 689, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 271, con nota di G. GRAMICCIA; Cass. 19 aprile 2003, n. 6361, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4.

(109) Cass. 10 ottobre 2007, n. 21234, in *Mass. Foro it.*, 2007, p. 1729, ove anche la precisazione sulla sufficienza di uno squilibrio soltanto *prevedibile* oltre che *verificato*.

(110) *Contra*, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 271.

tate dal legislatore ai requisiti per l'accesso alle prestazioni pensionistiche obbligatorie — che si riflettono sulle prestazioni erogate dalla forma pensionistica, soprattutto quando di carattere integrativo/sostitutivo (111). La seconda sostiene, per contro, l'eccezionalità della norma, appunto “perché limitativa di una ordinaria ed essenziale potestà contrattuale” di rinegoziazione dei requisiti, e perciò ne limita l'applicazione agli squilibri indotti dalla cesura fra vecchi e nuovi iscritti (112).

Ancora, tra le “fonti istitutive di cui all'art. 3” del decreto n. 124 del 1993 e chiamate a “rideterminare” la disciplina previdenziale non è certa l'inclusione del regolamento aziendale: la subordinazione della sua idoneità a modificare *in pejus* quella disciplina “all'accettazione e recezione, sia pure tacita e per fatti concludenti, da parte dei singoli lavoratori destinatari” è prospettata in considerazione di ciò, che l'attinenza dell'oggetto regolato al trattamento economico del lavoratore configura il regolamento come una mera proposta negoziale (113). Altri, però, rilevata l'incongruenza del richiamo all'art. 3 rispetto alle forme preesistenti, propende per una “contrattualizzazione” di fatto del regolamento unilaterale, laddove il rapporto di lavoro sia comunque disciplinato dal contratto collettivo (114).

Sempre ad uno “squilibrio finanziario”, in tal caso però “rilevante”, ovvero derivante dall'applicazione degli artt. 7, commi 3 e 5, e 8, comma 2, nonché, soprattutto, riguardante le forme preesistenti gestite con il sistema finanziario della ripartizione, fa riferimento il comma 8-*bis*, aggiunto all'art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993, dall'art. 5, d.lgs. 30 dicembre 1993, n. 585, per consentire l'iscrizione, in deroga alle citate disposizioni degli artt. 7 e 8, di nuovi soggetti. In realtà la deroga riguarda anche il comma 8 dell'art. 18, ovvero l'ingresso dei “nuovi iscritti” nella gestione del fondo riservata ai “vecchi iscritti”, peraltro senza che vi sia una completa equiparazione tra le due categorie quanto al regime giuridico applicabile: infatti, gli artt. 7 e 8 sono totalmente inapplicabili per i vecchi iscritti e soltanto parzialmente per i nuovi. Comunque, si tratta di regime di carattere transitorio, esercitabile per un periodo di otto anni a

(111) M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 507 ss.; M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 131 ss.

(112) P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, cit., p. 261.

(113) A. TURSÌ, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 276.

(114) M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare*, cit., p. 508.

partire dal 1997, e da ritenersi perciò esaurito, almeno quanto alla possibilità di attivarlo per fondi diversi da quelli già ammessi ad usufruirne (115).

2.3. Segue: c) le prestazioni di previdenza complementare dopo la legge 24 dicembre 1997, n. 449.

Con le disposizioni di cui ai commi 7 e 8-*bis* dell'art. 18 il legislatore mostrava la volontà di conservare la specificità di alcune forme preesistenti, quelle a prestazione definita che erogano trattamenti integrativi/sostitutivi del sistema obbligatorio.

Una decisa inversione di tendenza, invece, è stata realizzata in materia di prestazioni prima con l'art. 15, legge n. 335 del 1995, che ha aggiunto all'art. 18, d.lgs. n. 124, il comma 8-*quinquies*, quindi con l'art. 59, commi 2, 3 e 4, legge n. 449 del 1997. Al complessivo intervento legislativo consegue, infatti, una definizione del nesso di *complementarietà delle prestazioni*, di cui all'art. 3, comma 1, lett. v), legge n. 421 del 1992, in termini di totale omologazione strutturale ai trattamenti pensionistici pubblici, con una rilevante limitazione della libertà delle fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari e con pesanti ricadute sulle attese dei loro iscritti, soprattutto "vecchi" (116). Di quell'intervento, tuttavia, la Corte costituzionale ha, in più occasioni, riconosciuto la legittimità, sostanzialmente in ragione della collocazione della previdenza complementare nell'art. 38, comma 2 Cost. (117).

(115) In effetti, l'art. 3, comma 120, legge 24 dicembre 2003, n. 350, sembra consentire alla contrattazione collettiva una dilazione del termine per le nuove iscrizioni; vedi COVIP, *Relazione per l'anno 2003*, p. 38. Comunque, dalle informazioni Covip risultano tre i fondi a prestazione definita che hanno usufruito della possibilità di cui all'art. 18, comma 8-*bis*, cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2002*, pp. 202 e 208 e *Relazione per l'anno 2005*, p. 207. Per un commento alla disposizione, ai successivi commi 8-*ter* e *quater*, relativi alla procedura e alle condizioni per l'esercizio della deroga, al trattamento tributario dei contributi versati ai fondi preesistenti che ne usufruiscono e al decreto del Ministro del Lavoro 23 giugno 1994, con cui sono stati definiti i criteri di accertamento dello squilibrio finanziario, F. D. MASTRANGELI, *art. 18 II*, cit., p. 256 ss.

(116) In generale, G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., pp. 223 ss., 279 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, cit., p. 283 ss.

(117) Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.; Corte cost. 27 luglio 2001, n. 319,

Cominciando dal 2° comma dell'art. 59, la norma sancisce, per quanto di interesse e sempre a decorrere dal 1° gennaio 1998, l'inapplicabilità "delle disposizioni che prevedono la trasformazione di quote di pensione in forma di capitale", anche nei confronti delle forme pensionistiche complementari di cui al d.lgs. n. 124 del 1993, salvando, però, dal divieto le disposizioni del medesimo decreto legislativo, quindi l'art. 7, comma 6, *per i soggetti nei cui confronti trovino integralmente attuazione le (sue) disposizioni*. Formula, questa, invero non cristallina, ma che sembra precludere ai fondi preesistenti, nei cui confronti quelle disposizioni *non si attuano integralmente*, la possibilità, fino ad allora consentita all'autonomia delle fonti istitutive, di erogare prestazioni in forma di capitale, anche, si noti, per i vecchi iscritti (118). Al riguardo, la Covip ha individuato l'ambito di applicazione nei fondi preesistenti retti con la tecnica della ripartizione oppure che erogano prestazioni definite ed anche in quelli a contribuzione definita "qualora, in concreto, la normativa del fondo preveda che il conferimento contributivo individuale possa essere integrato da forme di intervento solidaristico, anche intergenerazionale" (119).

Quanto al comma 4, esso ha esteso alle prestazioni delle forme pensionistiche complementari il sistema di perequazione delle pensioni di cui all'art. 11, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, al contempo sancendo l'inapplicabilità di qualsiasi altro regime di adeguamento delle prestazioni eventualmente vigente, in particolare quelli, più vantaggiosi per i lavoratori, "collegat(i) all'evoluzione delle retribuzioni al personale di servizio", sovente previsti nei fondi preesistenti (120). Fugati i dubbi di costituzionalità (121), dal canto loro le

cit.; Corte cost. 18 maggio 2006, n. 202, cit. Vedi, peraltro, le osservazioni critiche di A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 75 ss.

(118) A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 72, ss., ove, alla nota 136, il dubbio sull'applicazione della norma ai fondi aggiuntivi; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., 279 e ss.

(119) COVIP, *Comunicazione* 21 maggio 1999.

(120) Sul punto, P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 530, nota 3. In giurisprudenza Cass. 11 maggio 2004, n. 8925, in *Dir. sic. soc.*, 2005, p. 128; Cass. 26 marzo 2004, n. 6130, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2426; Cass. 28 ottobre 2003, n. 16221, in *Mass. giust. civ.*, 2003, p. 10; Cass. 11 maggio 2002, n. 6804, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 557; Cass. 21 febbraio 2001, n. 2570, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 117, con nota di R. SCORCELLI, *L'adeguamento delle prestazioni pensionistiche erogate dalle forme di previdenza complementare*.

(121) Corte cost. 18 maggio 2006, n. 202 (ord), cit.; indirettamente Corte cost.

Sezioni unite della Cassazione hanno risolto in senso affermativo il contrasto verificatosi sull'applicazione della regola ai soggetti già pensionati (122). Peraltro, già era stato rilevato che le norme in materia di adeguamento automatico delle prestazioni "non ineriscono inscindibilmente al trattamento pensionistico, ma operano in via puramente eventuale, provocando variazioni in coincidenza con il verificarsi dell'evento previsto": la loro modifica sarebbe dunque consentita, salvo l'intangibilità degli effetti già prodotti sulla pensione (123).

Invece, non si estendono alle forme pensionistiche complementari i limiti all'applicazione del meccanismo di perequazione disposti dal successivo comma 13 dell'art. 59 per le pensioni obbligatorie di importo elevato (124). Peraltro, recente giurisprudenza si è espressa nel senso che non sarebbe consentita l'*integrazione* di un trattamento pensionistico complementare in misura corrispondente alla quota di rivalutazione persa — in applicazione, appunto, dell'art. 13 — sul trattamento obbligatorio (125), ovvero, in altri termini, che l'adeguamento della prestazione integrativa spetta soltanto nella misura e nei termini fissati dall'art. 59, comma 4. Si è correttamente osservato che la Cassazione confonde la *funzione integrativa* del trattamento con la *rivalutazione automatica*, peraltro ritenendo che in tal modo verrebbe compressa la dinamica propria della logica integrativa, fino a far dubitare della legittimità costituzionale di questa interpretazione della norma di cui al comma 4, per contrasto

28 luglio 2000, n. 393, cit. In dottrina P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 530, nota 3. *Contra*, C. A. NICOLINI, *La perequazione automatica delle pensioni prima e dopo la manovra finanziaria del 1998*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 790. E vedi anche A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema*, cit., p. 77.

(122) Cass. S.U. 3 luglio 2001, n. 9023, con nota di P. BOER, *Il tramonto definitivo della "clausola oro" per le pensioni*, nota a in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 1573 ss.

(123) Così P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 531, nota 3.

(124) Cfr. Cass. 17 luglio 2007, n. 15769, in *Mass. Foro it.*, 2007, p. 1311; Cass. 22 novembre 2006, n. 24777, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 504, con nota di F. TOGNACCI, *La pensione privata costituisce una forma di perequazione?* Sul punto vedi anche A. CIMMINO, *I commi 4 e 13 dell'art. 59, l. 449/1997. Contenuti e limiti*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, p. 549 ss.; P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 530, nota 4.

(125) Cass. 22 novembre 2006, n. 24777, cit. (nel caso di specie si trattava del blocco della perequazione automatica per il 1998).

con gli artt. 3, 38 comma 5 e 41 Cost. (126). Tuttavia, la questione sollevata nel caso di specie è probabilmente un'altra: se, come si è detto, al legislatore è consentito ridurre o rallentare la dinamica perequativa, dall'applicazione delle relative disposizioni il lavoratore non subisce alcuna "riduzione" della propria pensione obbligatoria "integrabile" da quella complementare, perché la norma modificativa del più favorevole regime precedente non pregiudica la misura della prestazione in essere, gli effetti producendosi soltanto *pro futuro*.

In tal senso depone ora l'art. 34 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, in cui la funzionalizzazione della previdenza complementare al conseguimento delle finalità del sistema pensionistico pubblico oltrepassa la linea della semplice armonizzazione tra il settore pubblico e quello complementare per arrivare ad una considerazione congiunta del complessivo trattamento con applicazione *pro quota* di specifiche regole, confermata anche dall'art. 69, comma 1, legge 23 dicembre 2000, n. 388, che dispone un'applicazione dell'indice di rivalutazione modulato per scaglioni di importo del trattamento pensionistico complessivo (127). La norma, infatti, dispone che l'aumento della rivalutazione automatica è calcolato unitariamente, cioè "sull'importo complessivo dei trattamenti corrisposti a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e dei fondi integrativi ed aggiuntivi di cui all'articolo 59, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449", e poi ripartito tra gli stessi "in misura proporzionale all'ammontare del trattamento da rivalutare rispetto all'ammontare complessivo". Dove l'unicità di disciplina segnerebbe, appunto, l'estraneità della perequazione dal livello integrabile.

Venendo alla disciplina delle prestazioni, il comma 8-*quinquies* dell'art. 18 ha vietato ai fondi che erogano prestazioni definite "ad integrazione" di erogare prestazioni di vecchiaia e anzianità prima della liquidazione del trattamento pensionistico obbligatorio, men-

(126) Come giustamente osserva F. TOGNACCI, *La pensione privata costituisce una forma di perequazione?*, cit., p. 508.

(127) Nella stessa logica "unitaria" si colloca l'art. 3, comma 103, legge 24 dicembre 2003, n. 350, per il quale a determinare l'importo, oltre il quale è temporaneamente (un triennio dal 1° gennaio 2004) dovuto dai pensionati un contributo di solidarietà, concorrono i trattamenti pensionistici erogati tanto dalle forme di previdenza obbligatoria quanto dalle forme pensionistiche complementari di cui, tra l'altro, al d.lgs. n. 124 del 1993.

tre per l'art. 59, comma 3, con decorrenza dal 1° gennaio 1998, sono *tutti* i trattamenti, quindi anche di invalidità (128), e tanto "in aggiunta" quanto "ad integrazione", che si conseguono "esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza" (129).

Le regole sulle prestazioni hanno una loro ragion d'essere nell'esigenza di assicurare la tenuta finanziaria dei fondi, potenzialmente pregiudicata dal crescente divario fra i sempre più selettivi requisiti di anzianità contributiva e di età anagrafica richiesti dai provvedimenti legislativi, a partire dal 1992, per la maturazione del diritto alle prestazioni pensionistiche nel sistema obbligatorio e i requisiti di accesso al trattamento integrativo e del raccordo istituzionale fra di esse sussistente (130).

Tuttavia, come si è notato, quell'esigenza si poteva soddisfare "limitandosi a sopprimere la funzione sostitutiva", laddove prevista, ma consentendo, comunque, "la liquidazione della sola quota integrativa, determinata per differenza tra l'intero trattamento garantito e la pensione « teorica » di base". Invece, il comma 8-*quinquies* è andato oltre, con conseguenze per gli iscritti di non poco conto: 1) la sospensione della "fisiologica funzione integrativa", "*garanzia minima per cui (il fondo nda.) era stato istituito e finanziato*"; 2) la disparità di trattamento rispetto agli iscritti ai fondi *aggiuntivi*, i quali percepiscono il trattamento anche in mancanza di erogazione della prestazione di base, *ex art. 7, d.lgs. n. 124 del 1993 (131)*; 3)

(128) P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 533, cui si rinvia per un completo esame della norma.

(129) Secondo P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., pp. 532, nota 4, e 536, l'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997 avrebbe abrogato il comma 8-*quinquies*, dell'art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993. In senso contrario, però, Cass. 15 febbraio 2005, n. 3009, cit.

(130) In tal senso M. PERSIANI, *Aspettative e diritti*, cit., p. 137, che sottolinea come si tenda così a evitare un'alterazione nell'assetto di interessi che ispira quelle forme di previdenza complementare.

(131) L'applicabilità della regola ai fondi *aggiuntivi* era controversa in giurisprudenza, cfr. Pret. Treviso 21 febbraio 1997, cit.; Pret. Genova 1 agosto 1997, cit. In senso favorevole, peraltro successivamente all'art. 59, legge n. 449 del 1997, Cass. 24 maggio 2000, n. 6839, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1106; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3009, in *Mass. giust. civ.*, 2005, p. 2; Cass. 24 novembre 2005, n. 24718, in *Mass. giust. civ.*, 2005, p. 7 e 8. Sul punto, G. ZAMPINI, *Previdenza complementare e « blocco »*, cit.

la perdita totale del diritto alla prestazione integrativa quando non maturino i requisiti per il trattamento obbligatorio; 4) la mancanza, per il periodo di differimento, di meccanismi di rivalutazione della retribuzione pensionabile (132). Quella disposizione, inoltre, dimenticando di menzionare i trattamenti integrativi istituiti per legge, ha ingenerato un'ulteriore disparità di trattamento perché i loro iscritti, diversamente da quelli dei fondi pensione di natura privata, conservano il diritto alla prestazione pensionistica secondo i requisiti previsti dai singoli ordinamenti, indipendentemente dalla maturazione delle pensioni nel regime obbligatorio (133).

Con l'art. 59, comma 3, solo in parte quelle disparità sono state superate, la disposizione applicandosi ora espressamente, tra l'altro, anche ai fondi aggiuntivi e a quelli integrativi di fonte legale (134), mentre per il resto il regime precedente risulta confermato. Da questo punto di vista, in particolare, non sembra che la diversa formulazione della norma determini l'estensione delle regole sui requisiti e le decorrenze valevoli nel sistema obbligatorio ai trattamenti complementari, più semplicemente l'erogazione risultando condizionata alla loro maturazione (135), pur se alcune suggestioni di diverso segno si rintracciano nella sentenza n. 393 del 2000 della Corte costituzionale (136). Comunque, il richiamo alla "decorrenza" della pensione, cioè al regime delle c.d. "finestre",

(132) Così P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 529, che ricorda altresì l'irragionevole esclusione dei fondi integrativi per legge.

(133) P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 530. Più in generale P. BOER, *I fondi integrativi disciplinati per legge nel riordine della previdenza*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 413 ss.

(134) Si tratta del fondo di previdenza per il personale dipendente dalle aziende private del gas e del Fondo per il personale dipendente delle aziende esattoriali; per l'esame completo del campo di applicazione della disposizione, P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 532 ss.

(135) P. BOER, *Il divieto di liquidare*, cit., p. 535, che rileva l'autonomia del rapporto previdenziale complementare rispetto al rapporto previdenziale di base e sottolinea, in particolare, le differenti modalità con cui si determina, nell'uno e nell'altro, l'anzianità contributiva e le conseguenze pregiudizievoli, sulla posizione degli iscritti, ma anche sulle finalità della stessa norma, dell'eventuale applicazione delle regole del secondo al primo.

(136) Nella sentenza della Corte costituzionale del 28 luglio 2000, n. 393, cit., è detto che la regola dell'art. 59, comma 3, "non consente il conseguimento delle prestazioni dei fondi se non in concomitanza con quelle proprie del trattamento obbligatorio". Ma, maturati i requisiti e la decorrenza, ben potrebbe il lavoratore continuare a lavorare, percependo, per contro, il trattamento integrativo.

determina un rinvio dell'erogazione della prestazione pensionistica di base, che si riflette su quella "integrativa" complementare, frustrandone la funzione in misura tanto maggiore ora che quel regime è stato esteso alle pensioni di vecchiaia (137).

3. Fondi preesistenti e pubblico impiego.

Disposizione extrasistemica è, nel *corpus* dell'art. 18, quella del comma 9 dedicata ai *fondi integrativi* costituiti presso gli enti pubblici, così da segnare, anche nella terminologia, non solo la distanza, ma la irriducibilità alle forme preesistenti ed anzi, più radicalmente, dalle stesse forme pensionistiche complementari, di cui, pertanto, non pare poter trovare applicazione la disciplina, né quella generale né quella speciale per i fondi preesistenti (138). Conclusione che trova un riscontro nell'evoluzione normativa e segnatamente nell'art. 59, commi 2 e 3, legge n. 449 del 1997, ove le *forme integrative* del settore pubblico sono menzionate distintamente dalle forme di cui al d.lgs. n. 124 del 1993, per estendere anche ad esse il divieto di erogazione in capitale della prestazione da un lato e la disciplina delle prestazioni dall'altro.

Comunque, fondi integrativi sono quelli eventualmente costituiti presso gli enti pubblici di cui all'art. 1 della legge 20 marzo 1975, n. 70 e dei quali il successivo art. 14, comma 2, aveva decretato la messa in esaurimento, con conservazione limitatamente al personale in servizio o già cessato dal servizio alla data di entrata in vigore di quella legge, ma preclusione di accettare nuove iscrizioni (139). Il comma 9 dell'art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993, ha

(137) Vedi gli artt. 1, commi 4 e 5, legge 24 dicembre 2007, n. 247 e, al riguardo, G. CANAVESI, *Pensioni di anzianità, decorrenze, età pensionabile*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Torino, 2008, p. 558 ss.

(138) G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nel pubblico impiego ed i fondi integrativi nel parastato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 471 ss. C. GULLÌ, *art. 18 III*, in M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, cit., p. 256, esclude la riconducibilità dei fondi contemplati dal comma 9 alla disciplina derogatoria del precedente comma 3; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza*, cit., p. 130 ss.

(139) Cfr. G. CIOCCA, *La previdenza integrativa dei disciolti enti mutualistici*, cit., p. 876 ss.; M. CINELLI, *La previdenza integrativa nel settore del pubblico impiego*, in

abrogato il citato art. 14, consentendo al contempo ai dipendenti degli enti pubblici assunti successivamente all'entrata in vigore della legge n. 70 del 1975 di iscriversi ai rispettivi fondi, ove esistenti, con facoltà di riscatto dei periodi pregressi.

Nel determinare l'inquadramento previdenziale, nella (allora) Cassa pensione dei dipendenti degli enti locali oppure nella Cassa per le pensioni dei sanitari, del personale transitato alle USL, il d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, all'art. 75, consentiva, tuttavia, loro di optare per il mantenimento della posizione assicurativa già costituita nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria e degli eventuali fondi integrativi di previdenza esistenti presso gli enti di provenienza.

Ora, con il comma 9 dell'art. 18 si riconosce a quei lavoratori, che *non avessero esercitato il diritto di opzione*, la facoltà di ricostituire le precedenti posizioni assicurative presso i fondi integrativi degli enti di provenienza. Tuttavia, tali fondi non esistono più, essendo confluiti in una gestione speciale ad esaurimento, costituita presso l'INPS ai sensi dell'art. 75, comma 3, d.P.R. n. 761 del 1979 (140).

Peraltro, se è evidente la volontà del legislatore di rivitalizzare i fondi integrativi con l'immissione di nuovi iscritti, deve aggiungersi che, al contempo, la disposizione pone un ostacolo, probabilmente insormontabile, al conseguimento dell'obiettivo quando sancisce l'onerosità, per i lavoratori stessi, tanto del riscatto quanto della ricostituzione (141).

4. La disciplina dei fondi preesistenti nel decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252: profili generali.

La legge 23 agosto 2004, n. 243 (142) ed il successivo decreto

AA.Vv., *La previdenza integrativa*, cit., p. 121 ss.; L. CARBONE, *La quiescenza e la previdenza nel pubblico impiego*, in P. VOLPE (a cura di), *Il pubblico impiego*, Torino, 1991, pp. 421 ss., 490 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nel pubblico*, cit., p. 473 ss.

(140) C. GULLÌ, *art. 18 III*, cit., p. 259, che prospetta la necessità di una normativa d'attuazione.

(141) G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nel pubblico impiego*, cit., p. 477; C. GULLÌ, *art. 18 III*, cit., p. 258.

(142) M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *Riv.*

legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 (143) hanno riformato il sistema di previdenza complementare, riscrivendo in modo significativo anche la disciplina dei fondi preesistenti. Abrogato, con l'eccezione di quanto disposto all'art. 23, comma 5, il d.lgs. n. 124 del 1993 (144), ora a quei fondi è espressamente rubricato l'art. 20 del nuovo decreto.

Ultimamente finalizzata a "sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari", attenendosi, tra l'altro, al principio direttivo di "incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari" (art. 1, commi 1 lett. c e 2, lett. e), la legge delega abbozza il disegno di un "sistema della previdenza complementare" che dalla tradizionale dimensione collettiva e solidaristica tende a spostare il proprio baricentro verso la dimensione "mercantile" e "individuale" (145). Corrisponde a questo movimento, e ne costituisce, anzi, un'importante condizione di successo, l'omogeneizzazione normativa di tutte le forme pensionistiche complementari, con il superamento di quelle distinzioni e segmentazioni rispondenti a ragioni di ordine storico e giuridiche, che la legge delega del 1992 sembrava salvaguardare attraverso l'esclusivo riferimento ai fondi pensione di nuova istituzione. Indicazione, questa, come noto disattesa dalla legislatore delegato, sospettato, perciò, di essere andato oltre i poteri conferitegli.

Dubbi, in ogni caso, ora non riproponibili. Coerentemente con l'impostazione prescelta, infatti, nella legge n. 243 del 2004, la linea omogeneizzatrice, pur non formalizzata quale specifico principio di

dir. sic. soc., 2004, p. 587 ss.; A. PANDOLFO, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche (utile?) indicazione per il legislatore delegato*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 1225 ss.; R. PESSI, *Delega previdenziale e modello contributivo: contraddizioni e criticità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 852 ss.; G. CIOCCA, *Il sistema pensionistico nell'evoluzione del welfare*, in P. OLIVELLI, M. MEZZANZANICA (a cura di), *A qualunque costo? Lavoro e pensioni: tra incertezza e sicurezza*, Milano, 2005, p. 259 ss.; A. TURSÌ, *La terza riforma della previdenza complementare in itinere: spunti di riflessione*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, p. 513 ss.

(143) Vedi gli Autori citati a nota 4.

(144) Ma, sulle "deroghe" alla "totale" abrogazione del d.lgs. n. 124 del 1993, vedi OCCHINO, *sub art. 21*, comma 8, in A. TURSÌ (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 870 ss.

(145) M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, cit., p. 406 ss.; GIUBBONI, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale*, cit., p. 337 ss.

delegazione, è però esplicitamente accolta in relazione a profili particolari di disciplina, come la “trasparenza e tutela” delle forme pensionistiche (art. 1, comma 2, lett. *e*), n. 1) o il sistema di vigilanza (art. 1, comma 2, lett. *h*) e soprattutto implicitamente presupposta nel riferirsi dei diversi principi indistintamente alle “forme pensionistiche complementari”, quando non a “tutte” (art. 1, comma 2, lett. *l*), formula, questa, comprensiva, già nella normativa previgente, dei nuovi fondi pensione e di quelli preesistenti.

È dunque conforme alla delega la definizione onnicomprensiva che di quella formula offre il 3° comma dell’art. 1, d.lgs. n. 252 del 2005, richiamando i fondi chiusi, quelli aperti e le forme preesistenti di cui all’art. 20.

In effetti, alle “forme pensionistiche complementari istituite alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421”, è rubricato l’art. 20 del d.lgs. n. 252 del 2005, quasi a consacrare, per differenza dalle “norme finali” di cui all’art. 18, d. lgs. n. 124 del 1993, l’ormai organica appartenenza di quelle forme al sistema della previdenza complementare.

L’art. 20 si immette sulla scia del previgente art. 18, ma ne ribalta lo schema o il modello prefigurato: ancora di adeguamento si tratta, ma ciò che prima stava a indicare l’inapplicabilità alle forme preesistenti di segmenti normativi propri dei fondi pensione diviene ora significativo dell’estensione alle stesse forme dell’intera disciplina del d.lgs. n. 252 del 2005. L’adeguamento, peraltro, è delineato dai commi 1 e 2 come un percorso articolato, sia attraverso scansioni temporali direttamente determinate, di provvisoria inapplicabilità di alcune norme o di termini finali, appunto, di adeguamento, sia rinviando alle fonti secondarie la determinazione di ulteriori “criteri”, “modalità” e “tempi” “stabiliti anche in relazione alle specifiche caratteristiche di talun(i)” dei fondi preesistenti. Un percorso complesso, dunque, e che non esclude, almeno in principio, ulteriori possibilità di deroghe.

Va detto, peraltro, prima di passare a un esame più analitico di quella disposizione, che *tutte* le forme pensionistiche complementari sono state chiamate a una ulteriore serie di “adeguamenti” alle norme del decreto legislativo, secondo le direttive che l’art. 23, comma 3, ha delegato alla Covip di emanare (146). Questa circo-

(146) COVIP, Deliberazione 28 giugno 2006, *Direttive generali alle forme pensionistiche complementari, ai sensi dell’art. 23, comma 3, del decreto legislativo 5*

stanza ha determinato, per i fondi preesistenti, un problema di coordinamento con quanto disposto all'art. 20, comma 2 (147). La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 1, comma 749), nell'anticipare al 1° gennaio 2007 l'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005, ha modificato e integrato (art. 1, comma 753) il citato articolo 23, in particolare, per quanto concerne i fondi preesistenti, con l'aggiunta di un comma 4-*bis*, che consente loro di ricevere, dal 1° gennaio 2007, nuove adesioni "anche con riferimento al finanziamento tramite conferimento del TFR", ma richiede al contempo, "ai soli fini "del conferimento del TFR", di adeguarsi, entro il 31 maggio 2007, alle disposizioni del decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 20, comma 2, così realizzando il necessario coordinamento tra le due disposizioni (148).

All'omogeneizzazione della disciplina fa riscontro nella legge delega, quale principio direttivo, il perfezionamento della "omogeneità del sistema di vigilanza sull'intero settore della previdenza", che l'art. 1, comma 2, lett. *h*), legge n. 243 del 2004 specificamente riferisce "a tutte le forme pensionistiche collettive e individuali, previste dall'ordinamento". A sua volta l'art. 20, d.lgs. n. 252 del 2005, mentre conferma, al comma 4, quanto già l'art. 18, comma 6-*bis*, d. lgs. n. 124 del 1993 disponeva circa lo svolgimento dell'attività di vigilanza sui fondi preesistenti secondo "piani di attività differenziati temporalmente" anche in relazione ai soggetti vigilati e alle finalità del controllo, non riproduce più le norme di cui al 3° comma dello stesso art. 18, che, tra l'altro, sottraevano alla vigilanza della Covip i fondi istituiti all'interno degli enti pubblici, anche economici, che esercitano i controlli in materia di tutela del risparmio e nelle materie valutaria e assicurativa (lett. *a*), nonché delle banche e gruppi bancari, sottoposti, come l'ente istitutore, alla vigilanza della Banca d'Italia e delle compagnie di assicurazione, sottoposti alla vigilanza Isvap (lett. *b*). Peraltro, l'art. 20, comma 4,

dicembre 2005, n. 252; Covip, Deliberazione 30 novembre 2006, Regolamento recante le procedure relative agli adeguamenti delle forme pensionistiche complementari al decreto legislativo n. 252 del 5 dicembre 2005 e le istruzioni ai sensi dell'art. 23, comma 4, del decreto n. 252 del 2005, come modificato dall'art. 1 del decreto legge n. 279 del 13 novembre 2006.

(147) A. OCCHINO, *art. 20, cit.*, p. 848 ss.

(148) F. MONTALDI, *sub art. 23, commi 3, 3-bis, 4 e 4-bis* e A. OCCHINO, *art. 20*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., rispettivamente p. 878 ss., p. 850 ss. E vedi *infra*, § 5.

deve leggersi in coordinamento con il precedente art. 19 da cui si ricava che l'attività della Covip si estende ora anche alle forme di previdenza complementare in precedenza escluse ai sensi della lett. *b*), comma 3, dell'art. 18, mentre ne restano estranee quelle di cui alla lett. *a*) del medesimo comma 3, forme che il 1° comma dell'art. 19 sottrae espressamente all'iscrizione nell'albo dei fondi pensione curato dalla stessa Covip (149).

Quanto ai soggetti, il comma 5 dell'art. 20 riproduce sostanzialmente la regola dell'art. 18, comma 8, stabilendo l'immediata applicabilità delle "disposizioni del presente decreto legislativo" nei confronti dei "nuovi iscritti" — ossia successivamente al 28 aprile 1993 — ai fondi preesistenti e ribadisce il divieto per i lavoratori dipendenti (pubblici *e*) privati di ricorrere agli schemi pensionistici a prestazioni definite (150). Tuttavia, mentre quella dell'art. 18 era disciplina destinata a regolare situazioni future, applicandosi a coloro che si iscrivevano ad un fondo preesistente in epoca successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo, le regole del d.lgs. n. 252 del 2005 estendono i loro effetti al periodo precedente la loro vigenza nell'ordinamento regolando la posizione dei nuovi iscritti, dal momento della loro iscrizione (151).

Per contro, fuoriesce dall'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina il personale delle pubbliche amministrazioni. In particolare, per i dipendenti pubblici con rapporto di lavoro contrattualizzato, l'art. 1, comma 2, lett. *p*), legge n. 243 del 2004 rinvia ad un apposito atto normativo l'applicazione della delega in materia, tra l'altro, di previdenza complementare, anche in considerazione della necessità di tener conto delle specificità dei singoli settori, dell'interesse pubblico connesso all'organizzazione del lavoro e dell'esigenza di efficienza dell'apparato amministrativo pubblico. Di conseguenza l'opzione del legislatore delegato è stata nel senso che ai pubblici

(149) F. MONTALDI, *sub* art. 20, comma 4, cit., pag. 834. Vedi anche COVIP, *Relazione per l'anno 2006*, p. 134 ss.

(150) Come nell'art. 18, comma 8, la mancata menzione dei soci lavoratori di cooperative può spiegarsi in ragione dell'*ulteriore* contratto di lavoro, subordinato o autonomo, che il socio stipula con la cooperativa, ai sensi dell'art. 1, legge 3 aprile 2001, n. 142.

(151) Ciò che, si noti, non potrebbe verificarsi laddove si ritenesse esistente un diritto al regime di tempo in tempo vigente, vedi *supra* nota 105. Cfr. anche A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 857 (ove peraltro si parla di efficacia *ex tunc*, ma dal contesto del discorso sembra un mero errore testuale).

dipendenti si applichi “esclusivamente ed integralmente la previgente normativa”, tra cui deve ritenersi compreso anche il d.lgs. n. 124 del 1993, dall’art. 23, comma 6, mantenuto “in vita” per il solo settore pubblico, nonostante l’espressa abrogazione disposta dall’art. 21, comma 8 (152). Deve perciò ritenersi la perdurante vigenza dell’art. 18, comma 8.

Una deroga espressa all’adeguamento è prevista dal comma 7 dell’art. 20, ma limitatamente alle forme preesistenti gestite con il sistema tecnico-finanziario della ripartizione e per le quali sussista una situazione di “squilibrio finanziario” accertata con decreto del Ministro del lavoro e “derivante dall’applicazione del previgente decreto legislativo” n. 124 del 1993. A questi soggetti è riconosciuta la facoltà “di *continuare a derogare* agli articoli 8 e 11”, con formula per sé paradossale essendo quei riferimenti normativi inesistenti prima del 2005. Peraltro, la “continuità” della deroga, segnando il collegamento con l’art. 18, comma 8-*bis*, d.lgs. n. 124 del 1993, consente di identificarne il contenuto nelle norme in materia di finanziamento e prestazioni (153) come pure la *ratio*, di garanzia della tutela pensionistica degli iscritti ai fondi già ammessi a usufruire dello speciale regime di cui a quel comma; garanzia che, più precisamente, si concreta nella possibilità di proseguire un percorso di risanamento da tempo intrapreso e del quale l’art. 3, comma 120, legge 24 dicembre 2003, n. 350 già consentiva la deroga del termine finale inizialmente previsto in diretta relazione, tuttavia, alla richiamata disposizione ora abrogata (154). È, perciò, l’incertezza sulla dinamica temporale a giustificare, oltre la stessa presenza della norma, l’attuale assenza di alcun termine finale, il comma 8 dell’art. 20 (155), se mai, ipotizzando il procrastinarsi dell’operazione quando impone alle forme pensionistiche la presentazione alla Covic e al Ministero del lavoro, oltre all’annuale bilancio tecnico e alla documentazione idonea a documentare il permanere della situazione di squilibrio, di un piano, con cadenza quinquennale, che

(152) Cfr. A. OCCHINO, *sub* art. 21, comma 8, e, per una ricostruzione della materia previdenziale complementare nel pubblico impiego, M. SQUEGLIA, *sub* art. 23, comma 6, entrambi in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., rispettivamente p. 870 ss. e p. 881 ss.

(153) Per A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 859, derogabili sono solo i tratti di disciplina incidenti sullo squilibrio, da individuarsi di volta in volta.

(154) Vedi *supra*, nota 115.

(155) A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 859.

determini le condizioni idonee ad assicurare l'equilibrio finanziario e "il progressivo allineamento alle norme generali del presente decreto".

Se si considera che la deroga riguarda i nuovi iscritti, che il comma 5 dell'art. 20 già assoggetta alle disposizioni del d.lgs. n. 252 del 2005, non è chiaro né cosa si intenda per "progressivo allineamento" né quali siano le "norme generali". A una prima impressione sembrerebbe che ai fondi in questione non sia direttamente applicabile la normativa secondaria di adeguamento di cui al comma 2 dell'art. 20, dovendosi, invece, prevedere quantomeno una diversa scansione temporale degli adempimenti in quella prevista. Si tratterebbe, tuttavia, di un'ulteriore situazione derogatoria che contrasta con la chiara delimitazione dell'oggetto derogabile disposta al comma 7 (156). D'altra parte, se per "norme generali" si intendono quelle non derogabili, deve ritenersi che esse, come detto, siano in realtà applicabili, secondo il percorso delineato ai commi 1 e 2. Neppure a ragionare diversamente, cioè considerando "generali" proprio gli artt. 8 e 11, si perviene a una soluzione soddisfacente: in tal caso, infatti, si dovrebbe configurare "l'allineamento" come una sorta di progressiva riduzione dell'entità della deroga, ma non si comprende come ciò possa attuarsi.

Comunque, al Ministero del lavoro, previo parere della Covip, spetta di accertare "la sussistenza delle predette condizioni", cioè quelle indicate nel piano quinquennale e "necessarie ad assicurare l'equilibrio finanziario della gestione ed il progressivo allineamento alle norme generali" del decreto legislativo. Anche qui è difficile comprendere quali siano le conseguenze di un accertamento negativo. Quello ministeriale, infatti, è controllo che interviene *ex post* senza che siano previste sanzioni di alcun tipo, mentre a determinare la continuazione della deroga il comma 7 considera sufficiente e necessaria una delibera dell'organo competente del fondo, che si appoggia sul precedente atto ministeriale di accertamento dello squilibrio finanziario (157).

Sempre in tema di "squilibrio", deve osservarsi che non ripro-

(156) Anche A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 860.

(157) Delibera altresì assunta "sotto la propria responsabilità", restando anche in tal caso dubbio se si tratti di formula dal preciso contenuto precettivo, che è peraltro difficile identificare, ovvero puramente pleonastica, riferendosi alla normale responsabilità degli organi, secondo la disciplina loro applicabile (come sembra ritenere A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 859).

dotto nell'art. 20, perché non rispondente alla logica dell'adeguamento da esso accolta, è il comma 7 dell'art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993. Di conseguenza, non è più consentito alle fonti istitutive del fondo che presenti squilibri finanziari rideterminare la disciplina delle prestazioni e del finanziamento per gli iscritti che, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 124, non avessero ancora maturato i requisiti previsti per il diritto alla pensione complementare. In tal modo, si è osservato, si torna "all'applicazione dei principi generali e, dunque, in punto di successione delle regole nel tempo, al potere delle fonti di ridefinire le condizioni di finanziamento e di prestazione, anche *in pejus*", per tutti gli iscritti che non siano ancora percettori del trattamento pensionistico, col limite, tuttavia, dell'applicazione non retroattiva della nuova disciplina, essendo il pregresso coperto dalla norma abrogata (158). Si renderà, però, necessario vagliare l'effettività del principio alla luce della concreta prassi giurisprudenziale, dovendosi ricordare come, proprio in relazione al comma 7 dell'art. 18, si stata affermata l'esistenza di limiti ulteriori alla modificabilità del regime contrattuale (159).

Una vera e propria deroga alla disciplina delle prestazioni di cui all'art. 11, ed in particolare del suo 3° comma, disposizione che, ai sensi dell'art. 20, comma 1, dovrebbe invece ritenersi applicabile ai fondi preesistenti e, più specificamente, ai loro vecchi iscritti, è quella surrettiziamente introdotta nelle pieghe della disposizione di carattere tributario di cui all'art. 23, comma 7, lett. c), d.lgs. n. 252 del 2005 (160), che consente la liquidazione *dell'intera prestazione pensionistica complementare in capitale*, secondo il valore attuale, invece che nella misura massima del 50 per cento. Peraltro, laddove si considerasse ancora applicabile il divieto di erogazione in capitale delle quote accumulate, di cui al 2° comma dell'art. 59 — disposizione che in verità richiama l'ormai abrogato d.lgs. n. 124 del 1993 —, si porrebbe altresì un problema di rapporto fra le due previsioni.

Un'altra deroga, ma alla disciplina delle persone giuridiche di cui al Libro primo del Codice civile, è quella sancita dal comma 9 dell'art. 20 che conserva la validità delle deliberazioni assembleari

(158) A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 856, che prospetta altresì un "controllo di gradualità sotto forma di razionalità".

(159) Vedi *supra* § 2.2 e nota 108.

(160) Sulla quale F. MARCHETTI, *sub art. 23*, comma 7, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 966.

dei fondi preesistenti adottate secondo le regole statutarie, *anche con il metodo referendario*, senza l'osservanza delle modalità di presenza di cui agli artt. 20 e 21 c.c., modalità dichiarate espressamente inapplicabili. La previsione, nuova anche rispetto alla previdente disciplina, sembra diretta a sanare situazioni già verificatesi, ma, secondo alcuni, sarebbe anche indice di un atteggiamento più generale del legislatore nei confronti delle forme pensionistiche complementari costituite in forma di associazione con personalità giuridica, il quale non "assume le norme del codice civile come un rigido punto di riferimento" (161). Peraltro, deve notarsi che, rispetto alle "deliberazioni assembleari", oggetto chiaramente individuato della disposizione in esame, se appare comprensibile il riferimento all'art. 21 c.c., non altrettanto è quello all'art. 20 c.c., per l'estraneità di quell'oggetto dal suo contenuto normativo e quindi per la sostanziale inutilità, sul piano degli effetti, del suo richiamo.

5. L'adeguamento alle disposizioni del d.lgs. n. 252 del 2005 nella normativa secondaria. Il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 10 maggio 2007, n. 62.

Con il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 10 maggio 2007, n. 62, sono stati definiti le modalità e i termini di adeguamento dei fondi preesistenti alla disciplina del d.lgs. n. 252 del 2005, come richiesto dall'art. 20, commi 1 e 2, nonché gli ulteriori adeguamenti necessari, ai sensi dell'art. 23, comma 4-*bis*, al fine di essere destinatari del conferimento del TFR (162).

Preliminarmente, tuttavia, si deve ricordare che, fino all'emanazione di quel decreto ministeriale, l'art. 20, comma 1, ha sottratto i fondi preesistenti all'applicazione degli articoli 4, comma 5, e 6, commi 1, 3 e 5, d.lgs. n. 252 del 2005. L'articolo 4 richiede ai fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti di assumere personalità giuridica, con provvedimento della

(161) Cfr. A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge*, cit., p. 162.

(162) Vedi anche COVIP, deliberazione 23 maggio 2007, *Direttive in materia di attuazione delle forme pensionistiche preesistenti del decreto ministeriale 10 maggio 2007, n. 62, recante il regolamento per l'adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.*

Covip in deroga al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 (171), e di prevedere negli statuti modalità di raccolta delle adesioni compatibili con le disposizioni di sollecitazione al pubblico risparmio. L'altra disposizione, invece, prescrive alle forme pensionistiche complementari, tranne quelle individuali, alcuni obblighi: quello di convenzionarsi con soggetti qualificati per la gestione delle risorse (art. 6, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*), ovvero con imprese assicurative, in ogni caso quando le forme pensionistiche siano a prestazione definita o assicurino agli iscritti prestazioni per invalidità e premorienza (art. 6, comma 5) o quando non dispongano di mezzi patrimoniali adeguati per erogare direttamente le prestazioni in forma di rendita (art. 6, comma 3); quello, alternativo al convenzionamento, di gestire le risorse mediante la sottoscrizione/acquisizione di azioni o quote di società immobiliari o fondi comuni di investimento immobiliare o mobiliare chiusi (art. 6, comma 1, lett. *d*), *e*) (164).

Sempre l'art. 20, comma 1, inoltre, impone ai fondi costituiti in forma di patrimonio di destinazione ai sensi dell'art. 2117 c.c. di dotarsi di strutture gestionali amministrative e contabili separate, precisando altresì che ciò è richiesto "indipendentemente dalla natura giuridica del datore di lavoro".

Salvo alcune modifiche marginali, si tratta in tutti i casi di regole già previste dall'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 124 del 1993, che rispondono, tuttavia, ad una diversa e, anzi, opposta *ratio*: le norme che nella disciplina previgente segnavano l'esclusione in via definitiva dall'obbligo di adeguamento diventano ora deroghe temporanee — "fino all'emanazione" del regolamento ministeriale — all'adeguamento, mentre quella che era posticipazione a lungo termine del medesimo obbligo è ora norma dall'efficacia soltanto condizionata dalla normativa secondaria.

In particolare, delle forme "già configurate" ai sensi dell'art. 2117 c.c., occorre evidenziare l'evoluzione del complessivo quadro normativo ed il senso o la direzione del percorso di adeguamento in

(163) Cfr. l'art. 4, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 252 del 2005 e il *Regolamento relativo all'istituzione del Registro dei fondi pensione dotati di personalità giuridica e alle procedure per l'iscrizione nel Registro*, approvato con Delibera Covip 28 novembre 2007.

(164) Ma vedi il 3° comma dello stesso art. 20 e, al riguardo, F. MARCHETTI, *sub* art. 20, comma 3, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 956 ss.

esso delineato, anche per le ricadute di tratto sistematico che ne derivano rispetto al dibattito, peraltro soprattutto dottrinale, in precedenza sviluppatosi su quei fondi impropriamente detti “interni”, ma, in realtà, costituiti come mere poste di bilancio senza soggettività autonoma, e sulla loro irriducibilità tanto all’art. 2117 c.c. quanto, soprattutto, alla previdenza complementare e alla sua disciplina.

Punto di partenza è il superamento del regime privilegiato di cui al 3° comma del vecchio art. 18, d.lgs. n. 124 del 1993, che, tra l’altro, alla lett. *b*), esonerava dall’obbligo di dotarsi di strutture gestionali amministrative e contabili separate le forme pensionistiche complementari costituite all’interno di soggetti sottoposti ai controlli in materia creditizia e assicurativa (165), forme che rappresentavano, e ancora rappresentano, la componente maggioritaria di quei “fondi interni” (166). In perfetta simmetria alla loro riconduzione sotto la vigilanza della Covip (art. 20, comma 4), dunque, anch’essi devono ritenersi soggetti all’obbligo di adeguamento ai sensi dell’art. 20, comma 1, ma non dell’art. 23, comma 4-*bis*, quella di ricevere il “conferimento del TFR” essendo soltanto una facoltà di cui i fondi preesistenti possono, ma non devono, avvalersi.

Peraltro, il 2° comma dell’art. 20 consente di articolare “criteri”, “modalità” e “tempi” di adeguamento in “relazione alle specifiche caratteristiche di talune” delle forme preesistenti e di questa possibilità si è avvalso il decreto ministeriale n. 62 del 2007 che fin dall’art. 1 definisce “fondi pensione preesistenti” le forme pensionistiche complementari di cui all’art. 20, comma 1 (art. 1, lett. *a*), ma da essi tiene distinti i “fondi pensione interni bancari o assicurativi” (art. 1, lett. *b*) (167). E la distinzione serve a modulare l’adeguamento, risultando inapplicabili a questi fondi gli articoli 5 e 6 del decreto, in materia di modelli gestionali e investimenti nonché di

(165) Vedi *supra* §§ 2 e 2.1.

(166) Alla fine del 2006, delle 141 forme pensionistiche preesistenti costituite come mere poste contabili interne al bilancio dell’impresa, 124 risultavano interne a banche, 7 a imprese assicuratrici e 10 a imprese di altri settori, cfr. COVIP, *Relazione per l’anno 2006*, p. 127.

(167) Che si tratti di una distinzione priva di rilievo sistematico trova conferma nel fatto che essa recupera la terminologia già adottata dalla Covip per indicare i fondi di cui all’art. 18, comma 3, d.lgs. n. 124 del 1993: cfr. COVIP, *Relazione per l’anno 2006*, p. 134 ss. In tal modo si comprende anche l’altrimenti inspiegabile incongruenza dell’art. 2 del regolamento laddove si riferisce unicamente ai fondi pensione preesistenti, dimenticando le distinte definizioni di cui al precedente articolo 1, poi riprese nelle altre disposizioni.

conflitti di interessi. Invece, quanto all'organizzazione e al funzionamento, il regolamento, al 3° comma dell'art. 2, impone l'istituzione del responsabile del fondo, nominato dal consiglio di amministrazione della società o ente promotore del fondo (168) e l'adozione di forme adeguate alle proprie caratteristiche e atte a garantire la partecipazione degli iscritti, mentre ai fini del conferimento del TFR presupposti necessari sono, per l'art. 4, comma 3, la costituzione di un patrimonio separato e, al suo interno, di apposite sezioni a contribuzione definita, nonché il rispetto, in caso di conferimento tacito, delle garanzie sull'investimento delle risorse di cui all'art. 8, comma 9, d.lgs. n. 252 del 2005, che, peraltro, può essere garantita anche tramite l'assunzione di impegni da parte dei soggetti al cui interno i fondi sono costituiti.

Ne esce confermata da un lato la sopravvivenza dei fondi interni, neppure obbligati a strutturarsi in forma di patrimonio separato, se non nell'ipotesi in cui vogliono rendersi destinatari del conferimento del trattamento di fine rapporto, e d'altro lato la loro attrazione nell'ambito della previdenza complementare. Tuttavia, con riferimento ai lavoratori subordinati (169), si tratta di una forma ad esaurimento, essendo ancora consentita soltanto ai fondi preesistenti, e, tra questi, ormai esclusivamente ai fondi bancari o assicurativi. Infatti, per i fondi interni preesistenti, istituiti da soggetti non riconducibili all'art. 1, lett. b), d. m. n. 62 del 2007, l'adeguamento comporta l'acquisizione, entro due anni dall'entrata in vigore del regolamento, di *un'autonoma soggettività giuridica*, quanto meno nella forma dell'associazione non riconosciuta. Questo è quanto stabilisce l'art. 3, comma 4, e l'indicazione deve ritenersi che valga anche ai fini del conferimento del trattamento di fine rapporto, pur se l'art. 4, comma 4, oltre a richiedere un generale

(168) Cfr. COVIP, Deliberazione 28 giugno 2006, cit. Il responsabile, che deve possedere i requisiti di professionalità di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 252 del 2005, può essere scelto anche tra gli "esponenti" della banca o dell'impresa di assicurazione. Chi siano gli "esponenti" non è facilmente comprensibile: fermo restando quanto disposto dal decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 15 maggio 2007, n. 79, non sembra qualunque "dipendente", altrimenti risultando inspiegabile il mancato ricorso a quel termine, ma ciò non significa che tali siano solo i membri degli organi di amministrazione e, se mai, sorveglianza. D'altra parte, ad una opposta conclusione si potrebbe arrivare ove si ritenesse che la disposizione precluda l'applicazione analogica delle incompatibilità sancite dal comma 2 dell'art. 5 nel caso di fondi aperti o forme pensionistiche individuali.

(169) Per le altre categorie di lavoratori vedi l'art. 4, comma 2.

adeguamento alle norme del regolamento, si limita ad una generica previsione di “autonoma soggettività giuridica”, con formula peraltro diversa dal “patrimonio separato” prevista per i fondi pensione interni bancari e assicurativi.

Passando ad un esame più generale del provvedimento, in tema di organizzazione e funzionamento l’art. 3, comma 1, pone quale regola generale l’adeguamento degli statuti agli artt. 5, 8, 11 (170) e 14, d.lgs., n. 252 del 2005, “salvo le deroghe previste dal presente decreto” (171). Tali sono quelle di cui ai successivi commi 3 e 4, sopra ricordate, e del comma 5, che fissa in due anni dall’entrata in vigore del provvedimento il termine per l’assunzione della personalità giuridica da parte dei fondi preesistenti costituiti nell’ambito di categorie, comparti o raggruppamenti (172).

Peraltro, sintomatico della complessità della materia è il 2° comma, che delinea la dinamica dell’adeguamento come un processo in divenire e temporalmente aperto, assegnando alla Covip un potere di derogare alle disposizioni di cui al comma 1, ossia agli artt. 5, 8, 11 e 14, in relazione ai fondi a prestazione definita ovvero “in altri casi in funzione della specificità dei fondi”. L’esercizio di questo potere non è peraltro illimitato, dovendosi esplicitare in funzione di esigenze connesse “all’equilibrio tecnico del fondo, al rispetto della sana e prudente gestione e alla tutela degli interessi degli iscritti” — “ivi incluso il contenimento dei costi”, aggiunge da ultimo la disposizione con espressione alquanto anodina. Si noti, peraltro, che all’esercizio di un tale potere è connessa, secondo la Covip, la possibilità di una non totale conformazione degli adeguamenti statutari adottati dai fondi preesistenti allo schema di statuto dei fondi pensione negoziali approvato, dalla stessa Commissione, con deliberazione del 31 ottobre 2006.

In relazione all’art. 8, d.lgs. n. 252 del 2005, tuttavia, l’art. 3 del regolamento deve coordinarsi con quanto dispone il successivo art. 4,

(170) Sulle prestazioni vedi *infra* § 6.

(171) Un’ulteriore deroga può considerarsi quella relativa alle forme pensionistiche preesistenti interne ormai ad esaurimento, perché “rivolte esclusivamente a pensionati”, per le quali, secondo la circolare del 17 gennaio 2008 della Covip, l’adeguamento può esaurirsi nella nomina del responsabile del fondo, ai sensi dell’art. 5, d.lgs. n. 252 del 2005.

(172) La Covip, con la circolare del 17 gennaio 2008, ha precisato che l’obbligo non riguarda le “forme pensionistiche rivolte ai lavoratori della medesima azienda o ente, ovvero di aziende appartenenti al medesimo gruppo”.

in tema di conferimento del trattamento di fine rapporto, almeno nell'ipotesi che il fondo decida di esserne destinatario. In realtà ciò che a tal fine è richiesto a tutti i fondi preesistenti è l'esistenza di un'apposita sezione a contribuzione definita (art. 4, comma 1). Disposizioni speciali sono dettate, per i fondi interni, bancari, assicurativi o di altra origine, dai commi 3 e 4 di cui, peraltro, già si è detto, nonché dal comma 2, per quei fondi preesistenti che l'art. 5, comma 1, secondo periodo, del regolamento autorizza a proseguire la gestione dell'attività previdenziale mediante contratti di assicurazione relativi ai rami vita I (assicurazioni sulla vita umana), III (assicurazioni sulla vita umana le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento) e V (operazioni di capitalizzazione), di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Per tali fondi si prevede che l'adeguamento alle regole, di cui all'art. 8, comma 9, d.lgs., n. 252 del 2005, sui criteri di investimento delle quote di trattamento di fine rapporto conferite tacitamente, possa avvenire anche mediante l'inserimento di apposite clausole nei contratti assicurativi.

Pur collocata nell'art. 4, quella di cui al comma 5 è disposizione dall'autonomo contenuto normativo e d'applicazione più generale, poiché prescrive ai fondi preesistenti di comunicare l'avvio delle procedure di adeguamento "al presente decreto" alla Covip e a questa di verificarne il compimento. Occorre, peraltro, ricordare come l'art. 23, comma 4-*bis*, ai soli fini del conferimento del TFR, avesse fissato al 31 maggio 2007 il termine per l'adeguamento alle disposizioni del regolamento in esame, evidentemente sul presupposto, non verificatosi, di una sua rapida emanazione, mentre l'art. 20, comma 2, rimette alla normazione secondaria la definizione dei tempi degli adeguamenti. Pertanto, vanno distinti, anche sotto il profilo procedurale, gli adeguamenti finalizzati o non a consentire il conferimento del trattamento di fine rapporto. Quanto ai primi, le direttive della Covip ne richiedono la realizzazione e la comunicazione all'organo di vigilanza entro il 30 giugno 2007, mentre degli altri si prevede che siano comunicate "modalità e tempi per il completamento degli adeguamenti al decreto" i quali, comunque, salvo i "più ampi termini" dallo stesso provvedimento previsti, "dovr(anno) avvenire nel più breve tempo possibile" (173).

(173) COVIP, Deliberazione 23 maggio 2007, cit., ove anche l'ulteriore indica-

L'art. 5, comma 1, del regolamento, quanto ai modelli gestionali, consente ai fondi preesistenti di mantenere la gestione diretta delle attività, ma, quanto agli investimenti, prevede in ogni caso l'applicazione dei divieti di assumere o concedere prestiti e di prestare garanzia a favore di terzi, dei limiti agli investimenti di cui all'art. 6, comma 13, nonché delle norme di cui al decreto del Ministro del tesoro 21 novembre 1996, n. 703 (174). Comunque, alle disposizioni di questo decreto e a quelle di cui alle lettere *a)*, *b)* e *c-bis)* del comma 13 dell'art. 6, i fondi preesistenti devono adeguare i propri statuti entro tre anni dall'entrata in vigore del d. m. n. 62 del 2007 (art. 5, comma 5).

Rispetto a questi principi, tuttavia, i commi successivi prevedono una complessa serie di deroghe e specificazioni. In particolare, in relazione alla gestione diretta, la Covip, laddove valuti inadeguata la struttura organizzativa del fondo preposta alla valutazione e alla gestione del rischio degli investimenti, può limitare le categorie di attività nelle quali i fondi possono investire direttamente (comma 3). Il comma 6, inoltre, sembra voler superare la gestione diretta quando prescrive agli statuti dei fondi preesistenti di adeguarsi, nell'arco di cinque anni dall'entrata in vigore del regolamento, alle disposizioni degli artt. 6 e 7, d.lgs. n. 252 del 2005. Ma alla previsione dell'obbligo di adeguamento seguono ulteriori indicazioni di segno contrario: da un lato, infatti, esso incontra il limite della compatibilità con il modello gestionale adottato dal fondo preesistente, pur nel rispetto delle norme del regolamento in esame, dall'altro l'erogazione diretta delle rendite è ancora consentita, "salvo verifica da parte della Covip dei requisiti di legge"; pertanto, se tali requisiti sussistono, non sembra esserci spazio per escludere la gestione diretta anche oltre il termine quinquennale (175).

Quanto agli investimenti, tema peraltro strettamente connesso al primo, il comma 2 prevede tre distinte ipotesi. Alla lettera *a)* consente da un lato di effettuare investimenti immobiliari anche in deroga al limite totale del 20 per cento del patrimonio del fondo

zione, per i fondi che non intendano essere destinatari del trattamento di fine rapporto, che la comunicazione relativa agli adeguamenti dovrà essere "trasmessa quanto prima" alla Covip.

(174) In particolare le direttive emanate dalla Covip con Deliberazione 23 maggio 2007 richiamano il principio della diversificazione degli investimenti e dei rischi.

(175) In tal senso, pur in base a diverse argomentazioni, A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 854.

pensione, di cui all'art. 4, comma 1, lett. b), d. m. n. 703 del 1996; dall'altro stabilisce che gli investimenti in beni immobili e diritti reali immobiliari, secondo la definizione di "investimenti immobiliari" dettata dall'art. 1, lett. c), n. 1, del regolamento in esame, non possono eccedere una quota pari al 20 per cento del patrimonio del fondo, con obbligo, in caso contrario, di riduzione di questi investimenti, entro cinque anni dall'entrata in vigore del regolamento stesso e, peraltro, possibilità per la Covip di consentire il superamento di quel limite e di quel termine "per specifiche esigenze del fondo coerenti con la politica di gestione e la situazione del fondo stesso". Nelle successive lettere b) e c), invece, la deroga all'art. 6, comma 13 riguardano, rispettivamente, la possibilità di continuare a *concedere* prestiti, peraltro solo se strettamente connessi alle attività del fondo e, comunque, per un ammontare limitato sulla base di parametri fissati dalla Covip e, all'opposto, di *assumere* prestiti, ma solo a fini di liquidità e su base temporanea.

Infine, il 4° comma dell'art. 5 consente ai fondi preesistenti di assumere direttamente la garanzia di restituzione del capitale, nel rispetto dell'art. 7-*bis*, d.lgs. n. 252 del 2005 e delle relative disposizioni regolamentari.

Da ultimo, l'art. 6 del regolamento disciplina i conflitti di interesse attraverso un rinvio alle norme regolamentari emanate ai sensi dell'art. 6, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 252 del 2005. Considerata la finalità perseguita, un simile rinvio non dovrebbe riguardare il regolamento nella sua integralità bensì soltanto nella parte di attuazione della lett. c) del comma 5-*bis*, ossia delle "regole da osservare in materia di conflitti di interesse tenendo conto delle specificità dei fondi pensione e dei principi di cui alla direttiva 2004/39/CE, alla normativa comunitaria di esecuzione e a quella nazionale di recepimento" (176). Si deve, peraltro, considerare come a regolare i conflitti di interesse già provvedano gli artt. 7 e 8 del d. m. 21 novembre 1996, n. 703, approvato in forza di una delega contenuta nel d.lgs. n. 124 del 1993, ma da ritenersi ancora vigente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005. E poiché di quelle disposizioni si è, altresì, ritenuta la sostanziale conformità alla

(176) Diversa sembra l'opinione di A. OCCHINO, *art. 20*, cit., p. 855. Ma vedi M. CORTI, *sub art. 6, 7, 7-bis*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., pp. 669, 674 ss.

direttiva 2004/39/CE (177), sembra doversi concludere per la loro perdurante applicabilità ai fondi preesistenti.

6. L'accesso alle prestazioni.

Con un ritorno al passato, il 6° comma dell'art. 20, d.lgs. n. 252 del 2005, riproduce alla lettera l'art. 18, comma 8-*quinquies*, d.lgs. n. 124 del 1993, in materia di accesso alle pensioni complementari di vecchiaia e anzianità, tralasciando, peraltro, di considerare la normativa successiva che quell'accesso aveva diversamente regolato.

Per maggior chiarezza è utile richiamare brevemente il quadro normativo vigente in materia al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005. Come si è detto (178), il comma 8-*quinquies* stabiliva la regola della subordinazione dell'accesso alle pensioni complementari di vecchiaia e di anzianità alla liquidazione del trattamento pensionistico obbligatorio, ma precisava anche che essa si riferiva ai fondi preesistenti che garantivano prestazioni *definite a integrazione* delle prestazioni di base, rendendone incerta l'applicabilità nell'ipotesi di prestazioni di carattere soltanto *aggiuntivo*. La questione venne risolta in senso onnicomprensivo dall'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997 che, tuttavia, ha modificato l'originaria regola: non più richiesta la liquidazione del trattamento obbligatorio, la pensione complementare “si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza”.

La differenza fondamentale tra le due previsioni sta nel fatto che non c'è necessaria coincidenza tra maturazione dei requisiti e decorrenza del trattamento obbligatorio da un lato e sua liquidazione dall'altro, perché il lavoratore ben può decidere di rinviare l'uscita dal mondo del lavoro, anche oltre il momento in cui quelle condizioni si verificano. Pertanto, mentre nella prima ipotesi la pensione complementare è erogabile soltanto contestualmente a quella obbligatoria, l'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997, consente l'accesso alla prestazione complementare anche in epoca precedente alla liquidazione del trattamento obbligatorio. Né a

(177) M. CORTI, *art. 6, 7, 7-bis*, cit., p. 672 ss., 675.

(178) Vedi *supra* § 2.3.

smentire questa conclusione vale l'ulteriore condizione di accesso al trattamento introdotta da quell'articolo, ma implicita anche nella disposizione del d.lgs. n. 124 del 1993: "decorrenza", infatti, indica il regime delle così dette "finestre" (179), che rappresentano soltanto la prima data utile di accesso alla pensione, cosicché se il lavoratore non è obbligato a fruirne è altresì chiaro che la liquidazione del trattamento presuppone l'"aprirsi" della finestra.

Orbene, vigente il d.lgs. n. 124 del 1993, se anche era dubbio che l'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997, avesse abrogato il comma 8-*quinquies* di quel decreto, comunque indiscussa era l'applicazione ai fondi preesistenti della più recente disciplina del 1997. Tra l'altro, di questa si era riconosciuta la portata innovativa dell'esplicita menzione dei fondi integrativi di fonte legale e di quelli per i dipendenti delle regioni a statuto speciale, ma al contempo l'inidoneità a risolvere l'ulteriore problema del regime applicabile agli altri fondi di origine contrattuale o regolamentare, pure in essa richiamati, nel periodo di vigenza del comma 8-*quinquies*, che invece, nessuna indicazione conteneva quanto al suo campo di applicazione (180).

Si deve poi considerare che questa disciplina non stabilisce i requisiti per la maturazione del diritto alla pensione complementare, limitandosi a porre alcune condizioni per "l'accesso" alla prestazione o il suo "conseguimento", ossia per la sua erogazione, con l'effetto di creare una sfasatura temporale tra la maturazione del diritto e la sua realizzazione (181). Al contempo, peraltro, quei requisiti non erano individuabili con riferimento all'art. 7, commi 2 e 3, d.lgs. n. 124 del 1993, norma che l'art. 18, comma 7, aveva dichiarato inapplicabile per i vecchi iscritti.

Ora, la nuova disciplina complica e stravolge, almeno parzialmente, questo quadro, determinando una situazione di profonda incertezza circa le regole applicabili ai vecchi iscritti ai fondi preesistenti.

In realtà, valorizzando il dato formale del riferimento al d.lgs. n. 124 del 1993, si potrebbe sostenere che la sua espressa abrogazione renda inapplicabili alle forme pensionistiche complementari quanto

(179) Vedi *supra*, §2.3, testo e nota 136.

(180) Cfr. P. BOER, *Il divieto di liquidare la pensione*, cit., p. 532, nota 4.

(181) Vedi in tal senso V. FERRANTE, *sub art. 11*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., p. 751 e nota 20.

disposto dall'art. 59, comma 3, ma allora anche dei commi 2 e 4. Tuttavia, la continuità sostanziale tra i due decreti delegati depone in senso contrario, così come la *ratio* politica sottesa a quelle norme, di funzionalizzazione anche strutturale alla previdenza obbligatoria, confermata anche dalla nuova disciplina.

Assumendo, allora, la prospettiva della loro attuale vigenza, deve dirsi, in primo luogo, che, se era sostenibile l'abrogazione della "vecchia" regola dell'art. 18-*quinquies* da parte dell'art. 59, comma 3, legge n. 449 del 1997, non altrettanto può dirsi nel passaggio a ritroso perché l'art. 20, comma 6, detta una disciplina della materia d'applicazione comunque più limitata rispetto alla portata dell'altra disposizione. In effetti, nonostante la pregressa evoluzione normativa, il divario semantico tra le due disposizioni ancora impedisce di arrivare, in base alle regole sull'interpretazione della legge, a conclusioni certo non attingibili in precedenza, ovvero l'estensione della norma alle prestazioni dei fondi di fonte legale. Per altro verso, proprio la scansione temporale della vicenda attribuisce nuovo vigore a quella interpretazione restrittiva della norma, che esclude la sua applicabilità ai fondi aggiuntivi, già prospettata nell'originario quadro normativo e rigettata dalla giurisprudenza soltanto dopo l'emanazione dell'art. 59, comma 3 (182).

Né pare sufficiente a superare la forza del dato letterale la considerazione dell'evidente irrazionalità degli effetti conseguenti alla sopravvivenza di due diverse regole applicabili all'identica situazione. Tra l'altro la stessa diversità di trattamento, potenzialmente ed almeno in via transitoria, avrebbe potuto riprodursi anche nell'ambito delle prestazioni a carattere "integrativo": infatti, nella prospettiva della funzione "condizionale" della normativa in esame, se il diritto alla prestazione integrativa (o aggiuntiva) si perfeziona a prescindere dal provvedimento di liquidazione del trattamento, essendo a tal fine sufficiente, secondo la stessa Covip (183), il suo esercizio mediante richiesta al fondo pensione, allora quella richiesta, ove presentata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 252 del 2005, avrebbe consentito al lavoratore di conservare il regime di cui all'art. 59, comma 3, anche nell'ipotesi in cui l'accesso alla prestazione si fosse verificato in epoca successiva a quella data.

Quest'ultima osservazione introduce un ulteriore profilo di

(182) Vedi *supra* nota 131.

(183) Vedi COVIP, Delibera del 28 giugno 2006.

criticità, quello del rapporto tra l'art. 20 e l'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 252 del 2005, disposizione, questa, per la quale "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".

Al riguardo, si è ritenuto che l'art. 20, comma 6, deroghi all'art. 11, che sarebbe perciò inapplicabile ai fondi preesistenti (184).

Tuttavia, questa conclusione non sembra condivisibile.

Si consideri, infatti, che, diversamente da quanto disponeva la normativa previgente (art. 18, comma 7, d.lgs. n. 124 del 1993), ai fondi preesistenti è ora richiesto di adeguarsi anche all'art. 11, d.lgs. n. 252 del 2005, pur secondo le modalità e i tempi stabiliti dal regolamento ministeriale di cui al 2° comma dell'art. 20. Peraltro, quel regolamento, all'art. 3, ribadisce l'obbligo di adeguarsi all'art. 11, senza prevedere alcun tipo di deroga alla sua applicazione. Pertanto si deve ritenere che i fondi preesistenti debbano adeguare i propri ordinamenti anche alla previsione del 2° comma dell'art. 11.

Vero è che profonde sono le differenze dall'art. 20, comma 6, che sembrano rendere inconciliabili le due norme: non è richiesta la liquidazione della pensione obbligatoria, ma la "maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni", è aggiunto il requisito dei "cinque anni di appartenenza alle forme pensionistiche complementari" ed è assente il riferimento alle prestazioni "per vecchiaia e anzianità".

Oltre questi elementi differenziali, tuttavia, la soluzione del problema sta nella diversità di oggetto regolato: come si è detto, l'art. 20, comma 6, fissa la "condizione" di erogabilità della prestazione pensionistica complementare, mentre quella dell'art. 11 è norma diretta a stabilire i requisiti del "diritto alla prestazione pensionistica". Si tratta di situazioni distinte anche logicamente, la prima presupponendo il verificarsi della seconda, pur se in concreto parzialmente sovrapponibili. Ed è significativo, in tal senso, che l'art. 11, comma 2, si riferisca esclusivamente ai requisiti di accesso, diversamente dall'art. 20, comma 6, che richiede altresì il rispetto delle "decorrenze".

(184) V. FERRANTE, *art. 11*, cit., p. 750.