

A. Candian, M. Squeglia, A. Tursi

Manuale della previdenza complementare



Giappichelli

Capitolo I

IL RAPPORTO DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE: L'OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA E IL DIRITTO ALLE PRESTAZIONI

Armando Tursi

SOMMARIO: *Parte prima: rilievi introduttivi.* – 1. Il rapporto di previdenza complementare e il rapporto di lavoro. – *Parte seconda: l'obbligazione contributiva di previdenza complementare.* – 2. La disciplina applicabile all'obbligazione contributiva. – 3. Inapplicabilità delle norme previdenziali “pubblicistiche” in materia di contribuzione sociale. – 4. Il rito processuale applicabile. – *Parte terza: il diritto alla prestazione di previdenza complementare.* – 5. La prestazione di previdenza complementare come obbligazione corrispettiva dei contributi versati. – 6. Prestazioni di previdenza complementare e principio costituzionale di adeguatezza delle prestazioni previdenziali. – 7. La disciplina applicabile al rapporto avente a oggetto le prestazioni di previdenza complementare.

Parte I – RILIEVI INTRODUTTIVI

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

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

L'obbligazione contributiva si configura in guisa diversa a seconda della condizione occupazionale del soggetto protetto e della natura del rapporto in cui viene dedotta la sua attività lavorativa (v. Cap. VII, § 2).

L'obbligazione
contributiva
(del datore
di lavoro e
del lavoratore)

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

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

L'obbligo contributivo del lavoratore, invece, è un'obbligazione patrimoniale che le fonti istitutive collettive costituiscono a carico di coloro che, di norma, sono beneficiari della contribuzione datoriale, ponendo, così, a carico del lavoratore, una parte dell'onere finanziario del fondo pensione.

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

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

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

Invero, la corrispettività "lavoristica" di cui qui si discorre riguarda solo l'obbligo contributivo del datore di lavoro (ivi incluso il c.d. "con-

tributo contrattuale obbligatorio”, ove previsto) e non il diritto (finale) alla prestazione: infatti, le prestazioni di previdenza complementare sono legate da un vincolo di corrispettività rispetto ai contributi versati (sia dai lavoratori che da datori di lavoro e committenti), e non rispetto all’obbligazione lavorativa.

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

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

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

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

Dunque: se la prestazione di previdenza complementare non è corrispettiva rispetto al rapporto di lavoro, non altrettanto può dirsi per l’obbligazione contributiva del datore di lavoro.

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

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

Differenze col rapporto di previdenza pubblica obbligatoria

Sulla natura corrispettiva ma non retributiva dell’obbligazione contributiva datoriale

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

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

La corrispettività
lavoristica
dell'obbligazione
contributiva del
datore di lavoro

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

A ben vedere, la natura lavoristicamente corrispettiva dei contributi di previdenza complementare altro non è che la necessaria implicazione della caratterizzazione contrattuale e volontaria delle forme pensionistiche complementari: è l'elemento, cioè, che vale a distinguere tali forme da quelle pubbliche e obbligatorie.

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

Trova così conferma, per un verso, che le prestazioni di previdenza complementare non sono corrispettive delle prestazioni lavorative,

bensì dei contributi versati; e per l'altro, che l'obbligazione contributiva di previdenza complementare ha natura corrispettiva, ma non retributiva.

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

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

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

Diversamente, ove si convenga sulla tesi che al regime giuridico della contribuzione inerisce una corrispettività lavoristica ma non retributiva, mentre al regime giuridico della prestazione inerisce una "corrispettività" pur sempre negoziale, ma di natura previdenziale, si appalesa un criterio di selezione delle discipline applicabili: si dovranno ritenere, in via di principio, non riferibili alla nostra materia le norme – relative rispettivamente alla previdenza obbligatoria e alla retribuzione – che facciano capo a caratteristiche non riscontrabili nella previdenza complementare, quali l'obbligatorietà (della previdenza) e la "sufficienza" (della retribuzione); e invece utilizzabili, sul versante contributivo, (oltre alle norme generali sulle obbligazioni), le norme sui crediti di lavoro la cui applicazione non sia limitata ai crediti retributivi (per es., come si vedrà, l'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni; l'art. 429, co. 3, c.p.c. in materia di rivalutazione automatica), o quelle sui contributi previdenziali la cui applicazione appaia (almeno letteralmente) riferibile anche alla previdenza non obbligatoria (per es. – ma la tesi è isolata –, l'art. 2754 c.c., in materia di privilegi); mentre, sul versante delle prestazioni, in mancanza di diverse previsioni della disciplina speciale, potranno trovare applicazione le norme e i principi del sistema previdenziale pubblico che siano finalizzate alla garanzia dell'effettività del diritto alla prestazione, almeno sotto il profilo della indisponibilità di tale diritto.

Un criterio per l'individuazione della disciplina applicabile al rapporto di previdenza complementare

Parte II – L’OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE

2. *La disciplina applicabile all’obbligazione contributiva*

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

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

La questione dell’imponibilità dei contributi di previdenza complementare a vantaggio della previdenza obbligatoria

Quella dell’assoggettabilità dei contributi datoriali a prelievo contributivo a favore della previdenza obbligatoria è stata una questione a lungo controversa in giurisprudenza: insorta ben prima che il d.lgs. n. 124/1993 disciplinasse organicamente la nostra materia, essa si segnala non solo per la sua rilevanza pratica, ma anche per la sua valenza sistematica, costituendo il primo terreno di confronto tra le diverse teorie che si contendono il campo in materia sia di rilevanza e collocazione costituzionale, sia di inquadramento civilistico-lavoristico, della previdenza complementare.

Soffermandoci su quest’ultimo profilo, ricordiamo che, a seguito della sentenza “monito” della Corte costituzionale n. 427/1990, la questione venne risolta, sul piano normativo, dall’art. 9-*bis* della legge n. 166/1991 (di conversione del d.l. n. 103/1991), il quale esclude l’imponibilità contributiva dei versamenti datoriali ai fondi pensione, introducendo in loro luogo un “contributo di solidarietà” del 10% a favore delle corrispondenti gestioni obbligatorie: la norma è stata poi recepita, da ultimo, nella lett. *f*) del comma 4 dell’art. 12 della legge n. 153/1968 (come riformulato dall’art. 6 del d.lgs. n. 314/1997), per quanto attiene all’esclusione dall’imponibile previdenziale, e dall’art. 16 del d.lgs. n. 252/2005 per quanto attiene al contributo di solidarietà.

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

Dal canto suo, la Corte costituzionale (sentenza n. 421/1995) ritenne di poter individuare un preciso discrimine temporale tra il periodo in cui i contributi datoriali alla previdenza integrativa dovevano considerarsi “emolumenti retributivi con funzione previdenziale” – dunque esclusi dal prelievo a favore della previdenza obbligatoria solo in via di eccezione alla regola di cui all’art. 12 della legge n. 153/1969 –, e quello in cui sono diventati “strutturalmente contributi di natura previdenziale”: lo spartiacque sarebbe segnato “dalla legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 (art. 3), attuata dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124”, grazie alla quale sarebbe “venuto meno ... per i fondi di previdenza complementare il referente dell’art. 12 della L. n. 153 del 1969”, e si sarebbe realizzato il pieno inserimento “nel sistema dell’art. 38 Cost.”. Secondo la Consulta, solo nel nuovo regime instaurato a seguito della novella legislativa del 1992/93 i contributi datoriali ai fondi di previdenza complementare dovrebbero qualificarsi come “contributi di natura previdenziale”; prima di allora, dovevano qualificarsi come “retribuzione con funzione previdenziale”.

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

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

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

Com’è noto, il TFR è un istituto retributivo la cui esclusione dall’imponibile contributivo (disposta dall’art. 12, co. 4, lett. *a*, legge n. 153/1969) riposa proprio nella sua finalità o funzione previdenziale, consistente nello “scopo di agevolare al lavoratore il superamento delle difficoltà economiche possibili ad insorgere per il venir meno del salario” (C. cost. n. 75/1968, n. 179/1970, n. 204/1974).

Ebbene: non sembra che la *ratio* dell’esclusione dell’imponibilità contributiva dei contributi datoriali di previdenza complementare possa adattarsi all’istituto del TFR.

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

La natura previdenziale della (obbligazione contributiva del datore di lavoro alla) previdenza complementare rende piena ragione dell'esclusione, in via normale e non derogatoria, dalla retribuzione imponibile ai fini della previdenza obbligatoria; e giustifica, almeno da un punto di vista giuridico-formale, l'assoggettamento a un "contributo di solidarietà" funzionalmente analogo a quello imposto sulle gestioni previdenziali cdd. "sostitutive, esclusive ed esonerative" a favore del regime generale dell'INPS (v., per es., l'art. 53, co. 9, legge n. 449/1997).

La tesi secondo cui i contributi datoriali alla previdenza complementare avrebbero natura strutturalmente previdenziale e non retributiva, indipendentemente dalla data di entrata in vigore della disciplina organica del 1992/93, è stata, da ultimo, avallata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, con una decisione occasionata dalla controversa questione della inclusione nella base di calcolo del TFR, delle somme versate (fino al 28 aprile 1993) dal datore di lavoro ad un fondo pensione "preesistente". La Corte – allineandosi a quanto in precedenza già statuito con riferimento ai contributi versati dopo il 28 aprile 1993 –, ha escluso, anche per i contributi versati dopo tale data, la loro inclusione nella base di calcolo del TFR: e ciò sulla base del generale assunto che "il contributo dei datori di lavoro al finanziamento dei fondi integrativi non può definirsi emolumento retributivo con funzione previdenziale, ma costituisce una contribuzione di natura strutturalmente previdenziale"; e della osservazione (forse sovrabbondante) che il legislatore "ha inserito retroattivamente (e quindi anche per il periodo precedente l'entrata in vigore del D. Lgs. 124 del 1993) la previdenza integrativa nel sistema dell'art. 38 cost." (Cass., S.U., 16 marzo 2015, n. 5157; e poi ancora di recente, Cass. 17 gennaio 2020, n. 986. *Contra*, in precedenza, tra le tante, Cass. n. 545 del 12 gennaio 2011).

Nel negare la natura retributiva dei contributi datoriali ai fondi pensione, tuttavia, l'autorevole arresto della S.C. ne negava anche il carattere "lavoristicamente corrispettivo": la natura "previdenziale" (e non retributiva) di detti contributi, infatti, ad avviso del Giudice di legittimità, consiste nella "mancanza di un nesso di corrispettività diretta fra

contribuzione e prestazione lavorativa”; donde l’affermazione che “l’obbligo del versamento del contributo a carico del datore di lavoro non si pone nei confronti del lavoratore bensì nei confronti del fondo che è poi onerato della erogazione della relativa prestazione”, e quindi, in sostanza, la negazione della titolarità in capo al lavoratore di un diritto al contributo datoriale.

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

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

Ciò richiede un chiarimento concettuale.

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

Ne consegue che l’obbligo contributivo gravante sul lavoratore a favore del fondo pensione non è in alcun modo assimilabile alla retribuzione: analogamente a quanto accade nel rapporto contributivo della previdenza obbligatoria, il prelievo a carico del lavoratore non si giustifica con la titolarità passiva di un debito retributivo assoggettabile a contribuzione, ma piuttosto con la titolarità attiva di un credito retributivo, in presenza del quale, rispettivamente la norma legale (nella previdenza obbligatoria) o la fonte istitutiva (nella previdenza complementare), impongono un onere partecipativo a carico del soggetto tutelato.

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

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

Sull’assoggettamento a contribuzione sociale delle quote ed elementi retributivi a carico del lavoratore destinati al finanziamento dei fondi pensione

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

Senonché, così ragionando si trascurerebbe di considerare che la previdenza complementare non è una previdenza sostitutiva di quella obbligatoria, e che quindi i contributi destinati al suo finanziamento non costituiscono una duplicazione di quelli destinati alla previdenza obbligatoria, essendo destinati a finanziare prestazioni “complementari” rispetto a quelle “di base”. Escludendo (anche) il contributo del lavoratore dalla base di calcolo della contribuzione sociale obbligatoria, con conseguente riduzione della stessa prestazione pensionistica, si produrrebbe una forte accentuazione proprio dell'effetto sostitutivo, con tendenziale *reductio ad absurdum* del contributo di solidarietà, “voluto” dalla Corte costituzionale e introdotto dal legislatore.

La questione della computabilità dei contributi datoriali ai fini del calcolo del TFR e della retribuzione indiretta e differita

Tralasciando l'ormai appianata questione del “doppio contributo”, i dubbi in merito all'efficienza euristica della nozione di “retribuzione con funzione previdenziale” emergono soprattutto da quelle sentenze che si sono cimentate col problema della natura giuridica dei contributi ai fondi pensionistici complementari, in fattispecie nelle quali alla “neutralizzazione” delle conseguenze dell'affermata natura retributiva viene a mancare il supporto di norme *ad hoc* (quali sono pur sempre quelle che, almeno a partire dal 1991, espressamente escludono il prelievo contributivo sui finanziamenti datoriali).

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

Questa sentenza – come già osservato – si segnala per l'esplicita sconfessione della tesi che abbiamo definito “funzionalista”: la tesi, cioè, che, distinguendo la natura del contributo datoriale dalla sua funzione giuridica, concepisce tale contributo come retribuzione con finalità previdenziale (v., da ult., Cass. n. 13558/2013).

Essa, pertanto, costituisce, in ambiti plurimi, un punto fermo nella ricostruzione civilistica dell'obbligazione contributiva datoriale, e dunque nella individuazione della disciplina ad essa applicabile: il primo dei quali, naturalmente, non può che essere quello della (non) computabilità nella base di calcolo di tutti gli emolumenti indiretti e differiti,

anche diversi dal TFR (indennità sostitutiva del preavviso, 13a mensilità, maggiorazioni per lavoro straordinario, retribuzione feriale, ecc.).

È stata in passato sollevata la questione della spettanza dei contributi datoriali, sotto forma di retribuzione, ai lavoratori che non aderiscano al fondo pensione: dopo un certo travaglio giurisprudenziale, l'opinione che ha prevalso è quella che esclude che il lavoratore non aderente al fondo possa vantare il diritto alla corresponsione dell'equivalente del contributo datoriale.

Sulla (non) spettanza del contributo datoriale ai lavoratori non associati al fondo pensione

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

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

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

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

Di ciò v'è consapevolezza, per esempio, nella previsione contenuta nella fonte istitutiva del fondo Cometa (punto 10, 5° per., dell'accordo 10 marzo 1997), ove si puntualizza che “l'obbligo contributivo ... è assunto dalle imprese nei confronti dei lavoratori soci ... e pertanto la corrispondente retribuzione non sarà dovuta né si convertirà in alcun trattamento sostitutivo o alternativo anche di diversa natura, sia collettiva che individuale, a favore dei lavoratori che per effetto della mancata adesione non conseguono la qualifica di soci dei fondi ..., ovvero la perdano successivamente”: l'obbligo è assunto (quanto meno, anche) nei confronti dei lavoratori, e quindi è, in tal senso, lavoristicamente corrispettivo; però, essendo dovuto per fini di previdenza complementare (e quindi solo ai lavoratori associati al fondo), non ha natura retributiva.

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

Obbligo contributivo e cause di sospensione del rapporto

Così, nei periodi in cui il rapporto è sospeso per una delle cause di cui agli artt. 2110 e 2111 c.c., o in quelli di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro con intervento della cassa integrazione guadagni o dei fondi di solidarietà bilaterali, la contribuzione datoriale è dovuta

solo se e nella misura in cui sia dovuta una retribuzione, e non, invece, se questa è sostituita da un'indennità previdenziale (come nel caso delle integrazioni salariali): ricorre nelle fonti istitutive, la previsione per cui “in caso di sospensione del rapporto di lavoro per qualsiasi causa ... l'obbligo contributivo a carico dell'impresa e del lavoratore è rapportato all'eventuale retribuzione percepita dal lavoratore”.

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

Sulla titolarità
del credito
contributivo
di previdenza
complementare

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

In questo caso, invero, la teoria retributivo-funzionalista e quella della corrispettività previdenziale conducono alla medesima conclusione della titolarità del credito contributivo in capo al lavoratore; ciò spiega, forse, perché le sentenze a favore della legittimazione attiva dei lavoratori non affrontino, in genere, tale questione, curandosi invece di segnare la differenza con la teoria previdenzialista pura, che, esclusa ogni traccia di corrispettività lavoristica nella struttura dell'obbligo contributivo, riconosce la legittimazione ad agire per il recupero del credito esclusivamente in capo al fondo pensione, affermando che “I contributi dovuti alle forme pensionistiche complementari assumono valenza chiaramente previdenziale, come tali sono estranei alla nozione di retribuzione, unico diritto questo nella esclusiva titolarità del lavoratore” (tra le tante, v. Trib. Bologna 23 maggio 2008, n. 506; Trib. Milano 10 luglio 2014; Trib. Vicenza 13 gennaio 2017).

Il sincretismo pratico che caratterizza la giurisprudenza sul punto (che non si perita di fare ricorso allo strumento della condotta antisindacale per sanzionare il mancato rispetto delle clausole della fonte istitutiva relative al finanziamento della forma pensionistica complementare: v. Trib. Vigevano 9 ottobre 2006, n. 1038), si manifesta soprattutto nelle decisioni che, con riferimento all'omesso conferimento del TFR, ricostruiscono il rapporto tra lavoratore iscritto al fondo e datore di lavoro in termini di delegazione di pagamento, deducendone che “il fallimento del datore di lavoro determina lo scioglimento del contratto di

Delegazione
di pagamento

delegazione per fallimento del mandatario, con la conseguenza che il lavoratore, al fine di recuperare le quote di Tfr trattenute dal datore di lavoro e non versate al Fondo pensione, deve essere ammesso allo stato passivo del fallimento” (Trib. Napoli Nord, n. 13606 del 15 luglio 2015).

Analogamente, premesso che “Ai sensi dell’art. 1270 1° comma c.c., il delegante può revocare la delegazione sino a quando il delegato non abbia assunto l’obbligazione nei confronti del delegatario, o non abbia eseguito il pagamento”; e che “la richiesta giudiziale di pagamento del controvalore non versato, da parte del lavoratore, deve essere valutata alla stregua di una implicita revoca della delegazione di pagamento”, se ne deduce che “in tal caso” può accogliersi la domanda di pagamento, proposta anche in proprio vantaggio dal lavoratore. Con l’opportuna precisazione che “Laddove... il lavoratore spieghi domanda di accertamento dell’obbligo di pagamento e di condanna, in capo al datore di lavoro, in favore del Fondo pensione, tale pretesa costituisce richiesta di condanna in favore di terzi” (Trib. Milano 24 gennaio 2020, n. 170 e 6 aprile 2020, n. 540; Trib. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808).

Altra e diversa sarebbe la conclusione, ove non di una delegazione di pagamento si trattasse, ma di cessione di credito futuro: nel qual caso deve ritenersi che la titolarità sarebbe da riconoscersi al fondo cessionario) (Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626).

Né all’affermazione della legittimazione attiva del lavoratore si perviene ricorrendo all’istituto dell’azione surrogatoria, *ex art.* 2900 c.c., la cui dinamica prevede che il lavoratore, in qualità di creditore del Fondo pensione (e non del datore di lavoro) per la futura prestazione pensionistica (e non per il contributo di previdenza complementare), per neutralizzare “gli effetti pregiudizievoli che possano derivare alle sue ragioni dall’inerzia del fondo pensione, non avendo legittimazione attiva per il recupero delle somme accantonate per Tfr dal datore di lavoro e non versate al Fondo medesimo, esercita i diritti e le azioni ad esso spettanti, suo debitore, verso i terzi” (Trib. Novara 2 luglio 2019, n. 157; Trib. Napoli Nord 2 ottobre 2015, n. 707).

In un terzo filone può collocarsi quella giurisprudenza che, argomentando dalla necessaria trilateralità del rapporto di previdenza complementare, afferma la indefettibile “partecipazione al giudizio di tutti i soggetti dello stesso (azienda, lavoratore e fondo pensione) in una causa avente ad oggetto l’omesso versamento di contributi in favore di una forma pensionistica collettiva” (Trib. Reggio Calabria n. 1714/2013); anche in questo caso, con la precisazione che “la condanna al versamento delle quote di TFR (trattenute in busta paga e non versate) emessa a carico del resistente – in virtù dell’adesione – dispiega effetti immediati e diretti in favore del Fondo di Previdenza ed effetti solo mediati ed indiretti in favore del ricorrente” (Trib. Roma n. 10489/2016; Trib. Napoli n. 5294/2017; Trib. Palermo nn. 1273 e 1274/2018).

Cessione
di credito
futuro

Azione
surrogatoria

Contitolarità
e litisconsorzio
necessario

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

Atti
di disposizione
del credito
contributivo

A conclusione di queste sintetiche riflessioni, va osservato che la tematica qui discussa rivela tutta la sua problematicità con riferimento agli atti di disposizione del credito contributivo, ove si consideri che l'attribuzione esclusiva della sua titolarità al fondo pensione, e comunque il suo disconoscimento in capo al lavoratore, renderebbe gli eventuali atti dispositivi incondizionatamente validi: essi infatti non ricadrebbero nella sfera di applicazione né dell'art. 2115 c.c. – applicabile alla sola contribuzione sociale obbligatoria –, né dell'art. 2113 c.c. – applicabile ai soli diritti dei lavoratori (sul punto, v. pure avanti).

D'altro canto, nelle controversie in cui si discute dell'ammissione allo stato passivo, del credito di un lavoratore relativo a contributi di previdenza complementare non versati dal datore di lavoro al fondo pensione, ovvero di cui si chiede il riscatto a seguito di scioglimento o liquidazione del fondo (assimila i due casi, Cass., S.U., n. 16084/2021,) si pone tipicamente il tema dell'ammissione del credito in via privilegiata ai sensi dell'art. 2751-*bis* c.c.: questione in relazione alla quale torna ad essere essenziale la qualificazione retributiva o previdenziale del contributo datoriale.

Inapplicabilità
del privilegio
"retributivo" ...

Sulla questione ha messo un punto il recente arresto delle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16084/2021, in cui, riconfermandosi la teoria "previdenzialista" (e richiamandosi, sul punto, Cass. n. 4684/2015), si esclude l'applicabilità all'obbligazione contributiva datoriale del privilegio generale sui beni mobili stabilito per i soli crediti retributivi dall'art. 2751-*bis* c.c.

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

3. Inapplicabilità delle norme previdenziali “pubblicistiche” in materia di contribuzione sociale

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

A tale ultimo proposito, la citata Cass., S.U., n. 16084/2021, oltre ad aver ribadito l’esclusione del privilegio applicabile ai crediti retributivi, ha escluso anche che possa applicarsi al credito contributivo di previdenza complementare il privilegio sancito dall’art. 2753 c.c., essendo tale norma riferita “ai soli crediti derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi speciali ... che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia ed i superstiti”.

... e anche di quelli “previdenziali”

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

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

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

Inapplicabilità degli obblighi pubblicistici accessori

Rinunce
e transazioni

Venendo a tema di maggior sostanza, è opinione diffusa che non trovi applicazione con riferimento alla contribuzione di previdenza complementare, l'art. 2115, co. 3, c.c., alla cui stregua è nullo qualsiasi patto (o atto) diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza; trova in suo luogo applicazione l'art. 2113 c.c., il quale peraltro non presuppone la natura retributiva, ma semplicemente "lavoristica", dei diritti oggetto di disposizione. Va peraltro anche in questa sede osservato che la norma di tutela contro gli atti dispositivi dei lavoratori sarebbe vanificata ove si accedesse alla tesi secondo cui la titolarità del credito contributivo di previdenza complementare spetterebbe al fondo pensione e non al lavoratore (v. sopra).

La ripartizione
dell'obbligo
contributivo tra
datore di lavoro
e lavoratore

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

Quanto alla regola secondo cui l'obbligo contributivo si ripartisce in maniera paritetica tra datore di lavoro e lavoratore, contenuta nel comma 1 del citato art. 2115 c.c., essa, quand'anche fosse riferibile alla previdenza complementare, sarebbe sostituita da quella, di analogo tenore, contenuta nell'art. 8 del d.lgs. n. 124/1993, che, nell'individuare i soggetti onerati del finanziamento dei fondi pensione destinati a lavoratori subordinati o parasubordinati, fa riferimento non solo ai "destinatari", ma "anche" al "datore di lavoro" (comma 1), curando anche di precisare che "le fonti istitutive ... determinano le quote a carico del datore di lavoro e del lavoratore".

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

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

Nel caso dei fondi con soggettività o personalità giuridica, in luogo della norma pubblicistica opererà l'autonomia privata, che potrà ricorrere all'accollo con liberazione del debitore (c.d. "privativo") (art. 1273, co. 2, c.c.), ma anche a quello semplicemente cumulativo (art. 1273, co. 3), o ancora più semplicemente alla delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.). All'applicazione della disciplina dell'accollo con liberazione del debitore, conseguirebbe che, in caso di inadempimento datoriale all'obbligazione contributiva, il lavoratore potrebbe adempiere in

sua vece per l'intera contribuzione, anche quella a suo carico, ai sensi dell'art. 1180 c.c. ("adempimento del terzo"), surrogandosi eventualmente al fondo *ex art.* 1201 c.c.; mentre il fondo non potrebbe agire nei confronti del lavoratore, ma solo nei confronti del datore di lavoro.

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

Inapplicabilità delle sanzioni pubblicistiche

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

Per la medesima ragione, ossia per lo stretto collegamento sussistente nel sistema obbligatorio tra il regime della prescrizione dei crediti contributivi e il principio dell'"automaticità delle prestazioni", deve escludersi, in generale, che la disciplina della prescrizione dei crediti contributivi di previdenza obbligatoria – peraltro avvicinata, almeno nella durata dei termini, a quella comune, dall'art. 3, co. 9 e 10, legge n. 335/1995 – possa applicarsi, anche solo per analogia, ai contributi di previdenza complementare: troverà invece applicazione la disciplina comune, *ex art.* 2948, n. 4, c.c. (in tal senso, Cass. n. 524/1998).

Inoperatività del principio di automaticità delle prestazioni e regime della prescrizione

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

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

Va poi ricordato che nella disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali obbligatori si registra una dialettica tra la *ratio* dell'istituto, che è quella di garantire la certezza dei rapporti giuridici, e l'interesse degli enti previdenziali alla tutela dei propri crediti e al contrasto dell'evasione contributiva; dialettica che ha prodotto, in tempi recenti, una "inversione di tendenza" rispetto al tradizionale *favor* per gli enti previdenziali, esitata nella drastica contrazione dei termini, sostanzial-

mente riallineati ... al termine quinquennale previsto, in via generale, dall'art. 2948, n. 4, c.c.

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

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

Inapplicabilità
delle norme
sulla
prescrizione
dei crediti
retributivi

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

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

4. *Il rito processuale applicabile*

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

Applicabilità del
rito del lavoro
alla previdenza
contrattuale

La specifica previsione di rinvio di cui all'art. 442, co. 2, c.p.c. – accomunando peraltro la disciplina dei contributi a quella delle prestazioni – convalida la specifica collocazione sistematica della previdenza contrattuale, in un'area disciplinare distinta sia da quella della previdenza pubblica che da quella del rapporto di lavoro: infatti l'applica-

zione del rito del lavoro è stabilita mediante un rinvio distinto da quello operato nel comma 1 con riferimento alla previdenza obbligatoria; il rinvio di cui al comma 2, invece, riguarda “le controversie relative all’inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti e accordi collettivi”.

Ci si chiede se il rinvio valga anche per la previdenza complementare basata su accordi tra lavoratori subordinati o autonomi, *ex art. 3, co. 1, lett. a), 2a parte; lett. b)*: un’interpretazione meramente letterale potrebbe indurre alla risposta positiva, sulla base della considerazione che gli accordi in parola sono pur sempre “collettivi”, anche se non sono contratti “di scambio” (bensì plurilaterali o “di organizzazione”).

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

E infatti, se la giurisprudenza non ha esitato a includere nel rinvio le controversie di previdenza contrattuale dei lavoratori “parasubordinati” (Cass. n. 364/1980), ha tuttavia affermato che “il secondo comma dell’art. 442 c.p.c. ... si riferisce a forme di assistenza e di previdenza che siano a carico anche del datore di lavoro e pertanto non è invocabile ... in ordine a controversie concernenti prestazioni erogate da una associazione di lavoratori dipendenti ... in favore dei soggetti che ad essa hanno volontariamente aderito” (Cass. n. 462/1985); *a fortiori*, ciò deve valere per forme di previdenza negoziale destinate a lavoratori senza datore di lavoro, in quanto non subordinati (“né parasubordinati”).

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

Questo può avvenire in virtù dell’applicazione analogica (o se si vuole, adeguatrice) dell’art. 442, co. 2, c.p.c., sussistendo sicuramente, almeno nell’ordinamento attuale, un comune principio stipite tra la previdenza complementare dei lavoratori subordinati e quella degli altri lavoratori, o addirittura “non lavoristica” (art. 8, co. 1, 3° per., d.lgs. n. 252/2005).

Quanto alle forme pensionistiche individuali, la questione, per un verso, rimanda a quella dell’applicabilità del rito previdenziale ai lavoratori autonomi; e per l’altro, pare potersi risolvere positivamente, anche sotto il profilo dell’omissione contributiva, quanto meno, in caso di adesione collettiva di lavoratori dipendenti a un fondo pensione aperto.

I lavoratori
non subordinati

Le forme
pensionistiche
individuali