



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto della Previdenza Complementare

IL RISCATTO PER DECESSO ANTICIPATO

RELATORE

Prof. Pasquale Sandulli

CANDIDATO

Fabiana Montanari

Matr. 098773

CORRELATORE

Prof. Raffaele Fabozzi

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

*A mia madre,
che mi ha indicato il cammino.*

INDICE

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO I.....	11
RAPPORTI TRA PREVIDENZA COMPLEMENTARE E PREVIDENZA DI BASE	11
I.I Le origini della previdenza	11
I.II I tre pilastri	13
I.III La finalità della previdenza complementare nella formulazione dell'art. 1, comma 1° del D.Lgs. n. 252/2005.....	17
I.IV Vigilanza e controllo della previdenza complementare.....	20
I.V Contratti di assicurazione sulla vita e previdenza complementare	23
CAPITOLO II	37
I SOGGETTI DESTINATARI DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE	37
II.I Configurazione soggettiva della previdenza complementare.....	37
II.II Adesione del fiscalmente a carico.....	46
II.III Riflessioni sull'adesione dei pensionati	49
II.IV Il principio di libertà nell'ambito dell'adesione alla previdenza complementare.....	50
II.V Autonomia collettiva e fondi pensione aperti	54
CAPITOLO III.....	57
EVENTI TUTELATI DALLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DEL DECESSO ANTICIPATO	57
III.I Le prestazioni previdenziali in favore dei superstiti nella previdenza di base.....	57
III.II Il regime delle prestazioni nell'ambito della previdenza complementare.....	62
III.III Requisiti di accesso e modalità di erogazione.....	68
III.IV Le anticipazioni nella previdenza complementare.....	73
III.V Il riscatto della posizione individuale in caso di decesso anticipato dell'aderente al fondo pensione.....	78

III.VI La validità delle designazioni effettuate nel regime del D.Lgs. n. 124/1993 92

BIBLIOGRAFIA..... 95

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha come oggetto l'analisi della fattispecie del riscatto per decesso anticipato del soggetto aderente al fondo pensione, che si inquadra nell'ambito della previdenza complementare di cui al D.Lgs. n. 252/2005.

Nel primo capitolo, l'indagine prende le mosse dal ruolo assunto, nel nostro ordinamento, dalla previdenza di base ispirata al concetto di "sicurezza sociale", come diritto costituzionalmente riconosciuto ad ogni individuo al dichiarato scopo di garantire, in maniera sempre più spiccata, il rispetto della dignità della persona e, in particolare, della sua "libertà dal bisogno".

L'emersione di nuove esigenze da parte dei privati che, anche di recente, hanno interessato il diritto del lavoro e quello previdenziale ha favorito la diffusione della previdenza complementare che, attualmente, si affianca a pieno titolo a quella di base.

La formula con cui si apre l'art. 1 del citato D.Lgs. n. 252/2005 pone, anzitutto, la questione dell'inquadramento costituzionale della previdenza complementare e del nesso funzionale con la previdenza sociale obbligatoria.

Costituisce valutazione generalmente condivisa quella secondo cui ha giocato un ruolo fondamentale l'esigenza di ridurre la spesa pubblica e di superare, almeno in parte, il sistema della gestione previdenziale a ripartizione, facendo transitare quote di trattamenti pensionistici verso fondi operanti a capitalizzazione. Si è trattato, in altri termini, di una riduzione dei livelli delle prestazioni garantiti dalla previdenza sociale obbligatoria e dell'affidamento a forme di solidarietà collettiva della garanzia del mantenimento del tenore di vita raggiunto dai lavoratori durante la vita attiva.

Nonostante la sua veste privatistica, si è evidenziato che la previdenza complementare è funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico posto che il controllo è di competenza di organi di vigilanza istituzionali, quali la Covip e l'Ivass, con compiti ben specifici a tutela dei singoli investitori.

Ne consegue il coinvolgimento nel rapporto previdenziale complementare di tre attori: innanzitutto, il lavoratore, la forma pensionistica di tipo complementare e lo Stato, che funge da regolatore e da garante della suddetta relazione, rappresentato nel dettaglio dall'organo di vigilanza e controllo, ovvero la Covip, in quanto giudice esterno.

Gli strumenti di previdenza privata possono essere attuati secondo due diverse modalità, ossia mediante l'adesione su base individuale a fondi pensione aperti o attraverso la stipulazione di piani pensionistici individuali di matrice assicurativa noti nella prassi come PIP.

Con particolare attenzione ai PIP, si è posto in evidenza il duplice scopo da essi perseguito ovvero, da una parte, quello di incentivare la concorrenza tra le forme pensionistiche complementari e,

dall'altra, quello di garantire al potenziale aderente la piena libertà di scegliere, tra quelli offerti sul mercato, lo strumento più adatto alle proprie esigenze previdenziali.

Ciò ha, pertanto, favorito una tendenziale equiparazione tra le diverse forme di previdenza complementare, previste nel nostro ordinamento, così acquistando il medesimo "rango" degli altri strumenti di previdenza privata, ossia dei fondi pensione.

Ma la novità, così come analizzato nel secondo capitolo, risiede nel fatto che l'adesione alle forme pensionistiche individuali, anche di tipo assicurativo, è aperta anche a chi sia privo di redditi di lavoro o d'impresa e, dunque, estraneo al mondo del lavoro.

L'art. 2 del D.Lgs. n. 252/2005 individua, in maniera non tassativa, i destinatari della previdenza complementare; sono essi tutti i lavoratori dipendenti, pubblici e privati, indipendentemente dal tipo di contratto di assunzione, i lavoratori autonomi, i soci lavoratori di cooperative e le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari con la conseguenza che a beneficiare della previdenza complementare possono essere anche le persone che svolgono lavoro "casalingo", nonché i soggetti fiscalmente a carico e i pensionati.

Unica condizione prescritta dal legislatore, al fine della liquidazione delle varie forme di previdenza complementare, è che "*si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base*", ex art. 13 D.lgs. n. 252/2005.

Dopo aver analizzato la disciplina, il ruolo, i punti di criticità e le finalità perseguite dalla previdenza complementare, nel terzo e conclusivo capitolo della tesi l'attenzione si pone sulla tematica del decesso anticipato dell'aderente ad una forma pensionistica complementare prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, così come espressamente disciplinata dall'art. 14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005.

Trattasi, in particolare, di un evento di valenza negativa, che impone la ricerca di un soggetto fruitore delle prestazioni diverso rispetto al suo originario titolare.

Detta norma, destando non pochi problemi di natura interpretativa, si riferisce agli *eredi* ovvero ai *diversi beneficiari designati* dall'aderente stesso.

Il termine *eredi* si riferisce a coloro che per legge o anche per testamento subentrano nell'intero o in una quota dell'asse patrimoniale del de cuius; cosicché sono tali e possono legittimamente esserlo anche parenti meno stretti e, dunque, persone estranee alla parentela.

Il termine *beneficiario* non attribuirebbe, a differenza degli eredi, alcuno specifico status al soggetto designato. Tale singolare opzione legislativa ingenera una certa confusione con i contratti di assicurazione sulla vita ove, evidentemente, il beneficiario è figura tipica.

Lo schema negoziale che, dunque, si viene a creare appartiene alla categoria delle successioni anomale contrattuali, caratterizzate da una serie di negozi giuridici *inter vivos*, definiti *trans mortem*, utilizzabili in alternativa rispetto al testamento.

Tale fenomeno ha decisamente scalfito il principio di unità della successione, che continua, tuttavia, a costituire un principio di applicazione generale. Si è, tuttavia, evidenziato che le ipotesi di successioni anomale conosciute dal nostro ordinamento sono tassative e inderogabili.

È evidente che la disciplina, così come tratteggiata dal legislatore del 2005, privilegia l'elemento della volontà e dell'autonomia contrattuale o testamentaria per consentire all'interessato di poter liberamente disporre delle proprie risorse economiche per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

Ciò presenta delle differenze rispetto alla previdenza di base ove, invece, sono primariamente favoriti i familiari.

CAPITOLO I

RAPPORTI TRA PREVIDENZA COMPLEMENTARE E PREVIDENZA DI BASE

I.1 Le origini della previdenza

Come ogni altra forma di tutela, anche la previdenza ha una sua origine specifica, ma in realtà la sua nascita avviene in maniera spontanea come fattispecie della naturale solidarietà tra simili, ancor prima di essere identificata come disciplina autonoma ed essere regolata tramite apposite leggi.

La previdenza, infatti, si rifà al concetto di “sicurezza sociale” come diritto spettante ad ogni individuo appartenente ad una comunità; solo nel tempo, quest’ultima verrà organizzata e concertata da una figura *super partes* quale lo Stato, il cui compito è proprio quello di garantire il rispetto della dignità della persona ed in particolare della sua “libertà dal bisogno”.

Infine lo slancio determinante per il rafforzamento della tutela è stato sancito definitivamente come interesse pubblico nella predisposizione della Costituzione italiana. Fondamentalmente tale tutela si traduce nella possibilità di avere a disposizione “mezzi adeguati alle esigenze di vita”¹, soprattutto nel momento in cui non si è più in grado, per malattia o per vecchiaia, di mantenersi svolgendo un’attività lavorativa remunerata.

Nel tempo lo Stato è dunque chiamato a giocare un ruolo fondamentale, anche se le prospettive future identificano come soluzione ottimale un sistema misto che prevede, a fianco di strumenti pubblici per l’erogazione di prestazioni previdenziali, forme di tutela private su scelta volontaria e relegate completamente al libero arbitrio del singolo.

Le strutture pubbliche, infatti, hanno risorse disponibili limitate e sempre più messe in difficoltà dalle nuove condizioni di speranza di vita che implicano il mantenimento di una base di pensionati sempre maggiore ed erogazioni via via più prolungate nel tempo.

Ad oggi il sistema previdenziale è fondato su tre pilastri: uno pubblico obbligatorio, a fianco ad esso quello complementare collettivo, di categoria, e un ultimo tipo di previdenza individuale integrativa, costituito da fondi pensione ad adesione individuale e polizze assicurative previdenziali, denominate Pip.

La libertà dal bisogno trova fondamento nel principio di uguaglianza nella sua accezione sostanziale: come principio teso a parificare i cittadini davanti alla legge tramite la rimozione degli

¹ Art. 38, comma 2, Costituzione Italiana. 1947.

ostacoli di ordine economico e sociale, non limitandosi a rimedi compensatori rivolti ai soggetti più deboli.

La sicurezza sociale, nel suo significato profondo, riguarda l'impegno dello Stato a realizzare un interesse indivisibile, quello della collettività, dando rilievo alla persona umana mediante la tutela del singolo.

La libertà dal bisogno non può essere perseguita dai singoli, ma deve essere realizzata da tutta la collettività, la cui organizzazione spetta allo Stato.

Il "rapporto giuridico fondamentale" si qualifica come "quel rapporto che ha come contenuto l'obbligazione dell'ente previdenziale all'erogazione delle prestazioni, da un lato, e dall'altro il correlato diritto del beneficiario; e che si costituisce (realizzatosi l'evento considerato dalla legge) a seguito del provvedimento amministrativo di ammissione del soggetto protetto al godimento delle prestazioni previdenziali suddette"².

Quindi l'interesse sostenuto tramite l'imposizione di obbligazioni non coincide con quello dei soggetti obbligati e, di conseguenza, non si può parlare di "corrispettività" delle obbligazioni. Secondo tale ottica viene, pertanto, esclusa la possibilità di un'interdipendenza tra l'obbligazione contributiva ed il diritto delle prestazioni, propria invece della concezione assicurativa pura.

L'inesistenza di una corrispettività tra contributi e prestazioni previdenziali è poi confermata dal fatto che se il rapporto previdenziale si costituisce automaticamente al verificarsi di una situazione che implichi un obbligo contributivo, è anche vero che tale obbligo non ha rilevanza particolare se non solamente come sintomo di talune condizioni, in presenza delle quali scaturisce il diritto alla prestazione previdenziale stessa³.

È proprio l'automaticità della prestazione che ne deriva (che le prestazioni previdenziali siano dovute anche quando il datore di lavoro non abbia effettivamente versato i contributi maturati), che rende obbligatoria ed indisponibile la tutela assicurativa in ambito previdenziale e ne conferma la sua rilevanza pubblica.

Tale principio ha ormai trovato attuazione completa, prevedendone l'esistenza anche nei casi di tutela per invalidità, vecchiaia e ai superstiti.

Nel tempo si può osservare come sia avvenuta una graduale riconversione del sistema previdenziale a strumento di redistribuzione di ricchezza, secondo il quale la contribuzione non è soltanto una forma di risparmio accantonato per l'evento della propria vecchiaia o forzata inattività, bensì un prelievo forzoso, destinato ai fini di protezione collettiva per situazioni di bisogno socialmente rilevanti.

² Cinelli, M., *Diritto della previdenza sociale*. Torino. G. Giappichelli Editore. 2012. Pag. 17 e ss.

³ Persiani, M., *Diritto della previdenza sociale*. Padova. Cedam. 2009. Cap II pag. 47 e ss.

Concludendo, si può affermare che il sistema giuridico della previdenza sociale è espressione pura del principio di solidarietà nazionale, cioè tra chi lavora e chi invece non potendo lavorare si trova in condizioni di bisogno ovvero tra chi produce e tra chi ha contribuito con il suo lavoro a tale produzione.

Tale solidarietà nazionale è concertata ed attuata dallo Stato. D'altra parte, la liberazione dal bisogno richiede l'adozione da parte del Legislatore di iniziative di carattere positivo, ovvero un intervento diretto dello Stato indirizzato a un fine specifico.

Espressione tipica dell'azione sociale dello Stato è la "previdenza sociale" e trova riscontro nella estensione delle funzioni dello Stato, essendo destinata ad influenzare non solo la previdenza, ma in genere ogni attività pubblica a scopo sociale⁴.

Come impone l'art. 38 Cost., la realizzazione del programma di previdenza deve avvenire ad opera dello Stato, che è tenuto non solo a predisporre gli organi e gli istituti necessari, ma anche ad integrarli, deve cioè tendere all'effettiva realizzazione della tutela dei soggetti protetti.

Le politiche dello Stato Sociale, però, si possono estendere solo fino a quanto le risorse finanziarie disponibili glielo consentono; naturalmente, alla luce dei nuovi scenari socio-economici, le funzioni svolte dalle istituzioni pubbliche sono state oggetto di ridimensionamenti e di calibro delle misure adottate.

Le prospettive future sembrano trovare il giusto collocamento nel cosiddetto *Welfare Mix* che prevede a fianco degli strumenti pubblici un maggior coinvolgimento del circuito privato, relegando sempre più l'intervento pubblico ad un ruolo di sussidiarietà.

I.II I tre pilastri

La funzione previdenziale affidata alle strutture pubbliche trova un limite nelle risorse disponibili: quelle prestazioni che tendono a garantire i "mezzi adeguati alle esigenze di vita", come recita l'art. 38 della Costituzione, alla luce della scarsità di risorse a disposizione dello Stato, sulle cui casse grava un debito pubblico sempre più pesante, saranno in grado di coprire bisogni sempre più essenziali.

Nasce così l'esigenza di tutelare un interesse privato dei lavoratori a più elevati livelli di protezione, ovvero di garantirsi il tenore di vita proprio della fase attiva, anche dopo il pensionamento.

Come spiega Cinelli⁵, questo era avvenuto in un primo tempo tramite i regimi previdenziali integrativi ad opera dell'autonomia collettiva che provvedono all'erogazione di prestazioni previdenziali talora integrative rispetto a quelle dei regimi pubblici o addirittura sostitutive nei casi

⁴ *Previdenza sociale*. www.treccani.it.

⁵ Cinelli, M., *Diritto della previdenza sociale*. Torino. G. Giappichelli, 2012. Pag. 353-385.

in cui non è maturato alcun diritto alla pensione; in tal senso si parla di previdenza complementare.

Infatti in passato la legge aveva consentito per alcune realtà contraddistinte da stabilità contrattuale e retribuzioni sopra la media, l'istituzione di regimi previdenziali aziendali esonerativi, ovvero sostitutivi del regime generale gestito dall'Inps. Ora tali regimi sono soppressi e ricondotti a regimi integrativi.

In un secondo momento, invece, i lavoratori cominciano a provvedere autonomamente a forme previdenziali integrative esercitando il loro diritto di libertà e rivolgendosi pertanto all'assistenza privata e alla mutualità volontaria, quali fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali.

Il livello di tutela complessivo che lo Stato è tenuto a garantire per vincolo costituzionale dunque, oggi più che mai, è dato dall'integrazione e dall'interrelazione degli strumenti pubblici con quelli privati, in un sistema a "struttura binaria"⁶, che vede l'ingresso della previdenza complementare, di matrice privatistica, accanto alla previdenza pubblica.

Fondamentale in questo senso è il Decreto Legislativo n. 124 del 21 aprile del 1993 che, con l'obiettivo di riordinare il sistema previdenziale e riequilibrare il rapporto tra spesa pubblica ai fini previdenziali e prodotto interno lordo, sancisce l'importanza ed incoraggia la costituzione di forme di previdenza che erogino trattamenti pensionistici complementari a quelli già previsti dalla tutela dello Stato.

Si scorge, dunque, affianco alla previdenza di tipo istituzionale, una forma complementare collettiva, costituita dai fondi negoziali, e poi una forma di tipo individuale dove trovano spazio i fondi pensione ad adesione individuale e i piani pensionistici individuali (pip) di matrice assicurativa.

C'è chi rileva che il carattere della complementarità rispetto alla previdenza pubblica si abbini alle prestazioni ma non alle funzioni di tali regimi, in quanto realizzano interessi esclusivamente privati in contrasto con l'idea di sicurezza sociale.

Nonostante quest'ultima osservazione, si può affermare, però, che le tre diramazioni del sistema previdenziale si possano ricondurre ad un unico filone, in quanto accumulate dal medesimo fine ultimo: assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale.

In Italia la materia della previdenza complementare è stata oggetto di numerose manovre da parte del Governo, sino ad approdare alle più recenti riforme introdotte dal D lgs. n. 252/ 2005.

Il D.Lgs. n. 252/2005, infatti, apporta rilevanti innovazioni alla disciplina della previdenza complementare. Il primo dubbio che si pone l'interprete è se le novità della riforma abbiano alterato la fisionomia della materia in modo tale da modificarne i connotati strutturali di fondo o se, invece, si tratti di modifiche settoriali che si innestano su di un assetto istituzionale già

⁶ Cinelli, M. *Diritto della previdenza sociale*. Torino, G. Giappichelli, 2012. Pag.20.

definito. La questione è complicata anche dalle particolarità della disciplina della previdenza complementare, frutto di innumerevoli aggiustamenti in corso d'opera. A rendere ancora più complesso il quadro, contribuisce senz'altro il dibattito ancora aperto circa le finalità della previdenza complementare e la sua collocazione nell'ambito della previdenza sociale garantita dall'art. 38, comma 2, Cost. o della previdenza privata libera, secondo il disposto del comma 5 del medesimo articolo. Il D.Lgs. n. 252/2005, è utile sottolinearlo sin da ora, riproduce, modificandolo secondo le linee di riforma delineate nella l. n. 243/04 la struttura del suo antecedente normativo, il D.Lgs. n. 124/93, sicchè ad una prima rapida lettura parrebbe che l'assetto di fondo della materia sia rimasto immutato. Ma si tratta, come accennato sopra, di una valutazione tutta da verificare alla luce delle rilevanti e discusse novità che investono la materia.

Milita a favore di una lettura continuista della normativa la l. n. 243/04, nella quale si enunciano le finalità della riforma. Queste sono riconducibili al principale criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 243/04 *“sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari”* prevedendo che siano adottate misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali; che sia uniformato il sistema di vigilanza sull'intero settore della previdenza complementare e siano semplificate le procedure amministrative.

Considerate le limitate finalità della legge delega⁷, pare corretto privilegiare l'interpretazione che si ponga in linea di maggiore continuità con la disciplina previgente, quanto meno sugli aspetti non espressamente presi in considerazione dal legislatore delegante⁸.

Prima di analizzare nel dettaglio il contenuto della norma, è quindi utile riepilogare le linee di fondo del sistema della previdenza complementare, per verificare se esse siano rimaste immutate o se debbano essere riconsiderate. Già dall'analisi del primo elemento fondante della materia – l'origine privata e negoziale della previdenza complementare⁹ - emergono infatti alcune novità. Accanto agli ormai tradizionali fondi pensione chiusi e aperti e alle forme pensionistiche complementari individuali realizzate mediante contratti di assicurazione sulla vita, già previsti dal D.Lgs. n. 124/1993, altre forme pensionistiche possono essere istituite da enti diversi e ulteriori rispetto a quelli precedentemente previsti dal legislatore. In particolare la legge attribuisce il ruolo

⁷ Rileva Pandolfo, Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare, commento del D. lgs n. 252/2005, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, I, pag. 145, che la legge delega contenuta nel comma 50 dell'art. 1 l. n. 243/04, riguardante la predisposizione di un testo unico in materia, non richiamata nel preambolo del d. lgs. 252/2005, onde sussiste un rilevante dubbio di costituzionalità per eccesso di delega circa la possibilità di apportare innovazioni ulteriori rispetto a quelle delineate nel comma 1 dell'art. 1 della legge delega. Ciò anche perché la delega per l'emanazione di un testo unico non contiene principi e criteri direttivi ulteriori rivolti ad innovare la materia, e sembrerebbe quindi fare riferimento ad un testo unico meramente compilativo-ricognitivo della disciplina vigente.

⁸ Pandolfo, *Prime osservazioni sulla nuova legge*, cit., pag. 148.

⁹ Osservava Bessone, *Previdenza complementare*, Torino, 2001, pag. 10 ss., che “ogni forma pensionistica complementare, e perciò ogni e qualsiasi fondo pensione sono iniziativa che origina da atti di autonomia di soggetti privati, volta a volta contratti collettivi o “accordi” di altro genere o atti regolamentari ma pur sempre atti di autonomia a carattere negoziale”. In argomento anche Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*. Milano, 2001, pag. 2.

di soggetto istitutore alle Regioni. È opportuno sottolineare come la questione sia stata definita un equivoco¹⁰, consistente nel fatto che il legislatore ha confuso la potestà legislativa concorrente riconosciuta dall'art. 117 della Cost. in materia di previdenza complementare e integrativa, con l'attribuzione del diverso diritto da parte delle Regioni di istituire propri fondi pensione. In base al disposto costituzionale le Regioni, pur potendo legiferare sulla materia, devono comunque ritenersi soggette non solo ai principi fondamentali stabiliti dal legislatore nazionale¹¹, ma anche alle regole nazionali riguardanti l'ordinamento civile, la tutela del risparmio e i mercati finanziari¹². In ogni caso e tralasciando le perplessità che derivano dal fatto che la normativa sembrerebbe attribuire alle regioni contemporaneamente il ruolo di coregolatore della materia e di soggetto istitutore dei fondi pensione¹³, secondo la disciplina del D.Lgs. n. 252/2005, le forme pensionistiche eventualmente istituite dalle regioni sono soggette alla medesima disciplina normativa stabilita per i privati.

Alle Regioni si aggiungono gli enti previdenziali privatizzati e l'INPS, il quale deve istituire una forma pensionistica complementare destinata a operare in via residuale. La presenza di questi soggetti pubblici non sembra alterare il dato strutturale di fondo del carattere privato e negoziale della previdenza complementare, perché il loro ruolo è di carattere residuale e perché essi sono comunque vincolati a operare secondo le norme del decreto.

Secondo tratto fondamentale della disciplina, mantenuto e anzi rinvigorito dalla più recente riforma, è la libertà di adesione garantita ai singoli, che trova ora più ampia declinazione nella libertà di scelta della forma pensionistica a cui aderire.

Terzo è l'opzione manifestata sin dalla l. n. 421/92, verso i sistemi a capitalizzazioni, che escludono la possibilità di istituire nuove forme pensionistiche complementari a ripartizione. Tale limite risponde da un lato all'esigenza di preservare l'equilibrio finanziario dei fondi pensionistici complementari e dall'altro quella di realizzare l'obiettivo economico di carattere generale di far transitare una quota delle prestazioni previdenziali dal sistema a ripartizione, insostenibile nel lungo periodo a causa dell'invecchiamento della popolazione, a quello a capitalizzazione. Il vincolo, peraltro, era esplicitato nel D.Lgs. n. 124/1993, all'art. 7, comma 5, in base al quale l'entità delle prestazioni era determinata, tra l'altro, in conformità al principio della capitalizzazione, previsione questa che non ricompare nel nuovo testo del D.Lgs. n. 252/2005. Ciononostante si deve ritenere che l'opzione a favore dei sistemi a capitalizzazione permanga, sia perché prevista comunque dalla l. n. 421/92, sia perché la nuova legge delega non prevede alcun

¹⁰ Tursi, *La terza riforma della previdenza complementare*, pag. 425 ss.

¹¹ Tursi, *La terza riforma della previdenza complementare*, cit. pag. 521 ss.

¹² Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, 2007, cit. pag. 48 e pag. 53.

¹³ Pandolfo, *Una prima interpretazione della nuova legge*, cit., pag. 1241.

criterio direttivo in proposito, onde un'interpretazione della nuova normativa che ritenesse superato tale vincolo potrebbe ritenersi incostituzionale per eccesso di delega¹⁴.

Quarto elemento costitutivo della materia e strettamente connesso all'opzione per il sistema a capitalizzazione, è la scelta di riservare gli investimenti al mercato finanziario: ai fondi pensione non è concesso investire nel patrimonio immobiliare, che pure è stata la forma storica di investimento degli enti previdenziali.

Quinto tratto caratterizzante la materia è la tassativa indicazione contenuta nella legge delega n. 421/92, nel D.Lgs. n. 124/93 e ribadita dagli artt. 1 e 11, D.Lgs. n. 252/2005 delle prestazioni che possono essere erogate¹⁵ e il loro collegamento con il sistema pubblico e con l'età pensionabile da questa stabilita.

Fa da collante una normativa incompiuta, che costruisce un sistema fondato su più fonti regolatrici: alla legge si affiancano da un lato la contrattazione collettiva e un complesso sistema di normazione secondaria che si caratterizza per la presenza di provvedimenti governativi, atti di indirizzo, e regolamenti di vario genere, nonché per il ruolo svolto dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione, denominata COVIP. Ciò peraltro non ha affatto impedito che il sistema regolativo assumesse un carattere fortemente dirigistico, contraddistinto da una serie di vincoli e autorizzazioni. Carattere questo che contraddistingue quella italiana dalle normative degli altri Paesi, ove i margini di elasticità normativa sono superiori¹⁶ e che richiede una adeguata giustificazione e fondamento costituzionale.

I.III La finalità della previdenza complementare nella formulazione dell'art. 1 comma 1° del D.Lgs. n. 252/2005.

L'art. 1 del D.Lgs. n. 252/2005 si apre con una norma definitoria, in base alla quale il decreto disciplina *“le forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, ivi compresi quelli gestiti dagli enti di diritto privato di cui al D.Lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e al D.Lgs 10 febbraio 1996, n. 103, al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale”*. Tale formula, sia pure con l'aggiunta dell'inciso riferito agli enti di previdenza privatizzati, ricalca esattamente la norma già contenuta nel previgente D.Lgs. n. 124/93. La formulazione della norma di cui in parola è stata, inizialmente, definita troppo schematica e generica¹⁷ rispetto alla finalità di indicare quali sono le forme pensionistiche cui si

¹⁴ Pandolfo, *Prime osservazioni sulla nuova legge*, cit., pag. 148.

¹⁵ R. Pessi, *La previdenza complementare*, Padova, 1999, pag. 152.

¹⁶ Ferraro, *La problematica dei fondi pensione*, in *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 3 e spec. pag. 4.

¹⁷ Cit. Cinelli M., *sub art. 1*, pag. 168.

riferisce. Ma il giudizio è stato troppo severo perché si tratta di una “norma di scopo”¹⁸, che ben riflette la mancanza di un sufficiente assestamento della disciplina in materia, sia sul piano della regolazione del fenomeno, sia sul piano del suo inquadramento costituzionale. A ben guardare, le tutele che la previdenza complementare è destinata a realizzare appaiono ben delimitate dal carattere pensionistico delle stesse e dal loro collegamento con il raggiungimento dell’età pensionabile, di modo che la tutela è sostanzialmente incentrata sulla vecchiaia, mentre la protezione rispetto ad altri eventi generatori di bisogno come ad esempio l’invalidità, è solo eventuale e sussidiaria.

La formula con cui si apre l’art. 1 del D.Lgs. n. 252/2005 pone, anzitutto, la questione teorica dell’inquadramento costituzionale della fattispecie e dei suoi nessi con la previdenza sociale obbligatoria. I nessi che legano la previdenza pubblica a quella privata, e i limiti che quest’ultima può incontrare sono ancora oggetto di vivace discussione. Si può muovere dalla constatazione storica che la previdenza complementare è stata disciplinata in modo organico a partire dal 1993, con il D.Lgs. n. 124/1993, poi modificato varie volte alla ricerca dell’assetto ottimale della materia, in stretta connessione con l’avvio delle riforme della previdenza sociale obbligatoria. È valutazione generalmente condivisa quella secondo cui ha giocato un ruolo fondamentale in questo processo l’esigenza di ridurre la spesa pubblica e di superare, almeno in parte, il sistema della gestione previdenziale a ripartizione, facendo transitare quote di trattamenti pensionistici verso fondi operanti a capitalizzazione. Si è trattato, in altri termini, di una riduzione dei livelli delle prestazioni garantiti dalla previdenza sociale obbligatoria e dell’affidamento a forme di solidarietà collettiva della garanzia del mantenimento del tenore di vita raggiunto dai lavoratori durante la vita attiva. Proprio il nesso funzionale tra riduzione della previdenza pubblica e sviluppo di quella complementare giustifica l’originaria riserva della materia all’area del mondo del lavoro.

Nel corso degli anni ’90 e, con maggiore convinzione a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 393/00, il diritto vivente ha sostanzialmente inquadrato la previdenza complementare nell’alveo del comma 2 dell’art. 38 Cost. dopo aver manifestato inizialmente prudenza¹⁹. A partire dal 1995, la Corte Costituzionale ha affermato che “*non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 e, via via confermata nei successivi interventi, di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest’ultima nel sistema dell’art. 38, comma 2, della Costituzione*”²⁰. Alla posizione della Corte costituzionale si è praticamente, e sia pure con diversi distinguo, allineata tutta la

¹⁸ Bessone M., *Previdenza complementare*, cit., pag. 7.

¹⁹ L’espressione è di R. Pessi, *La previdenza complementare*, cit., pag. 119, riferita alla sentenza della Corte Costituzionale del 3 ottobre 1990, n. 427.

²⁰ Corte costituzionale 28 luglio 2000, n. 393, la quale afferma altresì che nel rammentato contesto normativo, in cui il nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare è stato voluto dal legislatore quale momento essenziale della complessiva riforma della materia.

dottrina, e può oggi considerarsi un dato acquisito che la previdenza complementare concorre con quella obbligatoria alla realizzazione degli obiettivi di cui al comma 2 dell'art. 38 della Costituzione.

A partire da questa osservazione comune sono state elaborate diverse valutazioni e si sono aperte differenti prospettive teoriche. Un primo orientamento ritiene che la disciplina previgente della previdenza sociale obbligatoria, basata sul mantenimento di una consistente percentuale della retribuzione percepita durante la fase della vita lavorativa avesse realizzato una tutela che andava oltre la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita o comunque oltre quanto finanziariamente sostenibile, per cui lo Stato si sarebbe ritratto, lasciando alla libera iniziativa collettiva ed in seguito individuale, la realizzazione di quell'istanza ulteriore del mantenimento del livello di reddito precedentemente raggiunto²¹. Si parla in questo senso di due interessi diversi: quello al livello previdenziale minimo e quello al mantenimento del tenore di vita precedente²². Questa lettura non comporta l'inquadramento della materia nell'alveo del solo comma 5 dell'art. 38 della Cost.; si afferma infatti che sussiste comunque un interesse riconosciuto dal comma 2 dell'art. 38 anche alla realizzazione del secondo dei suddetti interesse e che i due sistemi – obbligatorio e complementare – concorrono alla realizzazione del fine sociale della liberazione dal bisogno²³. A questo punto si aprono però più problemi di quanti se ne siano risolti: al di là della constatazione che in questo modo si deve necessariamente rinunciare alla tesi della necessaria riserva di monopolio pubblico della tutela previdenziale, si osserva che se la previdenza complementare concorre con quella pubblica alla realizzazione dei fini di cui all'art. 38, comma 2, Cost., si deve spiegare come e perché essa possa essere volontaria, ovvero come si possa giustificare la mancanza di tutela di quei lavoratori che per varie ragioni non possano o liberamente decidano di non aderire ai fondi privati²⁴.

Si è ulteriormente obiettato che la previdenza pubblica, anche a seguito delle riforme degli anni '90, ha mantenuto il suo carattere di strumento necessario e sufficiente per garantire prestazioni adeguate imposte dall'art. 38, comma 2 Cost., e che dunque l'attinenza a tale norma si spiega in ragione della finalità sociale perseguita, ma non può considerarsi legata all'adeguatezza delle prestazioni. Si è altresì affermato che la previdenza complementare mira solo al mantenimento del tenore di vita precedentemente raggiunto, e che si tratta di un'area residuale dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenza di risorse e/o per opzione politica socio-economica, non

²¹ In argomento Zampini, *La previdenza obbligatoria*, cit. pag. 19.

²² P. Sandulli, Welfare State, riforma pensionistica e sviluppo della previdenza complementare, in *La previdenza complementare*, a cura di Ferraro, cit. pag. 47, il quale parla di "contaminazione" tra le modalità pubbliche e le modalità private di soddisfazione del bisogno e per il quale la previdenza complementare è insieme a quella pubblica finalizzata alla liberazione dal bisogno, ma persegue un interesse – definito privato sociale – diverso da quello perseguito con la previdenza sociale pubblica.

²³ Treu, *La previdenza complementare nel sistema di sicurezza sociale*, Giuffrè, cit., pag. 10.

²⁴ Cinelli M., *Previdenza pubblica e previdenza complementare*, cit., pag. 108.

possono nel momento attuale essere soddisfatti direttamente dallo Stato²⁵. Entrambe le prospettive giungono alla conclusione che la previdenza complementare sarebbe dunque privata, ma funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico: la vigilanza ed i controlli a cui è soggetta si giustificerebbero in ragione della necessità di garantire effettività alla realizzazione di quegli interessi²⁶. Bisogna tener presente, poi, che le varie forme di previdenza complementare, oltre ad essere regolate dalla normativa, sono sottoposte al rigido controllo di organi di vigilanza istituzionali, quali la Covip e l'Ivass, con compiti ben specifici a tutela dei singoli investitori.

Il rapporto previdenziale complementare, quindi, vede il ruolo di tre attori coinvolti: il lavoratore prima di tutto, la forma pensionistica di tipo complementare e lo Stato, che funge da regolatore e da garante di tale relazione, rappresentato nel dettaglio dall'organo di vigilanza e controllo, ovvero la Covip, in quanto giudice esterno.

Per quel che concerne, invece, l'investimento vero e proprio, i fondi pensione, pubblici o privati, seguono tutti lo schema a "contribuzione definita", dove il rischio dell'investimento è interamente a carico dei partecipanti.

La spiegazione a ciò potrebbe risiedere nel fatto che se nel risparmio previdenziale pubblico è lo Stato che interviene in maniera paternalista nelle decisioni d'investimento, sostituendosi al singolo individuo, nel risparmio privato, invece, la buona resa dell'investimento dipende in toto dalle capacità del soggetto investitore.

I.IV Vigilanza e controllo della previdenza complementare

A differenza del settore della previdenza obbligatoria, quella complementare, data la sua natura privatistica, è sottoposta al controllo di vari organi di vigilanza: in primis la COVIP (Commissione di vigilanza sui fondi pensione), affiancata dall'IVASS (Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private) e da Banca d'Italia e dalla CONSOB (Commissione nazionale per la società e la Borsa).

Nata nel periodo delle riforme Amato nel 1993 e Dini nel 1995, la Covip è stata istituita nello specifico D. Lgs. n. 124/1993 per regolare il mercato della previdenza complementare ed attualmente ha sede a Roma, ma ha corso il rischio di essere soppressa.

Nel decreto di revisione della spesa pubblica, la tanto temuta "spending review" approvata da Senato e Camera ad agosto 2012 (Legge 95/2012), infatti, era stato incluso il progetto di eliminare Covip e Isvap mediante l'accorpamento nell'IRVAP, quale Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni e sul Risparmio Previdenziale²⁷.

²⁵ R. Pessi, *La previdenza complementare*, cit. pag. 9.

²⁶ R. Pessi, *La previdenza complementare*, cit. pag. 9 ss.

²⁷ Baselli V., *Spending Review, Covip salva*. Disponibile su www.trendonline.com

Tuttavia ad oggi la Covip è salva ad opera del D.lgs n. 130/2012 in vigore dal 23 agosto 2012, che adegua il nostro sistema alle normative UE ed implica l'instaurarsi di una relazione della Covip anche con l'EBA (Autorità bancaria europea), l'EIOPA (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e l'ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), che prevede una periodica trasmissione delle informazioni richieste in ambito comunitario²⁸.

Analizziamo nello specifico i compiti assegnati alla Covip, che è l'istituzione di maggior rilievo in materia²⁹:

- autorizzazione dell'esercizio delle attività dei fondi pensione;
- approvazione degli statuti e regolamenti dei fondi, nonché delle relative modifiche;
- accordo delle convenzioni per la gestione delle risorse dei fondi con gli intermediari abilitati;
- valutazione dell'attuazione dei principi di trasparenza nei rapporti con i partecipanti ai fondi;
- controllo sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile dei fondi, anche mediante ispezioni;
- programmazione ed organizzazione delle ricerche e rilevazioni nel settore della previdenza complementare anche in rapporto a quella di base;
- pubblicazione e diffusione delle informazioni utili alla conoscenza della previdenza complementare.

Dalla lettura dei compiti propri della Covip si evince che tale organo ha funzioni di tipo autorizzative, istituzionali, normative ed interpretative, per poter garantire agli aderenti omogeneità nel trattamento, uniformità delle regole e trasparenza delle informazioni³⁰.

Accanto alla Covip, si collocano altre istituzioni di controllo, quali la Banca d'Italia, la Consob e l'Ivass che, in particolare, verificano il rispetto delle direttive da parte dei vari soggetti gestori delle forme integrative: banche, Sim, Sgr ed imprese di assicurazioni.

La Covip, infine, fa fede all'impegno assunto col Ministro del lavoro, di rendicontare circa il proprio operato, redigendo una "Relazione annuale" a riassunto dell'andamento della previdenza complementare, interventi attuati ed eventuali proposte in corso.

In generale l'operato della Covip si è dimostrato all'altezza dei compiti che le sono stati assegnati e l'attenzione posta da parte sua è sempre stata massima e puntuale: già nel 2010, nella

²⁸ Rocco, G., *La COVIP nel Sistema europeo di Vigilanza finanziario*. Disponibile su www.finanza.com.

²⁹ *Le autorità di vigilanza*. Disponibile su www.assogestioni.it

³⁰ *Organi di vigilanza*. Disponibile su www.previnforma.it

Comunicazione del 20/04/2010 sulla crisi finanziaria³¹, in seguito all'analisi dei dati dell'ottobre del 2008, picco della crisi finanziaria, che fanno emergere una resa dei fondi pensione altamente inferiore alle rivalutazioni garantite sul Tfr, la Covip ci tiene a divulgare la sua allerta a riguardo. Precisa anche, però, che il rendimento delle forme previdenziali complementari deve comunque essere confrontato nel lungo periodo, per lasciar spazio alle dinamiche di variazione fisiologiche del mercato finanziario, in particolare quello azionario.

Non è mancata di certo l'attività di vigilanza, in base alla quale, in concerto con i principali esponenti delle forme previdenziali complementari si sono ricavate linee guida per le politiche di investimento, la gestione del rischio e le politiche di costo.

Azioni mirate sono state poi compiute per attuare fondamentali strategie di comunicazione per diffondere un quantitativo maggiore di informazioni, di maggior precisione e con più puntualità, per dare a tale settore maggior trasparenza e credibilità, sensibilizzando allo stesso tempo a ricondurre qualsiasi ragionamento in materia in un'ottica del medio-lungo termine; fondamentale in questo senso l'ammodernamento del sito Internet della Covip, per offrire informazioni alla portata di tutti, tramite la pubblicazione dei dati con cadenza trimestrale.

Inoltre è stato messo a punto un supporto specifico per i lavoratori prossimi all'età pensionabile, per condurli nel loro percorso finale, nonché un meccanismo di garanzia varato dal Ministro del Lavoro per assicurare loro le prestazioni attese.

Si tratta nel complesso di un atteggiamento molto scrupoloso che ha sicuramente contribuito a prevenire ricadute negative sui portafogli della previdenza complementare.

Il monitoraggio, infine, effettuato anche per quanto riguarda le adesioni, è propedeutico alla formulazione di proposte di interventi legislativi da parte del Ministero del Lavoro, con il quale la Covip opera in stretta collaborazione.

Nei primi mesi del 2012 vengono introdotte nuove regole per tutelare gli investimenti della previdenza complementare e garantire la loro coerenza con le finalità previdenziali, ovvero *“individuare efficienti combinazioni rischio-rendimento, coerenti con i bisogni previdenziali degli aderenti”*³², per citare la nota della Covip stessa.

Dunque le società di gestione dei fondi pensione (termine generico per indicare qualsiasi forma di previdenza complementare), oltre a dover dimostrare la massima professionalità, dovranno d'ora in avanti redigere una relazione sulla gestione finanziaria dove sono chiaramente delineati: obiettivo finale, che comprenda il rendimento annuo atteso; ripartizione strategica delle attività; strumenti finanziari nei quali investire, completi di una valutazione sui rischi connessi; obiettivo di turnover del patrimonio, sistemi di controllo della gestione finanziaria.

³¹ *La previdenza complementare e la crisi finanziaria: proposte ed interventi di vigilanza; l'andamento dei rendimenti dei fondi pensione; una nuova politica di diffusione dei dati e di attività divulgative sulla previdenza complementare. COVIP.*

³² Vinciarelli, F., *Fondi pensione: le nuove regole della Covip*. Disponibile su www.pmi.it.

I.V Contratti di assicurazione sulla vita e previdenza complementare

Le forme pensionistiche complementari di natura individuale, spesso individuate con l'acronimo "FIP", non necessariamente assumono carattere assicurativo. L'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005, nel regolamentare siffatti strumenti di previdenza privata, ne prevede, infatti, l'attuazione secondo due diverse modalità, ossia mediante l'adesione su base individuale a fondi pensione aperti³³ o, appunto, attraverso la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita noti nella prassi come PIP.³⁴

In questa sede, ci occuperemo di quest'ultimi, posto che relative peculiarità suscitano notevole interesse non solo in termini propriamente previdenziali, ma anche per quanto concerne le tematiche assicurative.

Peraltro la tematica investe anche quella del mercato finanziario e l'andamento degli investimenti che in tale ambito si realizzano; ciò non solo alla luce del coinvolgimento di importanti investitori istituzionali, quali le imprese assicurative, nella gestione finanziaria del risparmio previdenziale, ma anche dell'esposizione del sistema di previdenza privata ai rischi connaturati agli investimenti in strumenti finanziari, peraltro amplificati dalla perdurante crisi economica globale. Non meno significativo, sotto questo profilo, è, inoltre, l'accentuato ruolo della previdenza complementare nel finanziamento dell'economia reale italiana, messo in luce con chiarezza dalla Covip³⁵ e anche dalla Consob³⁶.

I PIP sono stati introdotti per la prima volta dall'art. 2 del D.Lgs. n. 47³⁷ del 18 febbraio 2000 e noti anche come prodotti previdenziali di terzo pilastro³⁸ e sono piani pensionistici individuali

³³ Art. 13, comma 1, lett. a).

³⁴ Art. 13, comma 1, lett b).

³⁵ COVIP, *Relazione per l'anno 2013. Considerazioni del Presidente*, in www.covip.it, ha sottolineato che in "qualità di investitori istituzionali, le forme di previdenza complementare possono rappresentare un importante canale di apporto di risorse finanziarie alle imprese nazionali, in piena coerenza con la missione prioritaria di fornire una prestazione pensionistica adeguata al termine della vita lavorativa di ciascuno",

³⁶ CONSOB, *Indagine conoscitiva sulle funzionalità del sistema previdenziale pubblico e privato, alla luce dell'evoluzione normativa e organizzativa, anche con riferimento alla strutturazione della previdenza complementare. Il finanziamento dell'economia reale e il ruolo dei fondi pensione*. Audizione del Direttore Generale CONSOB, Gaetano Caputi.

³⁷ Il d. lgs. 18 febbraio 2000, n. 47 (Riforma della disciplina fiscale della previdenza complementare a norma dell'art. 3 della legge 13 maggio 1999, n.133) ha novellato l'originaria disciplina in tema di previdenza complementare, costituita dal d. lgs. n. 124/1993, in attuazione dell'art. 3, comma 1, l. 13 maggio 1999, n. 133: tale disposizione attribuiva all'autorità di governo il compito di riformare la normativa in materia, oltre che sotto il profilo fiscale, mediante l'emanazione di norme volte a regolamentare "forme di risparmio individuali vincolate a finalità previdenziali". A tal fine, il legislatore delegato ha inserito all'interno dell'impianto normativo allora vigente due nuove disposizioni: l'art 9-bis, volto a disciplinare le forme pensionistiche individuali attuate mediante fondi pensione aperti; e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, l'art. 9-ter, concernente le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita.

³⁸ In considerazione dell'assetto "multipilastro" del nostro sistema previdenziale, nell'ambito del quale, al c.d. primo pilastro rappresentato dal sistema pensionistico pubblico, si affiancano un secondo e terzo pilastro, costituiti, rispettivamente, dai fondi pensione e dai piani pensionistici individuali di tipo assicurativo. Sul tema v. in luogo di altri, *Bessone, Previdenza complementare*, Torino, 2000, pag. 3 ss; *Persiani, La previdenza complementare*, Padova, 2008, pag. 27 ss.

istituiti dalle imprese assicurative³⁹ che attualmente trovano il proprio principale referente normativo nell'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005.

Essi presentano la finalità di assicurare agli aderenti più elevati livelli di copertura previdenziale⁴⁰, mediante l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari rispetto a quelli obbligatori o anche "sostitutivi" di questi nell'ipotesi in cui l'aderente sia privo di una copertura previdenziale di base.

Nella duplice prospettiva di incentivare la concorrenza tra le forme pensionistiche complementari e di garantire, al contempo, al potenziale aderente la piena libertà di scegliere, tra quelli offerti sul mercato, lo strumento più adatto alle proprie esigenze previdenziali, il D.Lgs. n. 252/2005 ha infatti operato una tendenziale equiparazione tra le diverse forme di previdenza complementare previste nel nostro ordinamento; i PIP, fino a quel momento relegati ad un ruolo pressochè marginale, hanno così acquistato il medesimo "rango" degli altri strumenti di previdenza privata⁴¹, ossia dei fondi pensione, essendo loro accumulati da un'analogha funzione: consentire agli aderenti di godere, a partire dal compimento dell'età pensionabile, di una prestazione pensionistica idonea a garantire il mantenimento del tenore di vita conseguito nel periodo lavorativo⁴². Tale risultato finale è perseguito attraverso un complesso procedimento nell'ambito del quale è sempre possibile distinguere, sul piano concettuale, due diverse fasi: la c.d. fase di accumulo e la c.d. fase di erogazione⁴³.

La prima ha inizio con l'adesione dell'interessato al piano pensionistico, la quale, avviene su base individuale; è, cioè, consentita ai singoli individui indipendentemente dall'attività lavorativa svolta, e, dunque, dall'appartenenza a singoli gruppi e/o categorie di lavoratori. Ma vi è di più: l'adesione alle forme pensionistiche individuali, anche di tipo assicurativo, è aperta a chiunque sia interessato a realizzare un programma previdenziale, anche se privo di redditi di lavoro o d'impresa e, dunque, estraneo al mondo del lavoro⁴⁴.

I Pip, come si osserva, costituiscono, dunque, l'espressione di un'innovazione importante del sistema, basato, fino all'intervento della novella legislativa del 2000, sul "requisito essenziale della complementarietà al sistema pubblico"⁴⁵.

³⁹ Deve trattarsi, ovviamente, di imprese di assicurazione autorizzate dall'IVASS ad operare nel territorio dello Stato o quivi operanti in regime di stabilimento o di prestazione di servizi.

⁴⁰ Tale finalità è espressamente enunciata dall'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 252/2005 che, sul punto, riproduce fedelmente la disposizione di cui all'art. 1 del previgente d. lgs. 124/1993.

⁴¹ Siano essi di natura collettiva o individuale.

⁴² Cfr. Martina, I prodotti previdenziali di terzo pilastro alla prova della crisi, in Resp. Civ. prev., 2009, pag. 1946.

⁴³ Per una compiuta descrizione del procedimento svolto all'erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari, v. Corrias, *Convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita e finalità previdenziali*, in Corrias e Racugno (a cura di), *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, Milano, 2010, pag. 1 ss.

⁴⁴ V. art. 13, comma 2, del d. lgs. 252/2005.

⁴⁵ Così Volpe Putzolu, *Le forme pensionistiche individuali*, in Carinci e Bessone (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, pag. 455, secondo la quale la possibilità di adesione alle forme pensionistiche individuali anche da parte di soggetti che non beneficiano di una previdenza obbligatoria di base rappresenta "una innovazione che modifica in radice la "filosofia" della previdenza complementare".

Per quanto concerne l'individuazione dello strumento negoziale attraverso il quale si realizza l'adesione ai piani pensionistici individuali in parola, l'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005 si limita a stabilire che essa avviene mediante la stipulazione di "contratti di assicurazione sulla vita"; si tratta, come si può notare, di una nozione assai ampia, che non ha mancato di sollevare dubbi in ordine all'individuazione delle fattispecie contrattuali ad essa concretamente riconducibili, soprattutto alla luce della molteplicità di contratti suscettibili di essere stipulati dalle imprese autorizzate ad operare nel comparto vita⁴⁶.

In risposta a tali perplessità, il legislatore secondario ha provveduto ad individuare, nell'ambito dei rami vita attualmente elencati dall'art. 2, comma 1, c. ass., le fattispecie negoziali attraverso le quali è possibile attivare i piani di previdenza individuale. Più precisamente, i Pip possono essere attuati mediante la sottoscrizione di polizze di ramo I, ossia contratti di assicurazione sulla durata della vita umana con prestazioni rivalutabili in funzione del rendimento di una gestione separata di strumenti finanziari⁴⁷; ovvero tramite la stipulazione di polizze di ramo III⁴⁸ esclusivamente del tipo *Unit linked*, nell'ambito delle quali la prestazione assicurativa è determinata in base al valore registrato, al momento dell'erogazione, dalle quote di fondi interni assicurativi o di OICR acquistate con premi versati. L'attuazione di piani previdenziali può, inoltre, avvenire mediante "contratti che offrono l'abbinamento delle tipologie contrattuali sopradescritte"⁴⁹; soluzione quest'ultima alla quale le imprese assicurative fanno sempre più frequentemente ricorso⁵⁰.

⁴⁶ Già nel vigore della previgente disciplina in materia, ci si è interrogati sull'ampiezza della nozione di "contratto di assicurazione sulla vita", utilizzata dal legislatore. Sul punto, v. Gili, *Previdenza complementare ed assicurazioni*, in Alpa (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, pag. 2890, secondo il quale, con l'espressione "contratti di assicurazione sulla vita" (allora contemplata nell'art.9-ter), il legislatore ha escluso in radice la possibile attuazione di piani di previdenza individuale mediante i contratti di capitalizzazione del ramo V e i contratti di gestione di fondi pensione di cui al ramo VI; operazioni, queste, di natura finanziaria e caratterizzate dalla mancata assunzione di un rischio demografico da parte dell'impresa assicurativa, benchè annoverate dal legislatore tra i rami vita. Con specifico riferimento all'utilizzabilità del contratto di capitalizzazione al fine di attuare forme pensionistiche individuali, v. Candian, *Le forme pensionistiche individuali. Tendenze di policy e problematiche giuridiche*, in *Scenari dell'assicurazione vita nel quadro normativo fiscale-previdenziale*, Milano, 2002, pag 41 ss. con riferimento alla disciplina attuale, Corrias, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, pag. 201 ss.

⁴⁷ Per "gestione interna separata" si intende un portafoglio di valori mobiliari e di altre attività finanziarie gestito separatamente dagli altri attivi detenuti dall'impresa, in funzione del cui rendimento si rivalutano le prestazioni dei contratti ad esso collegati: così l'art. 2, lett. j), Regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del Codice delle assicurazioni.

⁴⁸ Tra i principali contributi dottrinali in tema di polizze *linked*, cfr. Volpe Putzolu, *Le polizze Unit linked ed Index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Ass.*, 2000, I, pag. 233 ss.; Rossetti, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, in *Ass.*, 2002, I, pag. 223 ss.

⁴⁹ Art. 8, comma 1, Regolamento ISVAP n.21 del 28 marzo 2008; nello stesso senso, v. art. 6 dello Schema di Regolamento per i PIP deliberato dalla COVIP il 31 ottobre 2006. Le polizze *index linked*, anch'esse contemplate al ramo III e caratterizzata dalla determinazione dell'entità della prestazione assicurativa in base al valore di indici azionari, sono invece escluse dal novero dei prodotti assicurativi mediante i quali è possibile dare attuazione ai piani individuali previdenziali, in quanto ritenute dall'Autorità di vigilanza del settore assicurativo inidonee ad essere utilizzate per rapporti contrattuali di lungo periodo, data la loro minore flessibilità sotto il profilo della gestione finanziaria. In tal senso, v. art. 1 della Circola ISVAP n. 434/D del 12 febbraio 2001, *Caratteristiche contrattuali e nota informativa delle forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita*.11

⁵⁰ Sono attuati in forma mista, mediante contratti di ramo I e di ramo III del tipo *unit linked*, i PIP offerti da alcune tra le principali compagnie assicurative operanti nel mercato italiano. Si vedano in proposito i PIP: "Valore pensione", offerto da Assicurazioni generali S.p.a.; "Previdenza Attiva", emesso dalla AXA MPS Assicurazioni Vita S.p.a.; "Orizzonte Previdenza", proposto dalla Allianz S.p.a.; "ViPensione", offerto dalla Zurich Investments Life S.p.a. Sul

I contratti di assicurazione sulla vita diretti alla realizzazione di piani pensionistici individuali sono soggetti a regole affatto peculiari, e in parte diverse rispetto a quelle dettate dalla legislazione assicurativa con riguardo alle ordinarie polizze vita. In primo luogo, essi devono essere corredati da un regolamento⁵¹ che, per espressa volontà legislativa, ne costituisce parte integrante volto a disciplinare i principali aspetti del rapporto “assicurativo-previdenziale”: esso è, infatti, chiamato a regolare le modalità di partecipazione, il trasferimento delle posizioni individuali, verso altre forme pensionistiche, la comparabilità dei costi e dei risultati di gestione; deve, altre sì, dettare disposizioni in tema di trasparenza, concernenti sia il contenuto dei prodotti offerti che i rapporti della forma pensionistica con gli iscritti e con la Commissione di vigilanza. Inoltre, in ossequio ad un disegno di delegificazione più ampio di quello previsto per le altre forme pensionistiche complementari⁵², il regolamento in parola deve essere predisposto dalle imprese assicurative in base alle direttive impartite al riguardo dalla COVIP, oltre che da quest’ultima preventivamente approvato⁵³. Non sono, invece, soggette ad approvazione le condizioni generali di contratto, pur gravando sulle imprese assicurative l’obbligo di comunicarle alla Commissione prima della loro applicazione⁵⁴. All’adesione, mediante stipulazione del contratto assicurativo, segue la raccolta dei contributi destinati al finanziamento del piano pensionistico da parte dell’impresa. Al riguardo, l’art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 252/2005, stabilisce che alle forme pensionistiche individuali, anche attuate mediante la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita, si applicano le disposizioni generali in tema di finanziamento dettate dall’art. 8 del D.Lgs. n. 252/2005⁵⁵. Pertanto, se, di regola, il finanziamento del piano individuale avviene mediante contributi provenienti dall’aderente, tuttavia, qualora quest’ultimo sia un lavoratore dipendente, esso potrà altresì avvenire mediante il conferimento, anche in via esclusiva⁵⁶, del TFR in maturazione o mediante

punto, occorre ricordare la comunicazione congiunta di ISVAP e CONSOB volta all’emanazione di una disciplina uniforme in tema di distribuzione dei cc.dd. prodotti multiramo, intesi come i contratti caratterizzati dalla combinazione di coperture di ramo I e di prodotti finanziari di ramo III. Tale documento è stato posto in pubblica consultazione il 28 dicembre 2007, ma, allo stato la relativa procedura non risulta sfociata nell’emanazione di alcun provvedimento regolamentare.

⁵¹ Art. 13, comma 3, d. lgs. 252/2005.

⁵² Pallini, *Le << altre >> forme pensionistiche complementari: fondi pensioni aperti e forme pensionistiche individuali*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare. Commentario sistematico, in Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pag. 779.

⁵³ L’approvazione deve avvenire nei termini di cui all’art. 4, comma 3, del d. lgs. 252/2005, ossia entro sessanta giorni dalla presentazione.

⁵⁴ In ordine alla ratio del regime di preventiva comunicazione delle condizioni generali di polizza alla COVIP, v. Nanni, *I contratti di assicurazione previdenziali*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, pag. 781, secondo il quale si tratterebbe di un regime analogo a quello previsto dall’assicurazione assicurativa per le condizioni generali di contratto delle assicurazioni obbligatorie, e risponderebbe, pertanto, alla medesima esigenza di quest’ultimo, ossia consentire di << verificare che le prestazioni previste risultino in tutto conformi al contenuto della copertura tassativamente definito dalla legge >>.

⁵⁵ Le disposizioni in tema di finanziamento dettate dall’art. 8 del d.lgs 252/2005 rappresentano << uno dei punti più qualificanti ed innovativi >> dell’attuale disciplina della previdenza complementare: così *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante: “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”*.

⁵⁶ Art. 8 dello Schema di Regolamento PIP, rubricato “Contribuzione”.

versamenti contributivi del datore di lavoro⁵⁷. La misura della contribuzione a carico dell'assicurato, al pari della relativa periodicità, è liberamente determinata da quest'ultimo al momento dell'adesione; in ogni caso, è riconosciuto all'aderente il diritto di variare, sia in aumento che in diminuzione, l'entità della contribuzione predeterminata all'atto della stipulazione del contratto⁵⁸. Soprattutto bisogna osservare che l'aderente al PIP ha, altresì, la facoltà di sospendere la contribuzione, senza che ciò determini lo scioglimento del contratto⁵⁹. Ciò segna una profonda differenza tra la disciplina dei contratti assicurativi di cui si sta trattando e quella dei contratti di assicurazione sulla vita dettata dal codice civile, nell'ambito della quale, come noto, il mancato versamento delle annualità di premio successive alle prime determina la risoluzione di diritto del contratto e, per l'effetto, l'acquisizione dei premi pagati da parte dell'assicuratore, salvo che sussistano le condizioni per la riduzione o il riscatto della somma assicurata⁶⁰. Relativamente a quest'ultimo profilo, è peraltro essenziale rimarcare la differenza che corre tra la sospensione della contribuzione al PIP e l'interruzione del pagamento dei premi che, secondo la disciplina codicistica dell'assicurazione sulla vita, determina "la riduzione della polizza". Infatti mentre la prima, come si è visto, non impedisce la ripresa, in qualsiasi momento dei pagamenti, viceversa, la riduzione ex. art. 1924 c.c., pur consentendo di preservare, al pari della sospensione, l'operatività della garanzia, preclude all'assicurato di riprendere la corresponsione dei premi⁶¹. Questi conserva il diritto alla prestazione assicurativa ma l'entità della stessa subisce definitivamente una riduzione rispetto a quanto originariamente pattuito in ragione dei premi fino a quel momento versati.

Al fine di garantire agli assicurati-aderenti una tutela maggiore rispetto a quella accordata agli assicurati tout court, in considerazione della specifica finalità perseguita con la stipulazione dei PIP, la disciplina in esame stabilisce che le risorse afferenti a tali contratti costituiscono patrimonio autonomo e separato rispetto alle restanti attività dell'impresa⁶². A tale distinzione

⁵⁷ Art. 13, comma 4, del d.lgs. 252/2005. v. anche l'art. 8 dello Schema di Regolamento PIP, il quale precisa che «< qualora il lavoratore intenda contribuire al PIP e abbia diritto, in base ad accordi collettivi, anche aziendali, a un contributo del datore di lavoro, detto contributo affluirà al PIP, nei limiti e alle condizioni stabili nei predetti accordi. Il datore di lavoro può decidere, che pur in assenza di accordi collettivi, anche aziendali, di contribuire al PIP >>».

⁵⁸ Art. 13, comma 4, del d.lgs. 252/2005.

⁵⁹ Art. 8, Schema di Regolamento PIP, il quale, peraltro, precisa che per i lavoratori dipendenti la sospensione non può riguardare il versamento del TFR maturando eventualmente conferito (comma 3) e, in secondo luogo, che l'aderente ha la facoltà di riattivare in qualsiasi momento la contribuzione (comma 4).

⁶⁰ In tal senso, v. l'art. 1924, comma 2, c.c..

⁶¹ In altri termini, la riduzione della polizza implica la definitiva interruzione del pagamento dei premi. Più precisamente, il meccanismo che, di regola, opera in questi casi è il seguente: il contraente non adempie l'obbligo di pagamento del premio nel termine di venti giorni dalla scadenza di cui all'art. 1924 c.c. o nel diverso termine di tolleranza previsto dalla polizza, e ciò, in virtù di una rigorosa applicazione della norma in esame, dovrebbe determinare la risoluzione del contratto; tuttavia, le polizze vita spesso contengono la c.d. clausola di riattivazione, in virtù della quale l'assicurato inadempiente fruisce di un ulteriore termine entro il quale può riattivare il contratto versando i premi scaduti e i relativi interessi. Ebbene, in presenza di siffatta clausola, affinché operi la riduzione automatica ex. art. 1924 c.c. è necessario, oltre al mancato pagamento del premio nel termine di tolleranza ivi contemplato, anche l'inutile decorso dell'ulteriore termine convenzionale di sospensione di cui sopra, il quale preclude al contraente di riprendere la corresponsione dei premi. In tal senso, *Buttaro, Assicurazione sulla vita, in Enc. dir. III*, Milano, 1958, pag. 633.

⁶² Come precisato dall'art. 15, comma 3, del menzionato Schema di Regolamento PIP, ciascuna impresa assicurativa è tenuta a costituire il patrimonio del PIP secondo le modalità stabilite dall'attuale IVASS. Sul punto, v. provvedimento

patrimoniale corrispondono gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 2, D.Lgs. n. 252/2005 e 2117 c.c.⁶³: pertanto, le risorse afferenti ai PIP sono oggettivamente vincolate all'erogazione delle prestazioni pensionistiche in favore degli aderenti e non possono costituire oggetto di azioni esecutive da parte dei creditori degli aderenti né essere coinvolte nelle procedure concorsuali che riguardino l'impresa⁶⁴. Viene, dunque, a configurarsi, una separazione patrimoniale "a cerchi concentrici"⁶⁵ nell'ambito della quale gli attivi a copertura degli impegni assunti con i PIP costituiscono patrimonio autonomo e separato all'interno di un più ampio patrimonio, anch'esso separato, costituito dagli attivi a copertura delle riserve tecniche⁶⁶. Tale previsione deve ritenersi animata dalla volontà del legislatore di << mantenere distinta la posizione degli assicurati tout court da quella degli assicurati che perseguono le finalità rilevanti ai sensi della disciplina delle forme pensionistiche complementari >>, dando luogo ad una terza e distinta massa patrimoniale destinata in via esclusiva al loro soddisfacimento⁶⁷. Una volta raccolti i contributi sotto forma di premi, la compagnia assicurativa deve provvedere allo svolgimento di una complessa attività di gestione finanziaria di tale risorse, la quale, è appena il caso di precisarlo, si sostanzia nell'investimento delle medesime mediante l'acquisto di strumenti finanziari. Al riguardo, occorre, in primo luogo, evidenziare che, al pari di quanto previsto per i fondi pensioni aperti, anche la gestione finanziaria delle risorse afferenti ai PIP viene effettuata direttamente dalla società che ha istituito la forma pensionistica complementare (nel caso di specie, dalla compagnia assicurativa). Tale aspetto rappresenta, infatti, uno degli elementi che maggiormente distinguono le forme pensionistiche appena menzionate dai fondi pensione negoziali o "chiusi", nei quali la gestione finanziaria dei contributi raccolti è, invece, demandata ad intermediari specializzati⁶⁸ sulla base di una convenzione, meglio nota come "convenzione di

ISVAP n. 2472 del 10 novembre 2006 (*Disposizioni in materia di costituzione del patrimonio autonomo e separato per le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazioni sulla vita di cui all'art. 13, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*), in virtù del quale, contestualmente all'istituzione del PIP, l'organo amministrativo dell'impresa deve provvedere, con apposita delibera, a riconoscere << le risorse pertinenti alla fase di accumulo quale patrimonio separato ed autonomo non distraibile dal fine previdenziale al quale è destinato >> (art. 3, comma 2).

⁶³ L'art. 4, comma 2, del d.lgs. 252/2005, nel prevedere la possibile costituzione di fondi pensione nell'ambito di singole società o enti mediante formazione di patrimoni di destinazione autonomi e separati, richiama infatti, a sua volta, gli effetti di cui all'art. 2117 c.c., secondo il quale i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti dall'imprenditore non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati né formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro.

⁶⁴ Art. 15, Schema di Regolamento PIP.

⁶⁵ Martina, *I modelli strettamente assicurativi della previdenza complementare*, in Corrias e Racugno, pag. 45.

⁶⁶ Come noto, ai sensi dell'art. 42, comma 2, c.ass., le riserve tecniche costituiscono patrimonio autonomo e separato rispetto alle altre attività dell'impresa.

⁶⁷ Cfr. Martina, *La tutela del consumatore di forme pensionistiche complementari tra disciplina di settore e contratto di pratiche commerciali scorrette*, in Meli e Marano (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, pag. 144.

⁶⁸ Potrà trattarsi di banche, SGR, SIM ed imprese assicurative.

gestione”, volta a definire i criteri ai quali tali soggetti devono attenersi nello svolgimento dell’attività in parola⁶⁹.

L’art. 11 del D.Lgs. n. 252/2005, nel definire i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni pensionistiche⁷⁰, stabilisce che l’aderente acquista il diritto alla prestazione pattuita al momento della maturazione dei requisiti di accesso alla pensione obbligatoria, purché, al contempo, vanti una permanenza minima di cinque anni nel sistema⁷¹. Con specifico riferimento ai soggetti che siano sprovvisti di una previdenza obbligatoria, ai quali, come si è visto, è consentita la stipulazione di PIP e, più in generale, l’adesione agli strumenti di previdenza individuale, il legislatore precisa che per essi “si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base”⁷². La formulazione della norma richiamata potrebbe, tuttavia, rendere problematica per il potenziale interessato alla stipulazione di un PIP, appartenente a tale categoria di soggetti, l’individuazione del momento a partire dal quale potrà godere della prestazione pattuita. Ci si potrebbe, infatti, domandare quale sia il regime obbligatorio di base di un soggetto che, come si è evidenziato, non è destinatario di alcuna copertura previdenziale obbligatoria; e, anche a voler risolvere il problema illustrato sulla base dei principi propri del pilastro previdenziale pubblico, la questione risulterebbe comunque complicata dalla diversificazione del requisito anagrafico previsto dal sistema pensionistico pubblico per l’erogazione della prestazione di vecchiaia: difatti, come noto, tale requisito varia in ragione della natura autonoma o subordinata del rapporto lavorativo in essere e, in quest’ultima ipotesi, del settore pubblico o privato di appartenenza. Ebbene, in mancanza di specifiche disposizioni normative sul punto, la linea interpretativa emersa in seno alla COVIP è quella secondo cui, per tali soggetti, il riferimento anagrafico è costituito dall’età prevista per la prestazione di vecchiaia dei lavoratori dipendenti del settore privato iscritti all’INPS.

Per quanto concerne l’erogazione delle prestazioni, anche i PIP soggiacciono alla regola generale secondo cui l’aderente può ottenere la liquidazione della pensione integrativa sotto forma di capitale esclusivamente fino a un massimo del 50% del montante finale⁷³; per il resto, e salvo casi

⁶⁹ Per maggiori approfondimenti sul tema, v., per tutti, *Righini, La gestione “finanziaria” dei fondi pensione chiusi*, Milano 2006.

⁷⁰ Disposizioni di carattere generale alle quali tutte le forme pensionistiche complementari, ed anche le imprese assicurative istitutive di PIP, devono necessariamente conformarsi.

⁷¹ Infatti come precisato dall’art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 252/2005, ai fini della determinazione dell’anzianità minima necessaria per la richiesta delle prestazioni pensionistiche sono considerati utili tutti i periodi di partecipazione alle forme pensionistiche complementari maturati dall’aderente e per i quali egli non abbia esercitato il riscatto totale della posizione individuale.

⁷² Art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005, riprodotto dall’art. 10, comma 2, Schema di Regolamento PIP.

⁷³ Nel computo dell’importo complessivo erogabile in capitale sono detratte le somme erogate a titolo di anticipazione per le quali non si sia provveduto al reintegro. A tal fine, le forme pensionistiche complementari dovranno tenere debitamente nota delle anticipazioni concesse e delle reintegrazioni effettuate. Così COVIP, Deliberazione del 28 giugno 2006 recante “*Direttive generali alle forme pensionistiche complementari, ai sensi dell’articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*”, con la quale viene altresì ribadito che << considerata la necessità di tenere traccia nel tempo delle scelte operate dall’iscritto, in merito soprattutto al conferimento del TFR, alla fruizione delle anticipazioni e alla reintegrazione della posizione individuale, e la possibilità che l’iscritto transiti da una forma

eccezionali⁷⁴, l'impresa assicurativa eroga la prestazione pensionistica periodicamente, sotto forma di rendita. L'aderente ad un piano pensionistico, anche di tipo assicurativo, può scegliere tra una pluralità di tipologie di rendita: può, infatti, optare per una rendita vitalizia immediata o per una rendita certa, ossia erogata per un periodo prefissato, indipendentemente dalla sopravvivenza dell'iscritto, con la conseguenza che, in caso di morte di quest'ultimo, la prestazione pensionistica verrà corrisposta, durante il periodo stabilito, e fino al termine di questo, alla persona da lui designata⁷⁵. Inoltre, le polizze vita attuative di piani pensionistici e i relativi schemi per l'erogazione delle rendite possono offrire, e di regola offrono, all'interessato una rendita vitalizia reversibile su un altro soggetto. Tale ipotesi è ora espressamente contemplata dall'art. 13, comma 5, del D.Lgs. n. 252/2005⁷⁶, il quale stabilisce che, in caso di morte dell'aderente successiva all'acquisto del diritto alla prestazione pensionistica⁷⁷, i beneficiari da quest'ultimo indicati potranno ottenere l'erogazione di una rendita calcolata sulla base del montante residuo al momento del decesso o, in alternativa, la restituzione del predetto montante.

Merita, inoltre, osservare che, in conformità ai criteri di delega⁷⁸, l'attuale disciplina, prevede un'importante novità, che rappresenta, al contempo uno dei tratti che distinguono i contratti in esame dalle ordinarie polizze vita⁷⁹. Come noto, infatti, i tradizionali contratti di assicurazione sulla vita soggiacciono al regime di impignorabilità e inalienabilità delineato dall'art. 1923 c.c.: in virtù di tale disposizione, tutte le somme dovute dall'assicuratore al contraente o beneficiario, comprese quelle a questi spettanti a seguito dell'esercizio del diritto di riscatto, non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare⁸⁰.

Del tutto rilevante, al fine di evidenziare le profonde differenze tra la disciplina delle polizze pensionistiche e quella dedicata agli ordinari contratti di assicurazione sulla vita, è il peculiare

all'altra nella fase dell'accumulazione, la forma pensionistica complementare annovera in modo ordinato e analitico tutte le informazioni rilevanti inerenti la storia del rapporto contrattuale e trasmetterà dette informazioni alla forma pensionistica di destinazione in caso di trasferimento della posizione individuale>>.

⁷⁴ Qualora la rendita pensionistica annua a favore dell'iscritto derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante finale risulti inferiore al 50% dell'importo annuo dell'assegno sociale erogato dall'INPS ex art.3, commi 6 e 7, l. 335/1995, la prestazione potrà essere erogata interamente in capitale (art.11, comma 3, d. lgs. 252/2005). Con specifico riferimento ai PIP, il relativo Schema di Regolamento (art. 10, comma 6) contempla un'ulteriore ipotesi di erogazione dell'intera prestazione pensionistica in capitale in favore dell'aderente << che, sulla base della documentazione prodotta, risulta assunto antecedentemente al 29 aprile 1993 ed entro tale data iscritto ad una forma pensionistica complementare istituita alla data di entrata in vigore della l. 23 ottobre 1992, n.42 >>.

⁷⁵ Si tratta spesso di una rendita certa e successivamente vitalizia; pertanto, qualora alla scadenza del periodo minimo di erogazione stabilito, l'aderente sia ancora in vita, l'impresa assicurativa provvederà all'erogazione in suo favore di una rendita vitalizia.

⁷⁶ In tal caso, è autorizzata la stipula di contratti assicurativi collaterali contro i rischi di morte o di sopravvivenza oltre la vita media.

⁷⁷ L'esplicita regolamentazione delle conseguenze dell'eventuale morte del titolare della prestazione pensionistica costituisce un ulteriore e significativo profilo di novità rispetto alla disciplina previgente, la quale si limitava a contemplare l'evento morte con esclusivo riferimento al momento antecedente la maturazione del diritto a pensione in sede di disciplina del riscatto.

⁷⁸ Art. 1, comma 2, lett. e), n.11, l. 243/2004.

⁷⁹ Sull'applicabilità dell'art. 1923 c.c. anche in caso di fallimento dell'avente diritto, v. Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pag. 1280 ss., con nota di Bugiolacchi L., *Previdenza e finanza nei contratti del ramo vita. Prospettive e limiti alla soluzione delle sezioni unite in tema di fallimento del contraente*.

⁸⁰ Art. 1923, comma 1, c.c.

regime del riscatto previsto dall'art. 14 del D.Lgs. n. 252/2005⁸¹, oggetto di approfondimento di questa tesi in merito al decesso anticipato dell'aderente.

In virtù di tale disposizione, cui soggiacciono tutti gli strumenti di previdenza privata, anche di carattere individuale, il sottoscrittore di un PIP può esercitare, prima del perfezionamento del diritto alla prestazione pensionistica, la facoltà di riscatto della posizione maturata in presenza di eventi attinenti alla propria vita espressamente individuati dal legislatore. Nello specifico, quest'ultimo consente all'aderente il riscatto parziale⁸², nella misura del 50% della posizione individuale maturata, nell'ipotesi di cessazione dell'attività lavorativa cui segua l'inoccupazione per un periodo di tempo compreso tra i dodici e i quarantotto mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità o cassa integrazione guadagni, ordinaria o straordinaria. L'aderente può, invece, ottenere il riscatto totale della posizione individuale in caso di invalidità permanente che determini la riduzione della capacità lavorativa a meno di un terzo o a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti la disoccupazione per un periodo di tempo superiore a quarantotto mesi. La facoltà di riscatto totale, il cui esercizio determina la cessazione della partecipazione al PIP, non può comunque essere esercitata nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico, posto che nel medesimo periodo, in presenza di eventi analoghi a quelli elencati, l'aderente può accedere anticipatamente alla prestazione finale.

In realtà, l'applicazione di tale disciplina anche ai PIP, disposta dal legislatore, appare, a mio avviso, piuttosto problematica sul piano pratico, quantomeno nell'ipotesi in cui l'aderente sia un soggetto estraneo al mondo del lavoro o svolga attività lavorativa in regime di autonomia o di libera professione. Sembra, infatti, che per tali soggetti la facoltà di riscatto rimanga, in linea di principio, sulla carta, non potendo certo configurarsi, con riferimento ad essi, eventi come la disoccupazione o la sottoposizione a procedure di mobilità o cassa integrazione, ai quali si è poc'anzi fatto cenno. Potrebbe, forse, trovare un riscontro concreto, anche con riguardo a tali soggetti, la sola facoltà di riscatto totale per grave invalidità permanente, laddove quest'ultima possa ritenersi astrattamente idonea a determinare l'idoneità assoluta dell'aderente allo svolgimento di attività lavorativa.

Occorre, però, soffermarsi sulla peculiare ipotesi di riscatto per il decesso anticipato dell'aderente attualmente prevista dall'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 252/2005; difatti, la previsione di un simile istituto, ad opera della normativa settoriale, anche nel contesto dei contratti assicurativi preordinati all'attuazione dei piani pensionistici individuali ha sollevato non pochi dubbi in ordine

⁸¹ L'art. 14 del d. lgs. 252/2005 evidenzerebbe << una delle linee di fondo che ispirano il provvedimento, vale a dire l'ampliamento degli spazi di tutela dell'aderente al sistema della previdenza integrativa>>: rispetto all'assetto definito dal d. lgs. 124/1993 sono, infatti, << più chiaramente definite le fattispecie alle quali gli statuti ed i regolamenti devono far riferimento per il riscatto totale o parziale della posizione individuale maturata>>. Così *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante: "Disciplina delle forme pensionistiche complementari"*.

⁸² Art. 14, comma 2, lett. b).

alla natura giuridica di tali figure. Al riguardo, la disciplina in vigore⁸³ stabilisce che, in caso di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, l'intera posizione individuale è riscattata dagli eredi ovvero dai diversi beneficiari dallo stesso designati, siano essi persone fisiche o giuridiche; in mancanza di eredi o beneficiari, la posizione maturata presso le forme pensionistiche individuali, anche attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita, sarà devoluta a finalità sociali, secondo le modalità stabilite con Decreto del Ministero del lavoro⁸⁴. Resta, allora, da domandarsi se, al di fuori delle ipotesi di riscatto sopra illustrate, ai contratti assicurativi in esame possa trovare applicazione il riscatto di cui all'art. 1925 c.c.; se cioè, l'assicurato-aderente possa determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale (e così ottenere la restituzione di una parte dei premi versati) anche in assenza degli specifici eventi della vita individuati dalla normativa settoriale, purché sussistano le condizioni cui, notoriamente, è subordinato il riscatto codicistico, ossia la costituzione della riserva matematica e la certezza nell'*an debeat* della prestazione pensionistica. Ebbene, il quesito sembrerebbe doversi risolvere in senso negativo; ciò soprattutto alla luce delle indicazioni provenienti al riguardo dalla Commissione di vigilanza. Quest'ultima, infatti, nel determinare il contenuto che il regolamento dei PIP, parte integrante di tali contratti, deve assumere affinché le imprese istitutrici, incaricate della sua predisposizione, possano ottenerne la preventiva approvazione, prescrive l'inserimento in tale documento della clausola secondo la quale, al di fuori di quelle tipizzate dal legislatore, non sono previste ulteriori ipotesi di riscatto della posizione maturata⁸⁵. Sul piano della tutela dell'aderente e/o i suoi eredi o dei beneficiari eventualmente designati, occorre da ultimo ricordare che la disciplina, anche regolamentare, vigente in materia⁸⁶ pone a carico delle forme pensionistiche e delle compagnie assicurative istitutive di PIP, che abbiano accertato la sussistenza dei relativi requisiti, l'obbligo di provvedere agli adempimenti conseguenti al riscatto con tempestività, e comunque entro il termine massimo di sei mesi dalla ricezione della relativa richiesta.

⁸³ Il D.Lgs. n. 252/2005 ha, anche sotto questo profilo, introdotto importanti novità rispetto al precedente assetto normativo in tema di previdenza complementare: la disciplina dettata dall'abrogato D.Lgs. n. 124/1993, era, infatti, caratterizzata da una diversificazione del regime del riscatto per il caso di decesso anticipato fondata sul carattere collettivo o individuale dell'adesione. Nel primo caso, il riscatto era previsto in favore del coniuge, dei figli e, se viventi a carico, dei genitori dell'aderente defunto (art. 10, comma 3-ter); nel caso, invece, di adesione individuale, tale facoltà veniva riconosciuta agli eredi (art.10, comma 3-quater). Peraltro, la formulazione dell'attuale disciplina presenta profili di criticità sui quali sia gli interpreti che la Commissione di vigilanza sono stati chiamati a prendere posizione. Sul punto, *Zampini, Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *Cinelli*, pag. 564 s.

⁸⁴ In mancanza di eredi o beneficiari designati, le somme corrispondenti alla posizione maturata dall'aderente presso le forme pensionistiche di natura collettiva resteranno, invece, acquisite al fondo pensione.

⁸⁵ Art.12, comma 5, Schema di Regolamento PIP. La previsione di ulteriori e diverse ipotesi di riscatto da parte delle forme pensionistiche complementari sembrerebbe, invece, ammissibile alla luce della formulazione delle disposizioni dettate dall'art. 14 con riguardo al trattamento fiscale delle somme erogate a titolo di riscatto. Se, infatti, il legislatore sottopone ad un regime di tassazione agevolata le somme percepite dall'aderente nelle suddette ipotesi "tipizzate" di riscatto (comma 4) il medesimo trattamento di favore non trova invece applicazione in caso di riscatto "per cause diverse".

⁸⁶ Artt. 14, comma 8, del D.Lgs. n. 252/2005 e 12, comma 6, Schema di Regolamento PIP.

L'evidente diversità del regime dei PIP rispetto a quello proprio degli ordinari contratti di assicurazione sulla vita, emersa dall'illustrazione della relativa disciplina, pone, in particolare, all'attenzione di chi scrive due interrogativi. Si tratta, in primo luogo, di comprendere se la sottoposizione dei contratti assicurativi di cui si discorre alla disciplina della previdenza complementare, poc'anzi tratteggiata, debba indurre ad individuare nei medesimi un nuovo tipo negoziale, diverso dall'assicurazione sulla vita di cui agli artt. 1882 e 1919 ss. c.c.; e ciò, eventualmente, anche nell'ipotesi in cui il contratto scelto ai fini dell'attivazione del PIP sia una polizza rivalutabile di ramo I, la cui natura propriamente assicurativa non è mai stata, fino a questo momento, posta in discussione⁸⁷.

La possibile realizzazione di piani di previdenza individuale mediante la stipulazione di polizze del tipo *unit linked*, notoriamente caratterizzate dalla presenza di una componente finanziaria tanto marcata da aver indotto il legislatore, all'esito di un travagliato iter interpretativo, a qualificarli come veri e propri prodotti finanziari⁸⁸, solleva poi un ulteriore quesito: se, in tal caso, il contratto offerto dalle compagnie assicurative possa ancora ritenersi connotato in misura significativa da quella funzione squisitamente previdenziale che, anche secondo la più recente giurisprudenza⁸⁹, contraddistingue i contratti di assicurazione sulla vita propriamente detti; o se, invece, esso abbia natura finanziaria e si collochi, dunque, in posizione di fungibilità rispetto agli ordinari strumenti di investimento. In ordine al primo aspetto, già prima dell'entrata in vigore dell'attuale assetto normativo, la disciplina dedicata alle polizze pensionistiche ha sollevato non pochi dubbi in ordine alla riconducibilità delle stesse entro lo schema tipico dell'assicurazione sulla vita, delineato dagli artt. 1882 e 1919 ss. c.c.

I primi commentatori della novella legislativa del 2000 hanno, infatti, evidenziato come l'obiettivo di assicurare la piena equiparazione dei PIP agli altri strumenti di previdenza privata contemplati dalla disciplina di settore (ossia, i fondi pensione) abbia determinato la sottoposizione degli stessi ad un regime caratterizzato da una vera e propria alterazione di alcune vicende tipiche dell'assicurazione sulla vita. Si è evidenziato, in particolare, il carattere vincolante della disciplina originariamente dedicata ai PIP, fortemente limitativa dell'autonomia negoziale delle parti e,

⁸⁷ Le polizze rivalutabili, pur essendo caratterizzate dalla variabilità delle prestazioni contrattuali, rendono partecipe l'assicurato del solo rendimento delle riserve tecniche ad esse afferenti: l'entità della prestazione assicurativa potrà eventualmente aumentare, ma mai diminuire nel corso del rapporto, rispetto a quella preventivata. Pertanto, l'esigenza dell'assicurato di soddisfare gli eventuali bisogni della vita contemplati è pienamente tutelata, con la conseguenza che tali figure devono ritenersi connotate da una funzione squisitamente previdenziale e, dunque, ascrivibili alla categoria dei contratti di assicurazione sulla vita propriamente detti. In tal senso, cfr. *Gambino, Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, pag. 20 s.; *Corrias, Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pag. 94 s.

⁸⁸ La controversa questione della natura assicurativa ovvero finanziaria di tali contratti ha trovato soluzione, sul piano legislativo, con l'emanazione del d.lgs. 303/2006, correttivo della nota legge sulla tutela del risparmio n. 262/2005. Con tale provvedimento il legislatore ha introdotto all'interno del t.u.f. la nozione di "prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione" e vi hanno incluso le polizze *linked*, prendendo così definitivamente atto della loro natura finanziaria. *E. Piras* pag. 11 s.

⁸⁹ In tal senso, Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit., 1282; v. anche Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, in *Corr. giur.*, 2000, pag. 1603.

dunque, incompatibile con facoltà generalmente riconosciute al contraente una tradizionale polizza vita, nonché l'inserimento, nello schema contrattuale, di istituti quale il riscatto per il caso di decesso anticipato, non contemplati dalla disciplina codicistica delle assicurazioni sulla vita, e difficilmente conciliabili con la stessa⁹⁰. Sulla scorta di tali osservazioni, i PIP, sono stati definiti, talvolta, contratti di assicurazione di diritto speciale, talaltra un autonomo sottotipo di assicurazione sulla vita, così escludendosi la loro configurabilità come un nuovo tipo negoziale, estraneo allo schema di cui all'art. 1882 c.c.. Peraltro, come si è già avuto modo di osservare, anche la normativa attualmente vigente in materia di PIP, seppur con le novità sopra segnalate, presenta significativi tratti differenziali rispetto alla disciplina, codicistica e non, del contratto di assicurazione sulla vita e, segnatamente, rilevanti limitazioni all'autonomia delle parti che non trovano corrispondenza nell'ambito di quest'ultima. Ci si potrebbe, allora, domandare se conclusioni analoghe a quelle che si è poc'anzi tentato di sintetizzare siano state riproposte a seguito dell'emanazione dell'attuale disciplina dei PIP o se, invece, le novità recate da quest'ultima abbiano determinato un mutamento dell'indirizzo dottrinale formatosi in ordine all'individuazione della natura giuridica dei contratti in parola. Problema, quest'ultimo, che, peraltro, potrebbe attualmente ritenersi complicato da ulteriori, equivoche indicazioni provenienti dal tessuto regolamentare relativo ai contratti di assicurazione sulla vita. Ci si riferisce, in particolare al Regolamento ISVAP n. 35/2010 che, nel definire i "prodotti assicurativi vita", rinvia ai contratti di cui all'art. 2, comma 1, c. ass., ma esclude dal novero degli stessi, oltre alle polizze *linked* e ai contratti di capitalizzazione, i "prodotti assicurativi aventi finalità previdenziali ai sensi del D.Lgs. n. 252/2005", ossia i PIP. Ebbene, pur in presenza di tale indicazione normativa e malgrado le peculiarità disciplinari che i nostri contratti ancora presentano rispetto al modello comune di assicurazione sulla vita, la dottrina che, a seguito della più volte menzionata terza riforma del sistema di previdenza complementare, si è occupata dei PIP non ha mutato avviso. È opinione pressoché unanime⁹¹ che i contratti di cui si discorre rispondano al paradigma dell'art. 1882 c.c. e, più precisamente, allo schema dell'assicurazione di sopravvivenza con rendita differita; con essi l'impresa assicurativa assume, dietro versamento di un premio, l'obbligo di corrispondere all'assicurato un capitale e/o una rendita alla scadenza di un termine di differimento, coincidente con il verificarsi di un evento attinente alla vita umana, nella specie il perfezionamento dei requisiti anagrafici e contributivi previsti dalla legge per il pensionamento obbligatorio. Si tratterebbe, ovviamente, di un'assicurazione di sopravvivenza dai caratteri del tutto peculiari, stante l'operatività dei diritti, e dei relativi limiti, previsti dalla normativa speciale

⁹⁰ Facoltà quali: il libero esercizio del riscatto in presenza delle relative condizioni; le anticipazioni su polizza; la cessione, il pegno e il vincolo delle somme assicurate; la conversione integrale della rendita in capitale; l'anticipazione della scadenza del termine di differimento. *Volpe Putzolu e Ottaviani*, pag. 330 s.

⁹¹ Nel senso della riconducibilità dei PIP allo schema tipico dell'assicurazione sulla vita, v. *Martina, Landini, Pallini, Nanni*.

in tema di previdenza complementare e, segnatamente, dell'istituto del riscatto in favore dei superstiti dell'aderente, in caso di sua premorienza⁹². Tuttavia, secondo la richiamata dottrina, le evidenziate specificità delle nostre figure troverebbero la loro unica giustificazione nella strumentalità delle stesse all'attuazione di piani previdenziali e, in particolare, nella volontà legislativa di consentire anche a coloro che ricorrano al contratto di assicurazione con finalità di previdenza integrativa di godere dei medesimi benefici fiscali previsti dalla normativa di settore in favore degli aderenti ai fondi pensione⁹³. Esse, pertanto, non inciderebbero in alcun modo sulla qualificazione dei contratti in esame, i quali resterebbero connotati, sul piano causale, da una funzione squisitamente previdenziale; non si tratterebbe, tuttavia, della generica causa previdenziale che caratterizza il comune modello di assicurazione sulla vita di cui all'art. 1882 c.c., bensì della ben più pregnante e specifica causa previdenziale che qualifica le forme pensionistiche complementari nel loro complesso⁹⁴. Da qui l'applicabilità ai PIP della disciplina generale dell'assicurazione sulla vita di cui agli artt. 1919 ss. c.c. per quanto non diversamente previsto dalla normativa di settore. Proprio l'individuazione, nell'ambito dei contratti assicurativi in parola, della specifica causa previdenziale di cui si è fatto cenno, ha consentito agli studiosi della materia di addivenire ad una soluzione anche in ordine alla seconda questione interpretativa sollevata dai PIP: se gli stessi possano ritenersi veri e propri contratti di assicurazione sulla vita anche qualora siano attuati mediante la stipulazione di polizze *unit linked*. Il riconoscimento normativo della natura finanziaria delle polizze *unit linked* potrebbe indurre, inizialmente, a ritenere che anche i PIP, se attuati mediante la stipulazione dei suddetti contratti, siano veri e propri prodotti finanziari. In realtà, però, lo stesso legislatore, ha escluso questa evenienza e come

⁹² Sul punto, v. *Landini*, il quale evidenzia che la previsione, nell'ambito delle polizze vita attuative di piani previdenziali, del possibile riscatto in caso di decesso anticipato dell'aderente pone, ancora una volta, evidenti problemi di compatibilità con un modello, quello, più volte richiamato, dell'assicurazione di rendita differita che copra il rischio di sopravvivenza, nel quale « l'assicurato non matura alcuna posizione prima del verificarsi dell'evento assicurato, ovvero la sua sopravvivenza alla scadenza del periodo di differimento». V. anche *Pallini*, il quale, riproponendo i medesimi rilievi critici mossi dalla migliore dottrina (*Volpe Putzolu*) nei confronti della disciplina originaria dei PIP, ritiene che l'istituto del riscatto per il caso di premorienza di cui all'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 252/2005 sia compatibile con le sole polizze vita che siano strutturate secondo lo schema dei fondi pensione a contribuzione definita; risultino, cioè, caratterizzate da una netta scissione tra le due fasi di accumulo e gestione delle risorse, da un lato, e di erogazione delle prestazioni, dall'altro, con conseguente assunzione di un rischio demografico soltanto nell'ambito di quest'ultima. Laddove, invece, la polizza operasse secondo il regime di prestazione definita, e fosse dunque caratterizzata dall'assunzione del rischio demografico sin dal momento della stipulazione, l'istituto del riscatto per il caso di decesso anticipato porrebbe problemi di compatibilità risolvibili soltanto adeguando la struttura del contratto assicurativo: o mediante assunzione, da parte dell'assicuratore, di un'autonoma obbligazione avente ad oggetto l'erogazione della prestazione al verificarsi dell'evento, ovvero mediante l'inserimento nel regolamento contrattuale di una clausola di controassicurazione.

⁹³ «I contratti di assicurazione previdenziali sono normali contratti di assicurazione sulla vita, del tipo rendita differita, che garantiscono le prestazioni previste dalla legislazione previdenziale e sono ammessi, pertanto, ai benefici fiscali contemplati per i prodotti previdenziali». *Nanni*.

⁹⁴ Così *Martina*, *I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e i prodotti previdenziali di terzo pilastro*, in *Ricerche giuridiche*, 2012, pag. 289. Vedi anche *Persiani*, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, pag. 741, secondo il quale gli strumenti di previdenza complementare costituiscono « una species del più ampio genus costituito dall'insieme di tutti gli strumenti destinati a realizzare, comunque, una finalità previdenziale. Species la cui autonomia concettuale deriva da ciò che gli strumenti ad essa riconducibili sono stati oggetto di apposita considerazione da parte del legislatore che ha previsto, per loro, specifiche discipline».

accennato, secondo la più recente dottrina la scelta del legislatore è da ritenersi condivisibile⁹⁵ proprio in ragione della specifica e pregnante funzione previdenziale che si ritieni qualificata, sul piano causale, tutte le forme di previdenza complementare, comprese quelle realizzate mediante lo strumento del contratto individuale di assicurazione sulla vita. Si è, infatti, osservato che ogni qualvolta una polizza *unit linked* costituisca strumento di attuazione di un PIP, il contraente risulterà animato dalla volontà di provvedere al soddisfacimento di proprie specifiche esigenze previdenziali e non potrà, dunque, ravvisarsi alla base della stipulazione una finalità di puro investimento, la quale soltanto avrebbe potuto giustificare la qualificazione dei nostri contratti in termini finanziari e la sottoposizione degli stessi alle disposizioni dettate dal t.u.f. a tutela dell'investitore⁹⁶.

⁹⁵ Non mancano, tuttavia, voci discordanti sul punto. Critico nei confronti della scelta legislativa è *Niutta*, *L'abrogazione dell'art. 100, comma 1, lett. f) e le previsioni del nuovo art. 100-bis TUF nella c.d. "legge sul risparmio" (l. 28 dicembre 2005, n. 262) e nel "correttivo" (d. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303): una proposta di ricostruzione sistematica*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2007, I, pag. 11 ss., secondo il quale l'esclusione delle polizze di ramo III attuative di piani individuali pensionistici dalla definizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. w-bis, t.u.f., appare discutibile: essa, infatti, costituirebbe un disincentivo per il lavoratore che decida di destinare i propri accantonamenti nella previdenza assicurativa, il quale vedrebbe limitata la propria possibilità di accedere alle tutele che il sistema predispone per il risparmiatore investitore.

⁹⁶ Così rileva *Martina* e di qui l'opportuna tutela del soggetto che persegua il diverso obiettivo << di guardare con lungimiranza al suo futuro stato di pensionato >> attraverso la disciplina della previdenza complementare.

CAPITOLO II

I SOGGETTI DESTINATARI DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE

II.I Configurazione soggettiva della previdenza complementare

L'art. 2 del D.Lgs 252/05 indica chiaramente i destinatari della previdenza complementare. Le differenze tra il nuovo art. 2 ed il vecchio art. 2 del D.Lgs 124/93 appare, perlopiù semantica, in quanto la vecchia disciplina si limitava a definire in maniera indiretta il campo di applicazione soggettivo della previdenza complementare. Alla luce della nuova disciplina i soggetti destinatari della previdenza complementare sono: tutti i lavoratori dipendenti, pubblici e privati, indipendentemente dal tipo di contratto con cui sono assunti; i lavoratori autonomi, i soci lavoratori di cooperative e le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari. Inizialmente il D.Lgs 124/93 comprendeva solo i lavoratori dipendenti ed i lavoratori autonomi e solo successivamente nel 1995 la legge n. 335 ha annoverato anche i soci lavoratori di cooperative e con la lettera b ter in aggiunta al comma 1 dell'art.2 del D.Lgs n. 124/93, introdotta con l'art. 17 del D.Lgs. n. 18 febbraio 2000 n. 47 ha esteso la previdenza complementare anche alle persone che svolgono il lavoro "casalingo". In realtà, è bene rilevarlo sin da ora, l'estensione è per un verso più ampia, in quanto riguarda tutti i soggetti non lavoratori, e per l'altro più limitata, perché questi, al pari di tutte le persone non rientranti tra le categorie di destinatari di cui all'art. 2, in quanto non percettrici di reddito da lavoro, possono sì accedere alle forme pensionistiche complementari, ma soltanto a quelle individuali disciplinate dall'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005 e, in forza del rinvio contenuto nel comma 1 del medesimo art. 13, ai fondi pensione aperti. Al di fuori di quest'ultima categoria di soggetti, tutte le altre sono individuate in base alla loro appartenenza al mondo del lavoro, poiché l'accesso ai trattamenti pensionistici complementari avviene solo se il soggetto è già lavoratore ed è al contempo destinatario della previdenza obbligatoria⁹⁷. L'ampliamento effettuato con la l. n. 335/95 ai soci di cooperativa⁹⁸ non aveva alterato il carattere occupazionale della previdenza complementare, mentre più complessa è la questione a seguito dell'estensione alle persone non percettrici di reddito e quindi non necessariamente destinatarie della previdenza obbligatoria. Con riferimento alla disciplina

⁹⁷ Cinelli M., *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*, per il quale se la legge avesse previsto la possibilità di un'estensione anche a soggetti per i quali non è possibile la copertura previdenziale pubblica per la mancanza dei presupposti, la previdenza in esame non avrebbe avuto una funzione integrativa o complementare, ma diversa natura, anche sostitutiva della previdenza pubblica; Tursi, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, pag.100.

⁹⁸ Tursi A., *La previdenza complementare nel sistema*, pag, 100.

precedente la risposta della dottrina era stata negativa, sulla base della considerazione che il D.Lgs. n. 47/00 non ha avuto l'intento di ampliare la platea dei destinatari anche a soggetti non lavoratori, ma bensì, fornirli di una tutela previdenziale⁹⁹ attraverso l'istituzione di fondi pensione disciplinati dal D.Lgs. n. 124/1993. La nuova normativa disciplinata dal D.Lgs. n. 252/2005, oltre a riconoscere ancora alla contrattazione collettiva un rilevante ruolo nella disciplina della materia, non ne altera le finalità, che restano quelle di assicurare l'integrazione dei trattamenti pubblici; essa inoltre mantiene e conferma lo stretto collegamento tra previdenza pubblica e privata, ancorando il diritto alle prestazioni complementari all'acquisizione di quelle pubbliche. Il legislatore del 2005, infine, non ha ampliato ulteriormente la categoria dei destinatari della previdenza complementare, sicché la previsione delle persone non appartenenti al mondo del lavoro tra i possibili beneficiari della previdenza complementare continua ad avere un carattere marginale. In conclusione, ci pare possa sostenere che anche la nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 252/2005 mantenga il carattere occupazionale della previdenza complementare.

La prima categoria di destinatari della previdenza complementare è costituita dai lavoratori dipendenti, pubblici e privati. Il legislatore ha trattato congiuntamente le due categorie, nonostante, vi siano tuttora ampi tratti di discontinuità tra il settore pubblico e quello privato. La lettera *a*) del primo comma dell'art.2 del D.Lgs. n. 252/2005 contiene alcune modifiche rispetto alla precedente normativa¹⁰⁰, indicando possibili modalità di raggruppamento dei lavoratori. In generale, l'indicazione delle modalità di raggruppamento ricalca le possibili forme di associazionismo sindacale e si spiega in considerazione del fatto che la legge, nonostante l'equiparazione tra fondi chiusi e aperti¹⁰¹, tuttora assegna al contratto collettivo il ruolo di fonte privilegiata di istituzione delle forme pensionistiche complementari¹⁰². Peraltro, in un sistema

⁹⁹ Tursi A., *La previdenza complementare nel sistema*, cit., pag. 106.

¹⁰⁰ Vi è una sorta di inversione gerarchica dei possibili criteri di aggregazione dei lavoratori ai fini dell'adesione alle forme pensionistiche complementari: l'art. 2 del d.lgs. 124/1993 prevedeva la categoria, il comparto, il raggruppamento anche territorialmente delimitato, la categoria contrattuale, l'impresa, l'ente, il gruppo di imprese o una diversa organizzazione del lavoro o produttiva; l'art. 2 del d.lgs. 252/2005 inverte tale ordine, partendo dall'impresa per giungere, elencando al contrario gli stessi possibili raggruppamenti, fino alla categoria. Quest'ultima, inoltre, nel nuovo testo è indicata in modo generico, senza ulteriori specificazioni, mentre nel precedente art. 2 era indicata sia in modo generico, sia seguita dall'attribuzione << contrattuale >>. L'eliminazione del duplice riferimento non sembra tuttavia alterare l'indicazione normativa, anzi appare corretta sotto il profilo giuridico, in quanto nel precedente art. 2 la categoria (generica) era collocata accanto al comparto e indicava quindi le categorie (merceologiche) nelle quali normalmente si articola il livello nazionale della contrattazione collettiva, a cui corrispondeva l'espressione comparto, che indicava lo stesso livello di contrattazione nell'ambito del pubblico impiego, mentre la categoria contrattuale, era collocata dopo le altre forme di raggruppamento e prima del livello di impresa e sembrava indicare le categorie professionali di cui all'art. 2095 c.c. peraltro si trattava di una imprecisione in quanto anche la << categoria >> di livello nazionale non può che essere una categoria contrattuale e non merceologica. Sul significato da attribuire alle espressioni categoria e categoria contrattuale nel d.lgs. 124/1993, cfr. *Mazziotti, sub art. 2, cit.*, pag. 179. In ogni caso si deve ritenere che l'inversione dell'ordine dei criteri di raggruppamento dall'impresa alla categoria non possono avere rilevanza giuridica ed essere intesa in senso vincolante, riducendosi al contrario ad una mera variazione semantica.

¹⁰¹ *Bonardi, La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le Nuove leggi civili Commentate*, 2007, sub art. 1.

¹⁰² Rilevava con riferimento al precedente art. 2 del D.Lgs. n. 124/1993 anche i criteri ricalcavano quelli dell'associazionismo sindacale perché il contratto collettivo era la più importante tra le possibili fonti istitutive,

fondato sulla libertà sindacale da un lato e sulla libertà dell'assistenza privata dall'altro e nel quale, come si è visto la previdenza complementare pur concorrendo alla realizzazione delle finalità di cui al comma 2 dell'art. 38 Cost., resta privata e libera, la scelta delle modalità di aggregazione dei lavoratori non può che essere rimessa alla libera autodeterminazione di questi. Devono quindi ritenersi possibili raggruppamenti territoriali o misti, che includano lavoratori del settore pubblico con quelli del settore privato o lavoratori subordinati con quelli autonomi¹⁰³. Un'importante novità contenuta nella lettera a), comma 1, dell'art.2 del D.Lgs. n. 252/2005 è l'indicazione, tra i lavoratori subordinati, dei lavoratori assunti in base alle tipologie contrattuali previste dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. L'innovazione merita un'approfondita riflessione, per alcune importanti ragioni: in primo luogo essa pone un problema di carattere prettamente interpretativo riguardante la definizione delle tipologie contrattuali a cui si riferisce la norma; inoltre ci si deve chiedere se e in che misura siano legittime le previsioni dei fondi pensione volte ad ammettere o ad escludere dal proprio ambito di applicazione i lavoratori aventi determinati tipi di contratto o svolgenti attività limitate nel tempo.

Si tratta di lavoratori che difficilmente o a fatica, a causa dei percorsi lavorativi non lineari, riusciranno a maturare il diritto alle prestazioni previdenziali di tipo pubblico. Il discorso si inquadra in una questione che merita una riflessione su quello che è il rapporto tra sistema previdenziale complementare e tendenze del mercato del lavoro, che moltiplicano tipologie di lavoro discontinuo¹⁰⁴, considerando che le misure progettate sono ancora modeste rispetto alla gravità del problema, in particolare per i lavoratori impiegati con contratti di lavoro a progetto o comunque di collaborazione coordinata e continuativa i quali, oltre ad avere ancora contributi nettamente più bassi nel sistema previdenziale pubblico, non possono avvalersi del conferimento del t.f.r. per potenziare la propria posizione di previdenza complementare.

La nuova normativa mira, anche, ad agevolare la posizione dei lavoratori atipici con l'ampliamento della "portabilità" e la salvaguardia della posizione previdenziale del singolo; la Covip¹⁰⁵ attraverso delle direttive ha stabilito che tutte le forme pensionistiche complementari dovranno prevedere, oltre al riscatto ed al trasferimento, anche "*il mantenimento della posizione individuale dell'aderente presso la forma stessa che, salvo diversa volontà del lavoratore, dovrà*

Mazziotti, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2007, sub art. 2, pag. 179.

¹⁰³ È peraltro dubbia la possibilità di ravvisare un ulteriore riscontro normativo a favore dell'ammissibilità di fondi misti di lavoratori autonomi e subordinati nel comma 5 dell'art. 4, in base al quale << i fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, sia per lavoratori subordinati sia per lavoratori autonomi, devono assumere forma di soggetto riconosciuto ai sensi del comma 1, lett. b)...>>: la norma infatti deve essere riferita alle due categorie di lavoratori alternativamente e non cumulativamente: essa dunque non conferma, ma non esclude nemmeno il loro raggruppamento in un'unica forma pensionistica.

¹⁰⁴ Pandolfo, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche utile indicazione per il legislatore delegato*, in *Prev. ass. pubb. e priv.*, 2004, III, pag. 1265.

¹⁰⁵ Deliberazione del 28 giugno 2006, "Direttive generali alle forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'art.23, comma 3, del decreto legislativo n. 252/2005", in <http://www.covip.it/documenti/PDF/Provvedimenti/Direttive%20covip.pdf>.

continuare ad essere gestita dalla forma pensionistica ed essere incrementata dai rendimenti conseguiti”, e che la regola del mantenimento si applichi anche nel caso in cui il lavoratore non abbia esercitato altre opzioni¹⁰⁶. La legge, inoltre, consente, il riscatto anche per cause differenti da quelle espressamente menzionate dalla legge.

Le tipologie di lavoratori annoverate dalla lettera *a)* del primo comma dell’art. 2 sono quelle indicate dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Quest’ultimo comprende i contratti di lavoro alle dipendenze delle agenzie di somministrazione, lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, di apprendistato, di inserimento, a progetto, occasionale e accessorio. Una delle questioni più ostili da affrontare è stabilire se rientrano tutti i lavoratori assunti con questi tipi di contratto o soltanto quelli aventi vincolo di subordinazione. Il dubbio più rilevante in proposito riguarda i lavoratori a progetto. La loro assimilazione ai lavoratori subordinati, già sostenuta in passato¹⁰⁷, ha il vantaggio di realizzare una forma di tutela unitaria dei lavoratori della medesima impresa e di consentire al lavoratore il mantenimento della propria posizione previdenziale all’interno dello stesso fondo sia in caso di successiva assunzione con contratto di lavoro subordinato, sia nel caso di successione di assunzioni con le diverse tipologie contrattuali. L’opzione a favore dell’assimilazione dei lavoratori a progetto a quelli subordinati presenta però l’inconveniente della necessità di definire diverse modalità di finanziamento, non potendo questo essere realizzato mediante il conferimento del t.f.r., limite questo che può incidere negativamente sulla realizzazione di una tutela previdenziale adeguata. L’opzione contraria, ovvero a favore dell’assimilazione ai lavoratori autonomi, ha il vantaggio di consentire al lavoratore di optare per una forma pensionistica a prestazione definita, che il comma 2 dell’art. 2 del D.Lgs. n. 252/2005, riserva ai soli lavoratori di cui alla lett. *b)*, ma che, come si vedrà, è assai poco diffusa e riservata alle categorie di lavoratori più forti sul mercato perché molto onerosa. Sul piano strettamente giuridico, militano a favore dell’inquadramento dei lavoratori a progetto nella lett. *b)* sia il carattere autonomo della prestazione di lavoro, sia il tenore della lett. *a)* nella quale si usa la formula << i lavoratori dipendenti ivi compresi i lavoratori assunti in base alle tipologie contrattuali >>. La dizione utilizzata dal Legislatore, sembrerebbe riferirsi alle sole tipologie contrattuali di lavoro subordinato, ma la norma potrebbe, in realtà, essere intesa anche in maniera opposta, in quanto, si può ritenere che si possano accorpate tutte le nuove forme di lavoro previste dal D.Lgs. n. 276/03 nel più ampio *genus* dei lavoratori economicamente dipendenti. L’ambiguità della norma non può che essere risolta applicando i criteri generali che regolano la materia e in primo luogo tenendo

¹⁰⁶ Di un’analogia esigenza si è fatta almeno parzialmente carico anche la dir. 1998/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998, relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all’interno della Comunità europea, che sia pure con riferimento al diverso caso della mobilità transnazionale del lavoratore, all’art. 4 si preoccupa di statuire precise norme volte a garantire il mantenimento dei diritti acquisiti dai lavoratori che perdano i requisiti di partecipazione al fondo.

¹⁰⁷ *Mazziotti, La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2007, sub art. 2, cit., pag. 181.

conto della discrezionalità¹⁰⁸ che il legislatore ha lasciato alle fonti istitutive circa la definizione dei criteri aggregativi dei lavoratori, lasciando che sia il contratto collettivo, accordo o regolamento d'impresa a delimitare l'area dei destinatari¹⁰⁹. Il Legislatore, infatti, riconosce ampi margini di discrezionalità alle fonti istitutive circa l'individuazione delle categorie di lavoratori, ritenendo possibile l'inclusione dei lavoratori aventi particolari forme di contratto tra i destinatari della previdenza complementare. In questo senso è utile ricordare che sussiste un generale consenso sulla possibilità per le fonti istitutive di prevedere anche destinatari ulteriori rispetto agli appartenenti alla categoria a cui il contratto collettivo che ha istituito la forma pensionistica si riferisce¹¹⁰ e in proposito si noti come sinora i fondi si siano fatti carico di includere lavoratori di imprese appartenenti alla categoria merceologica di riferimento, ma a cui non si applica il contratto collettivo, o di imprese appartenenti ai settori affini, ma pur sempre richiedendo la sussistenza di un preventivo accordo sindacale¹¹¹. La COVIP, tuttavia, ha affermato che la possibilità di includere altri soggetti presuppone la sussistenza di alcune condizioni particolarmente rigorose e complesse¹¹². Al di là della definizione delle modalità con cui le fonti istitutive possono estendere il loro raggio d'azione, si deve comunque ritenere che sia in generale possibile l'inclusione dei lavoratori aventi rapporti di lavoro particolari tra i destinatari delle forme di previdenza complementare. Una risposta più articolata deve tuttavia essere data al quesito se le fonti istitutive possano includere tra i destinatari della tutela previdenziale complementare realizzata a favore dei dipendenti dell'utilizzatore anche i lavoratori impiegati da quest'ultimo mediante contratti di somministrazione. La risposta è tendenzialmente positiva, in quanto, pur essendo questi lavoratori assunti da un datore di lavoro diverso e pur essendo essi soggetti a una diversa contrattazione collettiva, la disposizione che li include tra i destinatari della tutela previdenziale può considerarsi disposizione a favore di terzi, di cui il lavoratore si avvale mediante l'adesione al fondo pensione. Se dunque non sembrano sussistere ostacoli nel ritenere che il lavoratore assunto dall'agenzia di somministrazione possa aderire al fondo di previdenza complementare dell'utilizzatore ove la fonte istitutiva applicabile a quest'ultimo lo preveda, si deve tuttavia ancora valutare se il datore di lavoro somministratore sia tenuto a conferire il t.f.r. e a versare gli eventuali contributi previsti dal contratto collettivo. Poiché l'art. 8, comma 7, lett. a) stabilisce che *“il lavoratore, può conferire l'intero importo del t.f.r. maturando ad una forma di*

¹⁰⁸ Pessi, R., *La previdenza complementare*, Padova, 1999, pag. 141.

¹⁰⁹ Con riferimento al precedente d.lgs. 124/1993, v. Bessone, *Previdenza complementare, cit.*, pag. 187.

¹¹⁰ Bessone M., *Previdenza complementare, cit.*, pag. 187.

¹¹¹ Vianello, *Previdenza complementare e autonomia, cit.*, pag. 265.

¹¹² Si richiedeva infatti che almeno una delle parti che ha sottoscritto il contratto istitutivo del fondo pensione fosse anche firmataria del contratto collettivo di lavoro degli ulteriori destinatari e che sussistesse una specifica fonte istitutiva che completasse quella originaria, nonché una ulteriore specifica fonte di raccordo e di completamento della fonte istitutiva originaria. v. le delibere del 18 giugno 1997, << Orientamenti in materia statutaria >>, in http://www.covip.it/documenti/html/provvedimenti/D970618_01.htm; delibera del 26 gennaio 2001, <<Area dei destinatari dei fondi preesistenti; orientamenti interpretativi>>, in http://www.covip.it/documenti/PDF/Provvedimenti/D010126_01.pdf; in argomento vedi anche Bessone M., *Previdenza complementare, cit.*, pag. 187.

previdenza complementare dallo stesso prescelta”, non pare dubbio che il somministratore sia obbligato a versare il t.f.r. al fondo indicato dal lavoratore, mentre per quanto riguarda il versamento di ulteriori contributi la questione appare più complessa. Appare molto dubbio che un simile vincolo possa essere desunto dall’art. 23, comma 1 del D.Lgs. n. 276/03, in base al quale il lavoratore ha diritto *“a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell’utilizzatore”*. Tale norma, infatti, non garantisce l’estensione dello stesso trattamento spettante ai dipendenti dell’utilizzatore, ma solo che il lavoratore non percepisca un trattamento inferiore a quello a cui avrebbe diritto se fosse assunto direttamente dal suo utilizzatore. Né si può fare riferimento a nostro parere alla previsione di cui al comma 4 dell’art. 23, in base al quale il lavoratore ha diritto *“a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell’utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio”*. Non si tratta, infatti, nel nostro caso né di servizi sociali, né di assistenza e l’adesione alla forma pensionistica complementare presuppone l’associazione al fondo pensione. In conclusione, l’obbligo di versamento del contributo del datore di lavoro al fondo pensione istituito per i dipendenti dell’utilizzatore potrà sussistere in capo all’agenzia di somministrazione datrice di lavoro solo ove lo stesso sia previsto dalla contrattazione collettiva che si applica all’agenzia stessa.

Il potere riconosciuto alle fonti istitutive circa l’individuazione dei soggetti destinatari ai quali riconoscere il diritto di adesione ai fondi pensione si riflette su una questione altrettanto complessa e simmetrica cioè sulla possibilità che le stesse fonti istitutive possano legittimamente escludere dal novero dei soggetti della previdenza complementare alcune categorie professionali.

Il fulcro dell’argomento è stabilire se lavoratori assunti con contratto di lavoro parziale o a termine, ripartito, a chiamata, di somministrazione possano essere esclusi dalla tutela previdenziale complementare e se nel silenzio delle fonti istitutive i lavoratori indicati possano o meno iscriversi a dei fondi pensione.

È indiscusso che l’autonomia collettiva e quella privata possano, in alcune situazioni, circoscrivere l’iscrizione solo ad alcune categorie di lavoratori, in quanto istituite sulla base di atti di autonomia privata, ma tutto ciò non deve ostare con i divieti di discriminazione sia diretta che indiretta. La Corte di giustizia europea ha già da tempo mostrato il suo orientamento¹¹³ ed ha sottolineato che negare alle categorie professionali l’adesione alle forme pensionistiche private rappresenta discriminazione indiretta di genere; non solo: ha stabilito che si approda alla medesima conclusione con riferimento alle altre forme di lavoro flessibile, ogni qual volta tali lavori siano

¹¹³ In questo senso, v. *M. Roccella e T. Treu, Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, 2012, pag. 289; *Izzi, I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell’ordinamento comunitario*, in *La previdenza complementare*, a cura di *Bessone e Carinci*, Torino, 2004, pag. 69.

svolti maggiormente dalla categoria femminile o dai soggetti indicati dal D.Lgs. n. 215 e 216 del 2003 per i quali è stata estesa la tutela antidiscriminatoria e sempre qualora non sussistano valide motivazioni giustificatrici di trattamenti differenti¹¹⁴.

Per i lavoratori subordinati, possiamo ritenere in via del tutto pacifica, che il diritto di adesione sussiste ogni qual volta le fonti istitutive lo abbiano previsto, senza vincolo di subordinazione a particolari requisiti. Nel caso in cui ci siano dei limiti imposti per alcuni tipi di contratto ci si interroga se si può ritenere esistente il diritto di adesione desumendolo dai principi di non discriminazione e dalle garanzie di parità presenti in ogni contratto.

La normativa comunitaria, a proposito, attraverso le direttive 1997/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nelle quali è stato concepito il principio di non discriminazione¹¹⁵, ha imposto che eventuali differenze di trattamento debbano essere doverosamente giustificate da obiettive ragioni e che tale giurisprudenza comunitaria favorisce il riconoscimento del diritto del lavoratore a non essere discriminato nell'iscrizione ai fondi pensione.

Tale conclusione, è stata fortemente discussa e non condivisa dalla dottrina maggioritaria, la quale sostiene che i concetti di parità stabiliti a favore dei lavoratori assunti con contratto di lavoro flessibile ed il principio di non discriminazione non devono essere tra di loro confusi ma devono mantenere la loro autonomia concettuale¹¹⁶. Pertanto, la problematica dovrà essere risolta dai giudici nazionali¹¹⁷. Soprattutto si è osservato che il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici appare formulato in modo più "morbido e che non necessariamente le "ragioni obiettive" che possono "giustificare" il loro diverso trattamento coincidono con quelle che sono state faticosamente elaborate per valutare la legittimità di trattamenti differenziati in ragione del sesso dei lavoratori¹¹⁸. Il principio di non discriminazione contenuto nell'art. 6 del D.Lgs. n. 368/01, in materia di contratto a termine appare sufficientemente ampia da includervi anche il diritto all'iscrizione ai fondi di previdenza complementare. La suddetta norma sancisce, infatti, chiaramente, che al lavoratore spettano, tra l'altro, "il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine. E non si vede quali possano essere tali situazioni di incompatibilità, se proprio il D.Lgs. n. 252/2005, con

¹¹⁴ . M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 2012, pag. 297.

¹¹⁵ Bonardi, *Parità di trattamento in materia di occupazione e impiego: la nuova disciplina comunitaria*, in *Note inf.*, 2006, n. 37, pag. 37.

¹¹⁶ Alaimo, *Principio di non discriminazione e criterio del riproporzionamento dei trattamenti*, in *Il lavoro a tempo parziale. D. lgs. n. 61/2000*, a cura di Brollo, Milano, 2001, pag. 102; l'autore rileva come il principio di non discriminazione dei part-time esprima anche la volontà di tutelare il lavoro femminile.

¹¹⁷ Izzi, *I fondi pensione e il principio di parità*, cit., pag. 74.

¹¹⁸ De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. e dir.*, 2004, pag. 544.

riferimento contenuto nella lett. a) del comma 1 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 252/2005 alle nuove tipologie contrattuali, implicitamente esclude che la durata del rapporto e/o la riduzione di orario possano costituire eventuali incompatibilità con l'adesione al fondo di previdenza complementare. Le categorie di lavoratori maggiormente a rischio, per le quali la legge nulla dice circa il diritto a percepire un trattamento uguale o quantomeno non inferiore a quello spettante agli altri lavoratori sono coloro che sono assunti con il contratto di apprendistato, anche se un'eventuale esclusione non fondata su valide giustificazioni potrebbe costituire un caso di discriminazione indiretta per motivi di età¹¹⁹ ed in secondo luogo per coloro che lavorano in regime di somministrazione, poiché in relazione a tale tipo di lavoro, sorgono complessi problemi perché sarebbe incomprensibile dover vincolare l'agenzia di somministrazione titolare del rapporto di lavoro. Ancora più cruciale e dubbia, infine, è la possibilità di riconoscere il diritto di iscrizione al lavoratore assunto nella modalità del lavoro a progetto, per il quale il legislatore non prevede alcuna equiparazione con il trattamento economico e normativo spettante ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato. I soci di cooperativa sono stati inseriti nella lettera c), primo comma dell'art.2 del D.Lgs. n. 252/05 come destinatari della previdenza complementare attraverso la legge n. 335/95 con lo scopo di avvicinare la disciplina di tali lavoratori con quella dei lavoratori subordinati¹²⁰; il riferimento normativo è rivolto non solo ai soci di cooperativa ed ai dipendenti delle cooperative, ma anche (come già prevedeva il superato D.Lgs. n. 124/93) a quelli dei consorzi e delle società consortili, oltre che delle società da queste controllate¹²¹.

Alla luce della nuova normativa, bisogna domandarsi se questa è in armonia con quanto disposto dalla disciplina del rapporto di lavoro dei soci di cooperativa elaborata nella l. n. 142/01^o o se vi siano problemi di coordinamento. La legge del 2001, statuisce, all'art.1, comma 3, che il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del proprio rapporto associativo, un ulteriore rapporto di lavoro, che può essere di natura subordinata o autonoma, ma anche di collaborazione coordinata non occasionale con il quale egli contribuisce al raggiungimento della finalità sociale. Non si rilevano, pertanto, contrasti tra la legge n. 142/01 ed il D.Lgs. n. 252/05 in merito alla costituzione di fondi pensione, sicché la nuova formulazione va intesa nel senso dell'ammissibilità dei fondi pensione per i dipendenti e per i soci delle cooperative sia che questi siano lavoratori subordinati, autonomi o legati da rapporti di collaborazione. Il combinato disposto dall'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 252/2005 e dell'art. 1, comma 3, l. n. 142/01 impone quindi di ritenere superato il precedente orientamento che escludeva la possibilità di adesione alle forme pensionistiche della cooperazione, dei lavoratori autonomi e

¹¹⁹ Bonardi, *Le discriminazioni per età nel diritto del lavoro, Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, Milano, 2007.

¹²⁰ Candian, *I fondi pensione*, Milano, 1998, pag. 80; Tursi A., *La previdenza complementare nel sistema*, cit., pag. 99.

¹²¹ Bessone, *Previdenza complementare*, cit. pag. 131.

dei liberi professionisti legati alle cooperative da rapporti di collaborazione¹²². Per quanto, invece, concerne la cooperazione è stabilito che è consentita l'istituzione di fondi pensione sia ai soci che ai dipendenti¹²³ con una particolarità: i soci di cooperativa che sono lavoratori di tipo autonomo potranno accedere solo ad un fondo che preveda un regime a contribuzione definita.

L'ultima categoria da trattare riguarda il lavoratore autonomo, i quali, a differenza dei lavoratori dipendenti, dei soci lavoratori di cooperativa e dei soggetti che svolgono lavoro di cura non retribuito derivante da responsabilità familiare che possono istituire esclusivamente forme pensionistiche a contribuzione definita, possono essere istituite anche forme pensionistiche in regime di prestazioni definite. Tale disposizione non costituisce una novità apportata dall'ultimo decreto ma era già prevista dall'art. 2 del vecchio D.Lgs. n. 124/1993 e costituisce una norma inderogabile sia per i soggetti promotori dei fondi pensione chiusi sia per le imprese di intermediazione finanziaria che offrono fondi pensione aperti¹²⁴. Bisogna constatare che le forme pensionistiche a prestazione definita non sono molto diffuse a causa della loro onerosità che quindi disincentivano i lavoratori a tale tipo di copertura previdenziale.

La questione che riguarda il divieto di istituire fondi a prestazione definite per i lavoratori che non siano autonomi o liberi professionisti incontra diversi pensieri a sostegno e si discute se una tale imposizione possa contrastare con quanto sancito dal comma 5 dell'art. 38 della Costituzione. Pertanto, è necessario percorrere l'iter che ha portato ad una tale esclusione, ragionare sulle motivazioni addotte e capire quale interesse si è voluto tutelare.

Una prima interpretazione a sostegno della legittimità del divieto nei confronti dei lavoratori subordinati consiste nell'esigenza di conoscere preventivamente l'entità dei contributi da versare; esigenza che si pone sia in riferimento ai datori di lavoro, che concorrono al finanziamento delle prestazioni dei propri dipendenti, sia nei confronti dei lavoratori stessi. A sostegno della legittimità del divieto si è poi addotta la necessità di sottrarre i lavoratori dipendenti ad un rischio eccessivo, in considerazione del loro reddito, mediamente basso; estendendo tale divieto anche ai lavoratori parasubordinati, sia perché l'art. 8 prevede che i contributi possano essere posti anche a carico del committente, sia perché sussisterebbe per questi ultimi la medesima esigenza di conoscibilità.

Secondo una diversa linea di pensiero, tale divieto, altrimenti sospetto di incostituzionalità, sarebbe stato posto in considerazione delle esigenze di governabilità dei fondi e di equilibrio finanziario delle gestioni, per evitare loro l'esposizione al rischio di variazione degli oneri

¹²² Bessone, *Previdenza complementare*, cit., pag. 130.

¹²³ Bessone, *Previdenza complementare*, cit., pag. 130.

¹²⁴ In questo senso con riferimento alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 124/1993, Bessone, *Previdenza complementare*, cit., pag. 160 ss.

contributivi¹²⁵. I sistemi a prestazione definita, comportano rischi a carico del soggetto erogatore, mentre nei programmi a contribuzione definita il rischio grava sui singoli lavoratori ed il trattamento è legato all'efficienza della gestione finanziaria dei contributi.

Considerato quanto sinora è emerso, possiamo constatare che gli interessi che la norma intende tutelare siano diversi tra loro e fanno capo a soggetti diversi. La questione merita peraltro un ulteriore approfondimento, in quanto l'individuazione dell'interesse protetto dalla norma e, conseguentemente, la valutazione circa la proporzionalità e legittimità del divieto sembra dipendere dalla sussistenza o meno di una effettiva diversa allocazione del rischio tra i due sistemi, a contribuzione e a prestazione definite.

Dal panorama internazionale emerge che la distinzione non è così netta, perché un sistema a prestazione definita può essere concepito come un programma a contribuzione definita unito a un mix idoneo di opzioni per eliminare il rischio residuo per il lavoratore e perché ibridi tra programmi a prestazione e a contribuzione definita esistono e si vanno diffondendo.

Alla luce di queste considerazioni, stabilire a priori quale sia l'interesse protetto e se il divieto sia proporzionato al fine perseguito dalla norma appare abbastanza arbitrario: molto dipende dalla concreta disciplina a cui il regime è soggetto. Sotto questo punto di vista, il D.Lgs. n. 124/93 è stato molto criticato ma tale critica può essere estesa anche al nuovo decreto per le lacune presenti sulla trattazione dei fondi a prestazione definita, infatti esso si limita a prevedere che nel caso in cui forme pensionistiche a prestazione definita siano istituite da fondi chiusi, questi stipuleranno contratti di assicurazione in nome e per conto dei loro iscritti; nel caso invece in cui la forma pensionistica sia promossa da un fondo aperto, questo potrà essere costituito solo da imprese di assicurazione; e sarà la stessa adesione al fondo a costituire il rapporto assicurativo.

II.II Adesione del fiscalmente a carico

Il nuovo contesto normativo che caratterizza la previdenza complementare alla luce del nuovo D.Lgs. n. 252/2005, spinge a soffermarci in merito a una nuova opzione consentita ai Fondi pensione negoziali, ossia l'adesione dei soggetti fiscalmente a carico. Tale opzione, già richiamata dalle direttive Covip del 28 giugno 2006, deve essere considerata una novità rispetto al passato. La categoria dei c.d. "fiscalmente a carico", infatti, non era totalmente sconosciuta all'universo della previdenza complementare prima della riforma, ma era collocata in un ambito meramente fiscale ed era, nello specifico, riferita al settore della previdenza complementare di tipo individuale. Il

¹²⁵ Bessone, *Previdenza complementare, cit.*, pag. 156; secondo il quale il modello a contribuzione definita "situa l'iscritto alla forma pensionistica nella posizione del creditore di prestazioni derivanti da una altrui obbligazione di mezzi" mentre nel modello a contribuzione variabile e a prestazione definita il creditore è "garantito dall'altrui obbligo di adempimento di una obbligazione di risultato".

riferimento a questa categoria, si rileva, infatti, nel D.Lgs. n. 47/00, in seno all'art. 1, comma 1, lett. a); disposizione nella quale si prevede un'apposita disciplina della deducibilità per il caso di contribuzione dei lavoratori a favore di soggetti fiscalmente a carico. Tale disposizione, trova origine in un decreto di natura esclusivamente fiscale, pertanto non aveva lo scopo di ampliare il novero dei soggetti destinatari della previdenza complementare, che erano individuati, in quel momento storico dall'art. 2 del previgente D.Lgs. n. 124/1993, ma semplicemente ad ampliare le possibilità di deducibilità fiscale a favore di soggetti a cui questi sono fiscalmente a carico. Tale disciplina non presentava particolari novità di tipo civilistico. I Fondi pensione aperti e i Pip, a decorrere dal 1 gennaio 2001, rappresentano, infatti, forme accessibili a qualunque produttore di reddito al di là di ogni qualificazione o status professionale ritenuto invece come requisito vincolante ai fini della partecipazione alle forme collettive, cui fa esplicito riferimento il citato art. 2 del D.Lgs. n. 124/1993. In un certo senso, con tale meccanismo, è stata predisposta una regolamentazione apposita per l'adesione anche di soggetti che non abbiano la qualifica di produttore di reddito. L'art. 2 del D.Lgs. n. 252/2005 non presenta modifiche sostanziali in ordine al regime dei destinatari della previdenza complementare, senza alcun riferimento né alle forme di tipo individuale né a quelle di tipo collettivo. Il novato art. 2 enumera in maniera non tassativa le categorie di lavoratori che possono aderire alla previdenza complementare, non includendo tra questi neanche i c.d. "percettori di redditi diversi da quelli di lavoro dipendente", che invece possono accedere a tale sistema in virtù dell'inesistenza di una esplicita norma di divieto e alla luce del nuovo regime fiscale inaugurato dal 2000 e che permette la fruibilità dei benefici sotto forma di deducibilità da qualunque tipo di reddito, e non più soltanto dai redditi di lavoro o assimilati, come accadeva prima dell'intervento del D.Lgs. n. 47/00. In un contesto in cui non sembrano enuclearsi novità di tipo strettamente normativo è dunque opportuno valutare i fondamenti giuridici che hanno spinto la Covip a stimolare l'attivazione di opzioni che consentano l'accesso ai fondi pensione negoziali da parte di soggetti fiscalmente a carico dei propri destinatari elettivi. Questa analisi, pertanto, è necessaria per comprendere e valutare il trattamento giuridico da applicare alla posizione e ai diritti di questi soggetti una volta che accedono alle forme pensionistiche complementari. L'innovazione non può essere rintracciata nel già citato D.Lgs. n. 252/2005, poiché l'art. 3, comma 3, continua a stabilire che il regime delle adesioni alle forme collettive è regolato in via esclusiva delle fonti istitutive. L'art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 252/2005 contiene un generico riferimento alle modalità di attuazione della contribuzione dei soggetti fiscalmente a carico, ma non può essere considerata come il fondamento giuridico dell'apertura dei fondi pensione chiusi a simili adesioni. Tale fondamento non può del resto essere rinvenuto neanche nel nuovo regime del finanziamento delle forme, contenuto nell'art. 8, comma 2, D.Lgs. n. 252/2005, che pur svincolando la contribuzione dall'egida della contrattazione collettiva, non può spingersi ad annullare il principio appena menzionato in base al quale "le fonti

istitutive stabiliscono le modalità di partecipazione, garantendo la libertà di adesione”. Pertanto, considerato quest’ultimo riferimento, sarebbero solo le fonti istitutive a poter determinare un simile ampliamento. In altre parole l’apertura dei fondi pensione chiusi a soggetti fiscalmente a carico non sarebbe altro che un effetto dei poteri delle fonti istitutive nel sistema di previdenza complementare, ossia di quel potere riconosciuto alle stesse di regolare rapporti di previdenza complementare autonomi da quelli di lavoro e del potere performativo che tali fonti esercitano sugli statuti in sede di determinazione dei requisiti di partecipazione. Questo rappresenta l’unico percorso coerente con il dettato normativo del D.Lgs. n. 252/2005 che permette di aprire l’adesione a tali soggetti verso forme di previdenza complementare, nonostante l’interrogativo che sorge in merito alla possibilità di immaginare che le fonti istitutive possano esercitare effetti sulle posizioni di soggetti che non rientrano nella categoria dei soggetti che rappresentano. Se, infatti, l’art. 2 del citato decreto non può essere considerato un elenco tassativo, l’art. 3, comma 3, non può, però, essere superato. Se si pensasse di permettere adesioni di fiscalmente a carico a favore di fondi pensione da esse originate al di là delle previsioni delle fonti istitutive e con un mero passaggio in sede statutaria sarebbe gioco forza considerare le posizioni di questi soggetti come posizioni di tipo accessorio, rispetto alle quali sarebbero irrealizzabili i diritti sanciti all’art. 14 del D.Lgs. n. 252/2005. Ricondurre l’origine dell’adesione di tali soggetti nell’alveo delle competenze che possono essere riconosciute alle fonti istitutive nella creazione di rapporti di previdenza complementare, anche non lavoristici, diventa l’unico modo per attribuire anche ai fiscalmente a carico tutti i diritti e i doveri che il D.Lgs. n. 252/2005 attribuisce ai destinatari di previdenza complementare di tipo collettivo. L’alternativa sarebbe quella di immaginare uno scollamento tra il piano delle fonti istitutive, che permettono e regolano le adesioni dei destinatari delle forme, e quella delle fonti statutarie che regolano la nascita di diritti associativi anche in capo a soggetti non destinatari della forma, ma questa opzione non trova allo stato alcun fondamento nel D.Lgs. n. 252/2005. In conclusione, nel percorso di adesione dei soggetti fiscalmente a carico a forme per natura chiuse a determinate categorie di destinatari, l’unica via percorribile è quella del passaggio in sede di fonte istitutiva, al fine di attribuire al soggetto in questione la posizione di destinatario della forma e potenziale beneficiario di tutti i diritti attribuiti dalla legge agli stessi, tra cui anche quello del riscatto per perdita dei requisiti di partecipazione, fattispecie che nel caso ipotizzato si realizzerebbe solo in presenza della perdita dei requisiti ritenuti indispensabili dalle fonti istitutive ai fini dell’acquisizione della qualifica di destinatario della forma pensionistica o, ancora, nel caso di revoca da parte delle fonti istitutive della scelta di aprire la forma pensionistica all’adesione dei fiscalmente a carico. Dalle considerazioni svolte emerge la necessità di valutare con attenzione questa nuova opzione, tenendo a mente la necessità che lo statuto attui le previsioni delle fonti istitutive sulle materie che ancora oggi ad esse vengono attribuite e l’opportunità di indagare l’ammissibilità di fondamenti teorici che la prassi sembra aver affermato nel contesto di

riferimento, ossia quelli relativi all'attribuzione alle fonti istitutive di poteri regolativi sui rapporti di previdenza complementari di soggetti per natura estranei al loro ambito di riferimento¹²⁶.

II.III Riflessioni sull'adesione dei pensionati

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 252/2005 ha fatto sorgere numerosi dubbi, determinando la necessità di tornare su riflessioni già sorte nel vecchio regime disciplinato dal D.Lgs. n. 124/1993. Tra queste, merita una riconsiderazione il tema della partecipazione a forme di previdenza privata da parte di pensionati. Nel vecchio regime¹²⁷, in particolare, si consentiva nelle sole forme individuali la prosecuzione della contribuzione fino a un massimo di cinque anni successivi al raggiungimento dell'età pensionabile. Poiché, la partecipazione a una forma pensionistica complementare è da ritenersi ammissibile solo ove si possa raggiungere la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche, si era ritenuto che i pensionati potessero aderire sino al compimento dell'età prevista per il pensionamento di vecchiaia. Dopo il raggiungimento di tale età, infatti non vi era più la possibilità di effettuare contribuzioni per un periodo di tempo sufficiente (5 anni) per ottenere una prestazione di previdenza complementare. Dunque, in quel contesto normativo si concludeva per la possibilità di adesione a forme pensionistiche complementari individuali da parte di pensionati, a patto che nel limite dei cinque anni di partecipazione consentiti si riuscissero a maturare i requisiti di accesso alle prestazioni di previdenza complementare. In mancanza di tali condizioni non doveva essere ammessa l'adesione di pensionati, nonostante questi non fossero esplicitamente esclusi dal novero dei destinatari della previdenza complementare.

Il nuovo regime disciplinato dal D.Lgs. n. 252/2005, in linea generale, segue la vecchia impostazione nella definizione dei potenziali destinatari. Nonostante una elencazione apparentemente tassativa dei potenziali aderenti, appare evidente che il vigente decreto intenda consentire l'adesione a forme di previdenza complementare a chiunque, prescindendo dall'esercizio o meno dell'attività lavorativa. Per quanto concerne i pensionati, però, la disciplina di riferimento è mutata. In particolare, l'art. 8, comma 11 del D.Lgs. n. 252/2005 prevede che *“la contribuzione alle forme pensionistiche complementari può proseguire volontariamente oltre il raggiungimento dell'età pensionabile prevista dal regime obbligatorio di appartenenza, a condizione che l'aderente, alla data del pensionamento, possa far valere almeno un anno di contribuzione a favore delle forme di previdenza complementare. È fatta salva la facoltà del soggetto che decida di proseguire volontariamente la contribuzione, di determinare*

¹²⁶ Mastantuono D., *Adesione del fiscalmente a carico*, in *Oss. Giur., Mefop*, n. 14.

¹²⁷ Mastantuono D., *La partecipazione dei pensionati ai Fp*, in *Oss. Giur., Mefop*, n. 7.

*autonomamente il momento di fruizione delle prestazioni pensionistiche*¹²⁸”. La principale novità riguarda l’estensione dell’istituto della prosecuzione della contribuzione anche alle forme collettive. In secondo luogo, rispetto al passato, la formulazione letterale della norma attribuisce un rilievo notevole al momento del pensionamento, piuttosto che al compimento dell’età pensionabile. In particolare, l’elemento dirimente sta nel fatto che il pensionato abbia contribuito per almeno un anno prima del momento del pensionamento. Solo se questa contribuzione è stata effettuata, è poi possibile proseguire il proprio rapporto con il fondo pensione, continuando a contribuire anche dopo il compimento dell’età pensionabile, riservandosi il diritto di chiedere le prestazioni in un qualsiasi successivo momento. Conseguentemente al pensionato che intenda aderire a un fondo pensione, non avendo la possibilità di continuare a contribuire poiché non ha alle spalle almeno un anno di contribuzione, non dovrebbe essere consentito di aderire, dato che se pure aderisse non potrebbe contribuire. Ciò a meno che non si acceda a una diversa interpretazione, in base alla quale il pensionato potrebbe comunque contribuire, e dunque aderire, a un fondo pensione anche dopo il pensionamento, pur in mancanza di un anno di contribuzione, fino al raggiungimento dell’età pensionabile. Solo in seguito al raggiungimento di questa età non potrebbe più contribuire né aderire. Contro questa interpretazione, però, si rileva che il divieto di contribuzione, e conseguentemente di adesione, deve riferirsi anche, al periodo tra il pensionamento e il raggiungimento delle età pensionabile. Altrimenti si dovrebbe ipotizzare che il diritto alla prosecuzione della contribuzione spetti sempre e comunque, anche senza un anno di contribuzione, fino al raggiungimento dell’età pensionabile, anche nelle forme pensionistiche collettive. Quindi il pensionato di anzianità che si iscrivesse ad un fondo pensione negoziale il giorno prima del pensionamento, avrebbe la possibilità di continuare a contribuire sino all’età pensionabile di vecchiaia e solo in seguito scatterebbe il divieto di ulteriore contribuzione. Va aggiunto, comunque, che un pensionato che eserciti un’attività lavorativa, dovrebbe comunque avere la possibilità di aderire a un fondo pensione, dato che in relazione a tale attività potrebbe comunque essere in possesso di requisiti di partecipazione a forme collettive¹²⁹.

II.IV Il principio di libertà nell’ambito dell’adesione alla previdenza complementare

Nella previdenza complementare, L’iniziativa per l’adesione alle forme pensionistiche è affidata ai sensi dell’art. 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, lett. a), ai contratti(o accordi) collettivi, anche aziendali, limitatamente, per questi ultimi, anche ai soli soggetti o lavoratori firmatari degli stessi, ovvero, in mancanza, agli accordi tra lavoratori promossi da sindacati firmatari dei contratti collettivi nazionali di lavoro o agli accordi, anche interaziendali, per gli

¹²⁸ Art. 8, comma 11, D.Lgs. n. 252/2005.

¹²⁹ Pellegrini P., *adesione del pensionato ai fondi pensione*, Oss. giur., n. 14, Mefop.

appartenenti alla categoria dei quadri, promossi dalle organizzazioni sindacali rappresentative della categoria, membri del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro che ne definiscono l'ambito soggettivo di applicazione, le modalità di partecipazione e il regime delle contribuzioni.

Il principio volontaristico è contenuto sia nell'art.1, comma 2, del D.Lgs. n. 252/2005. Il quale riferendosi ai destinatari del sistema, sancisce che “l'adesione alle forme pensionistiche complementari è libera e volontaria”, sia nell'art. 3, comma 3, del medesimo decreto, che individua il criterio di libertà di adesione, proponendosi “alla stregua di un vincolo statutario e contrattuale collettivo”, in base al quale le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari garantiscono la libertà di adesione individuale¹³⁰.

Nella fase costitutiva la volontarietà attiene più propriamente all'efficacia oggettiva del contratto collettivo, giacché interviene sul rapporto diretto che intercorre tra la norma e il destinatario della forma pensionistica, piuttosto che sul collegamento negoziale tra il contratto collettivo (fonte istitutiva) e la volontà individuale. Ciò comporta che la volontarietà subordina l'efficacia di un contratto, soggettivamente applicabile, al consenso dell'individuo, rendendo impossibile l'iscrizione automatica alla forma pensionistica, che invece dovrebbe scaturire dall'efficacia inderogabile del contratto collettivo¹³¹. È allora evidente la collisione tra autonomia collettiva e autonomia individuale: quest'ultima è enfatizzata dal legislatore al punto di divenire non solo libertà di adesione, ma come si è visto, anche libertà di scelta tra forme pensionistiche collettive e individuali. Una recente dottrina¹³² ricostruisce il diritto di aderire ad un fondo pensione “non come un diritto legale attivabile sul presupposto di una fonte istitutiva che si dichiari applicabile al suo titolare”, bensì come “un diritto contrattuale attribuito dalla fonte istitutiva ai lavoratori che sono parte di rapporti di lavoro negozialmente collegati con essi”. Il principio di libertà di adesione individuale opera, secondo alcuni commentatori, nel senso di impedire, mediante la previsione di una necessaria e specifica dichiarazione di volontà del lavoratore, che il contratto collettivo produca i suoi consueti effetti normativi all'interno della cerchia di soggetti in cui esso trova applicazione. In questo modo resta così confermato che uno solo sarà il contratto collettivo istitutivo di un fondo pensione, applicabile al rapporto; in virtù del collegamento negoziale consistente, di volta in volta, nell'affiliazione sindacale, o della sua recezione espressa o per fatti concludenti¹³³.

¹³⁰ Sul regolamento delle modalità di adesione alle forme pensionistiche complementari vi è la Deliberazione Covip del 29 maggio 2008 in G.U. 19 giugno 2008 n. 142.

¹³¹ Il peculiare atteggiarsi del “rapporto tra autonomia collettiva e libertà individuale influenza le caratteristiche ideologiche dell'una e dell'altra: nel senso che tanto l'autonomia collettiva quanto le libere scelte individuali iniziano ad operare come vere e proprie fonti di trasformazione del sistema previdenziale perché agiscono non da testimoni ma da protagonisti dell'evoluzione del medesimo”, *Vianello R., La previdenza complementare, cit.*, Milano, 2001, pag. 236.

¹³² Cfr. *Tursi A., La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, cit.*, Milano, 2001, pag. 236.

¹³³ *Tursi A., La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, cit.*, pag. 237.

È una ricostruzione che può essere condivisa, i contratti o gli accordi collettivi istitutivi non paiono possedere un'efficacia, per così dire, generalizzata desumibile dall'assetto regolatorio del decreto legislativo n. 252 del 2005, così da ammettere che il lavoratore possa scegliere un fondo pensione negoziale diverso da quello contrattualmente collegato al suo rapporto di lavoro¹³⁴, bensì sarebbero da ricondurre nell'alveo della disciplina di diritto comune e, come tali, meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico¹³⁵. In questi termini, il diritto di adesione alle forme pensionistiche complementari si presenta come un diritto soggettivo di carattere individuale di cui l'autonomia collettiva ha il compito di promuovere l'attuazione¹³⁶. Si comprende allora come il principio di adesione individuale interessa relativamente i datori di lavoro: questi ultimi sono vincolati agli obblighi che discendono dal contratto o dall'accordo collettivo istitutivo della forma pensionistica complementare sempre che risultino affiliati all'organizzazione sindacale firmataria¹³⁷.

In linea generale, lo schema fin qui delineato si presenta analogo, almeno sul piano dei concetti, negli enti bilaterali¹³⁸: alla fase volontaria dell'istituzione deducibile dall'autonomia contrattuale, si accompagna quella della volontarietà all'adesione al regolamento contrattuale, ad opera delle imprese datrici di lavoro nel settore di riferimento cui consegue l'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dal contratto, ivi compreso quello contributivo¹³⁹.

Un rilevante principio contenuto nel decreto concerne l'equiparazione tra le diverse forme pensionistiche complementari sia ad adesione collettiva che individuale. Una anomalia rilevata in dottrina riguarda l'utilizzo del termine "collettive" contenuto nell'art.1, comma 3, del decreto 252/2005, secondo cui "*sono forme pensionistiche complementari collettive quelle costituite*

¹³⁴ Cfr. Ferrante, *Finanziamento della previdenza complementare*, cit., pag. 722 e ss.

¹³⁵ Si tratta di una conclusione raggiunta attraverso diverse elaborazioni concettuali operate dalla dottrina, Persiani M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972, pag. 46.

¹³⁶ Anteriormente all'emanazione del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, già qualche commentatore sosteneva l'ammissibilità di introdurre, ad opera delle fonti istitutive, meccanismi di silenzio assenso, Pandolfo A., *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, pag. 13.

¹³⁷ Semmai la questione dell'assenso datoriale assume rilievo nel caso di accordo aziendale che istituisce il fondo pensione.

¹³⁸ La tendenza ormai espansiva della bilateralità trova conferma nella sempre maggiore ampiezza dell'intervento cui essa è chiamata ad intervenire (servizi per l'impiego, ammortizzatori sociali, formazione professionale, mercato del lavoro, welfare aziendale) per scelta autonoma delle parti sociali o per valutazione del legislatore. Cfr. Bellardi L., *Le istituzioni bilaterali tra legge contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettiva* in Bellardi L.

¹³⁹ Intanto traspare l'acquisita consapevolezza che l'ente bilaterale per erogare le prestazioni individuate dalla contrattazione collettiva debba essere alimentato da contributi al cui obbligo soggiacciono i datori di lavoro che volontariamente si sottopongono all'applicazione del regolamento contrattuale. Trattandosi di un obbligo che discenderebbe da norme dei contratti collettivi istitutive degli enti bilaterali e, come tali, rientranti nelle clausole c.d. obbligatorie, è controverso se esse debbano ritenersi vincolanti per i datori di lavoro. La soluzione individuata dall'art. 10, della legge 14 febbraio 2003, n. 30, che ha istituito l'art. 3, del decreto legge 22 marzo 1993, n. 71, in base alla quale "*per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*", pone fine alle numerose perplessità emerse in sede giurisprudenziale e dottrinale, Miscione M., *le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazione*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, pag. 2577. Sulla nuova disciplina, Tiraboschi M., *Il sostegno alla contrattazione e alla bilateralità nella riforma Biagi: alcune osservazioni critiche sull'art. 10 della legge 14 febbraio 2003, n. 30* in *Guida Lavoro*, 2003.

mediante contratti e accordi tra lavoratori sia dipendenti che autonomi". A tali forme si contrappongono quelle individuali alle quali sono ricondotte l'adesione individuale ai fondi pensione aperti ed i contratti di assicurazione. Poiché l'iscrizione è libera, essa non può che avvenire in forma individuale. Ne deriva che il riferimento all'adesione in forma collettiva non può che riferirsi alla possibilità, peraltro già prevista dall'abrogato decreto 124/93, attribuita alle fonti istitutive di aderire in tale forma ad un fondo aperto in luogo della costituzione di un fondo proprio.

L'art.1 del decreto 252/2005, comma 2, conferma, al pari di quanto già previsto dall'abrogato D.Lgs. n. 124/93, che la partecipazione ai fondi pensione è volontaria. Il carattere della volontarietà viene tuttavia meno nelle ipotesi di cui all'art.8, comma 7, lettera *b)*, del decreto. La medesima disposizione prevede che la scelta della forma pensionistica è libera. Tale precetto costituisce novità di assoluto rilievo dal momento che un soggetto per il quale operi una forma pensionistica di categoria può aderire ad altra forma ritenuta più congeniale.

Questa previsione non può che essere accolta con favore dal momento che essa è destinata ad alimentare una concorrenza tra le forme stesse a tutto vantaggio degli aderenti dal momento che il soggetto per il quale operi una forma pensionistica di categoria può aderire ad altra forma di suo gradimento. I fondi pensione avranno, dunque, tutto l'interesse ad essere concorrenziali nel mercato finanziario; per realizzare tale obiettivo dovranno quindi ottimizzare i rendimenti annuali. È utile chiarire che l'esigenza che il sistema di previdenza complementare fosse basato sulla adesione volontaria da parte dei soggetti interessati, sull'introduzione di un rigoroso criterio di capitalizzazione dei flussi di contribuzione, oltre che sulla concorrenza sia tra i fondi stessi che tra i gestori delle risorse, è stata sempre avvertita dalla dottrina.

Lo stesso art. 1 individua opportunamente, nell'ambito delle forme pensionistiche complementari, quelle *collettive* che hanno ottenuto l'autorizzazione da parte della Covip, alle quali è possibile aderire sia in forma collettiva che in forma individuale e con l'apporto di quote di tfr e quelle *individuali* che hanno ottenuto l'approvazione del regolamento da parte della Covip alle quali è possibile destinare quote di tfr.

Un problema rilevante concerne la possibilità di aderire a più forme pensionistiche complementari. Va subito precisato che l'Autorità di Vigilanza (COVIP) ha in passato escluso questa possibilità. La motivazione è apparsa in verità singolare, giacché ritenuta, dalla stessa Covip, anomala dovendosi escludere che la volontà delle fonti istitutive fosse quella di consentire una adesione plurima. Tale tesi è, tuttavia, apparsa infondata ed illogica. Infondata poiché in nessuna norma contenuta nella legge è possibile desumere detta preclusione; illogica perché la tesi stessa si pone in netto contrasto con la legge la cui finalità è quella non solo di consentire, ma anche di incentivare la partecipazione a fondi pensione per incrementare l'accumulo di prestazioni complementari necessarie per far acquisire al lavoratore adeguate risorse per assicurargli un

inalterato tenore di vita dopo l'attività lavorativa. Non si dimentichi, inoltre, che un siffatto divieto porrebbe seri dubbi di incostituzionalità in quanto limiterebbe il diritto ad effettuare risparmi di natura previdenziale.

A seguito dell'entrata in vigore della riforma, la Covip sembrerebbe aver mutato definitivamente il proprio orientamento rilevando che il D.Lgs. n. 252/2005 “non esclude la possibilità di adesione contemporanea a più forme pensionistiche complementari”. La stessa Covip ha tuttavia osservato che detta possibilità è consentita in presenza di più rapporti di lavoro. Anche detta tesi appare poco comprensibile atteso, com'è stato puntualmente osservato, che l'argomentazione di cui si è appena fatto cenno fa leva sulla volontà delle fonti istitutive di escludere l'alternativa dell'adesione o se invece il potere riconosciuto alla contrattazione collettiva di escludere la portabilità dei contributi datoriali consenta di risolvere anche il problema dell'adesione plurima¹⁴⁰.

II.V Autonomia collettiva e fondi pensione aperti

Il sistema della previdenza complementare, così come si evince dal D.Lgs. n. 252/2005, resta comunque caratterizzato per la centralità del ruolo svolto dall'autonomia collettiva, ancorché si è già riferito della volontà di garantire all'autonomia uno spazio che rimane comunque notevole, sebbene non più privilegiato, in coerenza con l'affermata evoluzione della previdenza complementare. Peraltro, in seguito alla nota pronuncia della Corte Costituzionale¹⁴¹, eventuali limiti e vincoli adottati all'autonomia collettiva ad opera del legislatore specie in materia di accesso ai trattamenti di previdenza complementare sono giustificati sulla convinzione che essi sono confermativi dell'esistenza di un nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare e sulla base della considerazione che l'autonomia collettiva non esclude la configurazione di limiti legali, dovendo temperarsi, e finanche piegarsi, al fine di soddisfare i bisogni socialmente rilevanti della generalità¹⁴². Occorre allora esaminare la previsione che sancisce la facoltà di adesione ai fondi pensione aperti su base contrattuale collettiva, oltre che naturalmente su base individuale, così come sancito dall'art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 252/2005. L'espressione richiama meccanismi di carattere contrattuale a valenza collettiva che sono immediatamente riscontrabili negli accordi e contratti collettivi di lavoro e che, comunque, presuppongono un incontro della volontà dei soggetti rappresentativi della parte datoriale e dei lavoratori. Pensati inizialmente come anello di chiusura del sistema complementare, posto che l'art. 9, comma 2, del D.Lgs. n. 124/1993 ne condizionava l'adesione alla insussistenza o inoperatività di fonti istitutive della previdenza complementare, i fondi aperti competono ora sul

¹⁴⁰ Tursi A., *La previdenza complementare e sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, 2001.

¹⁴¹ Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393 in *Mass. giur. Lav.*, 2000.

¹⁴² Sigillò Massara G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in R. Pessi (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Tomo I, Torino, 2013, pag. 35.

medesimo mercato alla pari con le altre forme pensionistiche¹⁴³. Essi originano per specifica iniziativa dei singoli operatori finanziari e assicurativi, senza alcuna previsione di riferimento ad una base contrattuale. L'art. 12, del D.Lgs. n. 252/2005 si limita a consentire l'istituzione di un fondo destinato esclusivamente all'adesione individuale e volontaria degli appartenenti ad una collettività di lavoratori subordinati o autonomi delimitata in ragione dei criteri più vari. Alla base di questa istituzione non sussiste, però, alcuna iniziativa delle parti sociali protesa a realizzare una copertura previdenziale a favore di una determinata platea di possibili destinatari. È stato efficacemente sostenuto che nei fondi pensione aperti la fonte istitutiva non si basa, come nei fondi ordinari, su una correlazione fra beneficiari e promotori, dal momento che questi ultimi non sono soggetti collettivi esponenziali dei destinatari bensì si identificano semplicemente come "gestori", con ciò alludendo al rinvio dell'art. 12, comma 1, del D.Lgs. n. 252/2005, ai fini dell'individuazione dei soggetti promotori dei fondi pensione aperti, alle società di intermediazione mobiliare, alle banche autorizzate in Italia e società di gestione del risparmio ed infine, alle imprese di assicurazione autorizzata in Italia ovvero impresa di assicurazione italiana. In tutti questi casi, il singolo operatore provvede con una delibera del consiglio di amministrazione ad istituire un fondo, approvando l'apposito regolamento: a differenza dei fondi pensione di fonte contrattuale non si viene a determinare la nascita di un soggetto autonomo, ma il fondo si costituisce all'interno del patrimonio del soggetto promotore¹⁴⁴. Le parti sociali possono così decidere, attraverso un accordo collettivo, di prevedere l'adesione ad un fondo aperto, anziché ricorrere alla costituzione di un fondo di natura contrattuale e sindacale. Questi accordi non devono, però, essere confusi con i contratti o gli accordi collettivi istitutivi della forma pensionistica di cui all'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 252/2005: nel caso dei fondi aperti è soggetto istitutore soltanto il soggetto imprenditoriale gestore del fondo così come non vi è distinzione tra fonte istitutiva e fonte costitutiva del fondo, identificandosi funzionalmente entrambe nella delibera di adozione del regolamento del fondo. Considerata la delicatezza riconducibile all'adesione di un fondo pensione aperto, il legislatore ha subordinato il momento della promozione alle regole che presiedono alla sollecitazione del pubblico risparmio¹⁴⁵ nonché

¹⁴³ Secondo la Covip, la possibilità di attivare tali forme collettive anche mediante regolamenti di enti o aziende potrà essere tutt'al più valutata in specifiche situazioni in cui non solo i rapporti di lavoro dei dipendenti non siano disciplinati, nemmeno in via indiretta, da accordi o contratti collettivi di lavoro, ma anche nel caso in cui non esista una prassi di relazioni sindacali alla quale fare riferimento per il conseguimento del "consenso" all'attivazione della forma pensionistica collettiva e non si versi, comunque, in un ambito in cui siano praticabili altre soluzioni previste dalla normativa per l'attivazione di forme pensionistiche collettive, *Documento Covip, 25 settembre 2001*.

¹⁴⁴ Il che denota che nei fondi pensione aperti la fonte istitutiva è del tutto neutra *rispetto* ai rapporti laburistici e si fonda sul potere aggregante che un gestore può ottenere proponendo un programma previdenziale e la relativa gestione, Candian A.D., *Linee ricostruttive in materia di fondi pensione in Iudica G.* (a cura di), *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, Padova, 1998, pag. 122.

¹⁴⁵ Il riferimento è alla vigente legge 28 giugno 2005, n. 262, rubricata "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

ha sganciato la struttura di governance dei fondi aperti dalle regole generali previste per i fondi pensione negoziali¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Le principali deviazioni al modello tradizionale attengono precipuamente l'individuazione di un responsabile del fondo aperto, nominato dal consiglio di amministrazione della società e di un organismo di sorveglianza, inizialmente designato dai soggetti istitutori dei fondi medesimi per un incarico non superiore ad un biennio, cfr. art. 5 del d.lgs 252/2005. Sul ruolo del responsabile del fondo pensione aperto, si rinvia a *Squeglia M., La figura del responsabile del fondo pensione aperto quale interprete di interdisciplinarietà in Diritto&Diritti.*

CAPITOLO III

EVENTI TUTELATI DALLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DEL DECESSO ANTICIPATO

III.I Le prestazioni previdenziali in favore dei superstiti nella previdenza di base

La pensione ai superstiti, in considerazione alla funzione assolta, è “*una prestazione a tutela del rischio più grave che incombe sulla famiglia, cioè la morte, che troncando l'attività produttiva del capo-famiglia, ne pone in grave difficoltà di vita i membri che hanno più bisogno di tutela e di assistenza*¹⁴⁷”. Il legislatore, con l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, pertanto, ha esteso la tutela previdenziale diretta anche in favore dei soggetti a carico del lavoratore assicurato o del pensionato per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere. Il fondamento della prestazione, dunque, è individuato nel bisogno dei soggetti superstiti e viene acquistato *jure proprio* dagli stessi, escludendo ogni concezione della prestazione di reversibilità fondata su un rapporto patrimoniale di tipo successorio.

La previdenza di base trova la sua fonte regolatrice nell'art. 2122 c.c., rubricato “indennità in caso di morte”, il quale è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale che con sentenza n. 8 del 19 gennaio 1972, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del 3° comma nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza delle persone di cui al 1° comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo.

La formulazione originaria della norma di cui in parola conteneva una chiara disparità di trattamento in danno dei prestatori lavoro e nei confronti di tutti gli altri cittadini, con violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La questione, oggetto della pronuncia della Corte Costituzionale, verte tra l'Amministrazione delle Finanze dello Stato e l'Ospedale Maggiore di Milano in ordine all'appartenenza delle somme corrisposte dalla Philips S.p.a all'Ospedale quale erede testamentario del dipendente della società stessa e deceduto durante il rapporto di lavoro. Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 14 novembre 1969, premesso che le dette somme costituivano l'importo dell'indennità di anzianità e di mancato preavviso dovute in caso di morte del lavoratore, ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2122, comma 3°, c.c. in riferimento agli artt. 3 e 42 della Costituzione. Secondo il Tribunale, tali indennità apparterrebbero al patrimonio del lavoratore alla stregua del salario, atteso il carattere

¹⁴⁷ r.d.l. 14/04/1939 n. 636, relazione di accompagnamento.

retributivo che alle stesse sarebbe ormai universalmente riconosciuto. In relazione ad esse, in mancanza delle persone di cui al primo comma dell'art. 2122 c.c., è disposta, al 3° comma dello stesso articolo solo la successione legittima e non anche quella testamentaria. Per tali ragioni, la Corte ha giudicato incostituzionale l'articolo 2122 c.c. nella parte in cui non prevede tale modalità di disposizione, in assenza dei soggetti individuati dal 1° comma poiché in contrasto con il principio d'eguaglianza.

Inoltre, la norma sarebbe illegittima là ove prevede che, in mancanza d'eredi legittimi entro il sesto grado, le dette indennità vadano attribuite allo Stato poiché tale previsione viola l'art. 42 della Costituzione e darebbe luogo ad una sorta di espropriazione senza indennizzo non giustificata da motivi di interesse generale. Dalla lettera della norma, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, si evince che, diversamente dalla materia che regola la previdenza complementare, funzione primaria è quella di soddisfare il bisogno del nucleo familiare del defunto assicurato o già pensionato, il quale venendo meno, lo lascia nelle condizioni di non poter più ricevere il sostentamento economico necessario per provvedere alle esigenze di vita quotidiane. Il riconoscimento di una pensione ai superstiti del defunto sorge al verificarsi di una serie di presupposti fissati dalla legge sia in riferimento al soggetto assicurato, sia ai soggetti a carico dello stesso.

La tutela previdenziale viene accordata anche nei casi di dichiarazione di morte presunta di lavoratore assicurato, di assicurato pensionato e per i casi di dichiarazione di assenza del pensionato. Nei casi di dichiarazione di morte presunta, la pensione indiretta o di reversibilità viene erogata a titolo definitivo e l'eventuale riapparizione del soggetto nei cui confronti è intervenuta la dichiarazione di morte presunta, data la funzione alimentare, farà cessare il diritto alla prestazione previdenziale con efficacia *ex nunc*. Nei casi di dichiarazione di assenza, gli aventi diritto, trattandosi di diritto la cui esistenza giuridica dipende dalla morte, accertata o presunta, la pensione di reversibilità viene riconosciuta in via provvisoria, mediante l'istituto dell'esercizio temporaneo di quei diritti che potrebbero derivare a tali soggetti in dipendenza della morte dell'assente, fino alla dichiarazione di morte presunta o di riapparizione dello scomparso. La pensione ai superstiti è una prestazione erogata, a domanda, in favore dei familiari di assicurati o pensionati deceduti. Se essa spetta ai superstiti dei lavoratori dipendenti del settore privato e autonomi deceduti, titolari di una posizione assicurativa presso l'INPS, la prestazione è denominata "pensione indiretta"; se invece, ne hanno diritto i superstiti dei titolari di pensione erogata dall'INPS ai lavoratori del settore privato, allora il trattamento è denominato "pensione di reversibilità". Sono reversibili la pensione di vecchiaia, la pensione di invalidità, la pensione di inabilità, la pensione di anzianità, la pensione supplementare. Restano esclusi dalla reversibilità, l'assegno ordinario di invalidità, la pensione sociale, l'assegno sociale e le altre prestazioni assistenziali accordate agli invalidi. Mentre la pensione di reversibilità ha come presupposto in

capo al dante causa un trattamento pensionistico reversibile già in godimento alla data del decesso, la pensione ai superstiti richiede al fine di poterne effettivamente beneficiarne, che il dante causa alla data del decesso abbia acquisito tutti i requisiti assicurativi e contributivi previsti dalla legge per la prestazione pensionistica di riferimento. Per avere diritto alla pensione indiretta, pertanto, è necessario che il lavoratore deceduto abbia maturato i requisiti di assicurazione e contribuzione previsti per la pensione di vecchiaia o per le prestazioni di invalidità¹⁴⁸. Quanto ai requisiti per la pensione di vecchiaia, poiché l'art. 2 del D.Lgs. n. 503/1992, pur avendo elevato a 20 anni i requisiti assicurativi e contributivi, ha confermato per la pensione indiretta i requisiti della previgente normativa: sono necessari almeno 780 contributi settimanali, pari a 15 anni di contribuzione, ovvero almeno 260 contributi settimanali, pari a cinque anni, di cui 156, pari a tre anni, nel quinquennio precedente la data di decesso. La pensione spetta a partire dal primo giorno del mese successivo a quello in cui è avvenuto il decesso a prescindere dal momento in cui viene presentata la domanda. I superstiti dell'assicurato, qualora la posizione assicurativa del dante causa sia frazionata fra più regimi, possono avvalersi della totalizzazione, ancorché l'assicurato sia deceduto prima di avere il diritto alla pensione¹⁴⁹. I soggetti, superstiti dell'assicurato o del pensionato, che hanno diritto alla tutela previdenziale accordata dall'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia ed i superstiti, cioè all'intervento diretto in loro favore, sono i familiari.

In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 22 della legge 21 luglio 1965 n. 903, i familiari aventi diritto *jure proprio* sono il coniuge e i figli, compresi gli equiparati; in mancanza del coniuge e dei figli, i genitori; in mancanza anche dei genitori, i fratelli celibi e le sorelle nubili. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 180 del 20.05.1999¹⁵⁰ ha esteso il diritto alla pensione di reversibilità anche in favore dei nipoti conviventi con i nonni, seppure non affidati con un formale provvedimento dell'autorità giudiziaria. Condizione necessaria per beneficiare della prestazione in favore dei superstiti è che i familiari, al momento della morte dell'assicurato o pensionato, si trovino a suo carico. Questo requisito non è richiesto per il coniuge e per i figli minori e viene soddisfatto al sussistere di due precise condizioni:

1. la non autosufficienza economica: tale condizione sussistente quando il reddito individuale del superstite, dedotti i redditi non computabili per legge, non supera l'importo del trattamento minimo della pensione maggiorato del 30%. In caso di superstite inabile coniugato ai fini della verifica del requisito del carico devono essere anche valutati gli eventuali redditi del coniuge;

¹⁴⁸ Si fa riferimento all'assegno ordinario di invalidità e alla pensione di inabilità, *legge 222/84*.

¹⁴⁹ Art. 42, comma 1°, d.lgs. 42/2006.

¹⁵⁰ Tale sentenza è stata emessa a seguito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 38 del D.P.R. 26 aprile 1957, n. 818 (norme di attuazione e di coordinamento della legge 4 aprile 1952, n. 118, sul riordino delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia, ed i superstiti) promosso con ordinanza emessa l'8 aprile 1957 dal Pretore di Firenze nel procedimento civile iscritto al n. 338 del registro ordinanze 1997.

2. mantenimento abituale: tale condizione può desumersi dall'effettivo comportamento del dante causa nei confronti dell'avente diritto. Per la verifica delle condizioni di non autosufficienza economica e mantenimento abituale assume particolare rilievo la convivenza o meno del superstite con il defunto. Nel primo caso il mantenimento viene presunto, nel secondo caso, cioè ove il superstite non conviva con il defunto occorre accertare che il dante causa concorreva in maniera rilevante e continuativa al mantenimento del superstite. A tal fine risulta necessario accertare, anche mediante un esame comparativo dei redditi del dante causa e del superstite, se il primo concorreva effettivamente in maniera rilevante e continuativa al mantenimento del figlio non convivente¹⁵¹.

La pensione indiretta o di reversibilità spetta ai superstiti del dipendente iscritto all'Istituto previdenziale e del pensionato secondo il seguente ordine:

1. al CONIUGE, anche se separato legalmente o divorziato e titolare di assegno alimentare e che non sia passato a nuove nozze;

qualora egli risulti:

- separato “consensualmente”, la pensione ai superstiti può essere concessa in ogni caso;
 - separato “con addebito” la pensione può essere concessa solo se il richiedente è titolare di assegno alimentare stabilito dal Tribunale (la concessione di tale assegno è rilevabile dalla sentenza di separazione);
 - divorziato, può ottenere la pensione solo se:
 - è titolare di assegno divorzile,
 - il pensionato o iscritto divorziato è deceduto dopo il 12.03. 1987 (data di entrata in vigore della Legge 6/3/1987 n.74),
 - non si è risposato e vi sia contribuzione, versata a favore del deceduto, prima della sentenza di divorzio¹⁵².
2. ai FIGLI del lavoratore o del pensionato deceduto. Ai soggetti appena indicati sono equiparati i figli legittimati o naturali, i figli adottivi o affiliati, i figli riconosciuti legalmente o giudizialmente dichiarati, i figli nati da precedente matrimonio del coniuge del lavoratore deceduto¹⁵³. Per avere diritto alla pensione, i figli alla data della morte del lavoratore o pensionato devono risultare:

¹⁵¹ Circolare Inps n. 185/2015.

¹⁵² Le pensioni ai coniugi superstiti aventi decorrenza dal 1° gennaio 2012 sono peraltro soggette ad una riduzione dell'aliquota percentuale, rispetto alla disciplina generale, nei casi in cui il deceduto abbia contratto matrimonio ad un'età superiore a 70 anni, la differenza di età tra i coniugi sia superiore a 20 anni o il matrimonio sia stato contratto per un periodo di tempo inferiore ai dieci anni. La decurtazione della pensione ai superstiti non opera qualora vi siano figli minori, studenti o inabili, Circolare INPS 84/2012.

¹⁵³ Ai sensi dell'art. 38 del Dpr 818/1957.

- minorenni (fino a 18 anni);
 - maggiorenni studenti di scuola media o professionale fino a 21 anni a carico del deceduto a condizione di non prestare attività lavorativa;
 - maggiorenni studenti universitari per la durata del corso legale di laurea e comunque non oltre i 26 anni, sempre che risultino a carico del deceduto e a condizione di non prestare attività lavorativa;
 - inabili di qualsiasi età che risultassero a carico del deceduto;
3. ai NIPOTI MINORI (equiparati ai figli) solo se a carico degli ascendenti (nonno o nonna) alla data di morte dei medesimi e con loro conviventi. La pensione viene riconosciuta a condizione che costoro non siano già titolari di altra pensione o comunque di altri redditi da determinare l'autosufficienza economica del minore. Nel caso in cui il minore non risulti orfano, la presenza di uno od entrambi i genitori non è ostativa al riconoscimento del diritto alla pensione ai superstiti, purché sia accertata l'impossibilità dei genitori di provvedere al mantenimento del figlio, non svolgendo alcun tipo di attività lavorativa e non beneficiando di alcuna fonte di reddito;
4. in mancanza del coniuge, dei figli e dei nipoti la pensione può essere erogata ai GENITORI d'età non inferiore ai 65 anni, non titolari di pensione, che alla data di morte del lavoratore e/o pensionato siano a carico del medesimo¹⁵⁴.

Pur rientrando tra quelli aventi in astratto diritto alla prestazione ai superstiti, in virtù della legge n. 125 del 2001, non hanno diritto alla pensione di reversibilità o indiretta, ovvero all'indennità *una tantum*, i familiari superstiti che sono stati condannati, con sentenza passata in giudicato, per delitti di cui agli artt. 575, 584 e 586 del codice penale in danno dell'iscritto o del pensionato. I familiari superstiti che sono stati condannati con sentenza passata in giudicato per delitti di cui agli artt. 575, 584 e 586 del codice penale che sono titolari di una pensione di reversibilità o indiretta, invece, perdono il diritto al relativo trattamento a decorrere dal 19 agosto 2011, data di entrata in vigore della citata legge n. 125 del 2011. Con una norma di civiltà giuridica, il legislatore, dunque, ha inteso porre fine a quella situazione preesistente che si veniva a creare ogni qualvolta l'uxoricida veniva a beneficiare della pensione a seguito della morte dell'assicurato o pensionato.

Alla luce delle argomentazioni esposte, tese a rimarcare le differenze sostanziali tra la previdenza di base e quella obbligatoria, si evidenzia che mentre la prima tipologia, introdotta dal legislatore del 1942, è rispettosa del concetto tradizionale di famiglia ben volendo tutelare il nucleo del lavoratore assicurato o pensionato per il tempo in cui avrà cessato di vivere, la seconda tipologia è

¹⁵⁴ <http://www.pensionioggi.it/dizionario/pensione-ai-superstiti>.

orientata a salvaguardare la volontà del disponente ed è il frutto dell'evoluzione storica e normativa che ha interessato tutta la materia.

III.II Il regime delle prestazioni nell'ambito della previdenza complementare

Il compito della previdenza complementare, così come evidenziato dall'art. 1 del D. lgs n. 252/2005, è quello di erogare più elevati livelli di copertura previdenziale rispetto a quelli offerti dal sistema di base.

Alla luce della normativa vigente, si evince uno stretto collegamento con i requisiti anagrafici e contributivi previsti nel sistema obbligatorio, nonché con le previsioni di cui all'art. 38 della Costituzione.

A tal proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 393 del 28 luglio 2000, ha sposato la tesi della "*funzionalizzazione*" della previdenza complementare a quella di base, nel senso che essa, venendosi ad affiancare in parte ai compiti di quest'ultima, sarebbe da inquadrare nell'art. 38, comma 2° della Costituzione nel quale è collocata anche la previdenza di base.

Al riguardo si osserva come la Corte Costituzionale, inquadrando la previdenza complementare nell'ambito dell'art. 38, comma 2°, abbia individuato nel collegamento funzionale tra la prima e la previdenza di base un momento essenziale della complessiva riforma della materia, al fine di assicurare funzionalità ed equilibrio all'intero sistema pensionistico.

Il legislatore della previdenza complementare, sposando per certi versi la tesi della funzionalizzazione, dà preferenza alle rendite rispetto al capitale, ritenendole più attinenti al fine previdenziale. Eccezionalmente è possibile ottenere tutta la prestazione in capitale, qualora la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante finale sia inferiore al 50% dell'assegno sociale INPS (cfr. art. 11, comma 3° del d.lgs. 252/2005).

La disciplina delle prestazioni rappresenta l'architrave del rapporto giuridico previdenziale tra l'iscritto e la forma pensionistica complementare ed offre fondamentali indicazioni sulla collocazione della previdenza complementare in rapporto alla previdenza di base. Ma la disciplina delle prestazioni determina anche <<che cosa>> e <<quanto>> le forme pensionistiche possono offrire agli iscritti, incidendo sulla desiderabilità della previdenza complementare da parte del pubblico dei destinatari e, quindi, influenzando in modo cruciale la scelta relativa all'adesione. Considerata la centralità della disciplina delle prestazioni, stupisce la relativamente scarsa attenzione che essa ha ricevuto dal legislatore delegante chiamato a delineare i principi ed i criteri direttivi per la costruzione del sistema della previdenza complementare. Com'è noto, nell'assetto del D.Lgs. n. 124/1993, frutto di interventi normativi stratificatesi nel tempo, si poteva registrare una distinzione tra il regime delle prestazioni dei fondi pensione (negoziali ed aperti) e delle forme pensionistiche individuali (attuato mediante l'adesione ai fondi pensione aperti o mediante

contratti di assicurazione sulla vita)¹⁵⁵. Le prestazioni erogate dai fondi pensione negoziali ed aperti erano, infatti, disciplinate dall'art. 7 del D.Lgs. n. 124/1993¹⁵⁶. Le forme pensionistiche individuali erano, invece, assoggettate ad una autonoma disciplina delle prestazioni, solo in parte coincidente con quella dell'art. 7¹⁵⁷. Nel D.Lgs. n. 252/2005, invece, la scelta di sistema di equiparare le forme pensionistiche si è tradotta anche nella tendenziale unificazione, salve alcune limitate eccezioni, del regime delle prestazioni; contribuendo, dunque, ad equiparare pienamente le forme pensionistiche complementari, sfumando fin quasi ad annullare la distinzione tra previdenza dei soggetti in condizione professionale e soggetti in condizione non professionale, e quindi tra secondo e terzo pilastro previdenziale¹⁵⁸. Il D.Lgs. n. 252/2005 non contiene una puntuale indicazione della tipologia di prestazioni erogabili e dei bisogni o esigenze degli aderenti che la previdenza complementare può soddisfare. Il citato decreto si limita, infatti, ad individuare il suo ambito di applicazione con generico riferimento alle forme pensionistiche che erogano <<trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio>>, per poi individuare i requisiti di accesso alle prestazioni per vecchiaia e anzianità e prevedere la stipulazione di convenzioni assicurative per le <<eventuali prestazioni per invalidità e premorienza>>. Non si tratta di un'impostazione che suscita particolare sorpresa, poiché si pone in perfetta linea di continuità con le scelte già operate dalla disciplina previgente¹⁵⁹. È quindi opportuno partire dai risultati raggiunti nell'interpretazione del D.Lgs. n. 124/1993 per verificare se essi forniscano indicazioni ancora valide nell'attuale assetto del sistema o se sia necessaria una nuova riflessione sul punto. La dottrina non era giunta ad una conclusione univoca circa la tipologia delle prestazioni che, in relazione ai diversi eventi, potevano essere garantite dal fondo pensione. Gli autori più attenti avevano anzitutto rilevato che solo le prestazioni previste a fronte di vecchiaia,

¹⁵⁵ Si fa riferimento al testo del D.Lgs. n. 124/1993 risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47 ("Riforma della disciplina fiscale della previdenza complementare, a norma dell'art. 3 della l. 13 maggio 1999, n. 133", pubblicato in G.U. n. 57 del 9 marzo 2000), che aveva introdotto nel sistema della previdenza complementare <<forme di risparmio individuali vincolate a finalità previdenziali>>, Tursi A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, pag. 405 ss.

¹⁵⁶ All'art. 7 faceva infatti implicito rinvio l'art. 9 del d.lgs. n. 124/1993, nel confermare anche per i fondi aperti <<l'applicazione delle norme del presente decreto legislativo in tema di finanziamento, prestazioni e trattamento tributario>>.

¹⁵⁷ Per le forme pensionistiche complementari attuate mediante adesione ai fondi pensione aperti, l'art. 9 *bis* del d.lgs. n. 124/1993 delineava in modo autonomo il regime delle prestazioni, individuando i requisiti di accesso, prevedendo il divieto di anticipazioni e consentendo la liquidazione della prestazione pensionistica in forma di capitale. In materia, Deliberazione della COVIP n. 820 dell'11 ottobre 2000, <<Orientamenti in materia di regolamenti dei fondi pensione aperti: modifiche conseguenti all'introduzione delle forme pensionistiche individuali di cui al d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47. In dottrina, *Zampini, La previdenza complementare, cit.*, pag. 301 ss.

¹⁵⁸ Tursi A., *La terza riforma della previdenza complementare, cit.*, pag. 518.

¹⁵⁹ Anche il legislatore delegato del 1993 si era infatti limitato, nell'individuare l'ambito di applicazione del decreto, a riferirsi alle forme pensionistiche che rogassero <<trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio>> (art. 1), ed a definire poi solo le condizioni per l'accesso alle prestazioni per vecchiaia e anzianità (art.7) o, per i soli fondi c.d. preesistenti, per la cessazione del lavoro in presenza di determinate anzianità di servizio o di iscrizione (art. 18). Con una disposizione <<nascosta>> nell'articolo dedicato alla gestione delle risorse, ed introdotta dall'art. 3 della l. 8 agosto 1995, n. 335, il decreto menzionava poi le <<eventuali prestazioni per invalidità e premorienza>>, da erogare attraverso la stipulazione di convenzioni con imprese assicuratrici (art. 6, comma 3°).

anzianità o cessazione dell'attività di lavoro¹⁶⁰ erano da ritenersi essenziali alla nozione di forma pensionistica complementare: in altre parole, solo le forme pensionistiche che erogassero queste tipologie di prestazioni sarebbero entrate nell'ambito di applicazione del decreto, mentre ne sarebbero state escluse quelle forme di previdenza privata che garantissero prestazioni diverse¹⁶¹. Secondo questa ricostruzione, era quindi preclusa ai fondi pensione l'erogazione di altre prestazioni previdenziali (ad esempio connesse a malattia o infortunio) o assistenziali (ad esempio a tutela della salute), che pure rientravano nella garanzia di libertà di cui all'art. 38, comma 5° della Costituzione¹⁶². Altri autori proponevano, invece, una lettura che valorizzava tali spazi di libertà, da riconoscere alle forme pensionistiche complementari al di fuori dei vincoli esplicitamente imposti dalla normativa ed ammettevano, quindi, tipologie di prestazioni previdenziali anche diverse ed ulteriori da quelle menzionate nel D.Lgs. n. 124/1993, purchè finalizzate a tutelare quei bisogni (appunto previdenziali), individuati dal sistema di base¹⁶³. Si collocava, infine, una posizione che si potrebbe definire mediana, che riteneva che il D.Lgs. n. 124/1993 non avesse tipizzato gli eventi protetti dalla previdenza complementare: essi restavano, dunque, tutti quelli tutelati dal sistema di base a condizione che le prestazioni erogate consistessero in una pensione e non in altre utilità¹⁶⁴. La COVIP sembrava aver seguito, almeno implicitamente, la tesi del numero chiuso delle prestazioni erogabili: le fonti istitutive dei fondi negoziali ed aperti dovevano infatti indicare la tipologia di prestazioni offerte, nell'ambito però dei soli trattamenti pensionistici per vecchiaia e anzianità e potevano, al più, prevedere l'erogazione di <<prestazioni accessorie>> per invalidità e premorienza attraverso la stipulazione di convenzioni assicurative¹⁶⁵. La COVIP non aveva invece fornito specifiche indicazioni o limiti per le forme pensionistiche complementari attuate tramite i contratti di assicurazione sulla vita di cui all'art. 9 *ter* del D.Lgs. n. 124/1993. Rispetto a tale panorama, il D.Lgs. n. 252/2005 non ha introdotto specifiche innovazioni: come si è visto, la nuova disciplina ripropone l'assenza di un elenco degli eventi protetti e delle relative prestazioni erogabili. Né, del resto, è possibile individuare principi o direttive sul tema nella legge delega n. 243/04. Sarebbe, quindi, coerente

¹⁶⁰ Agli artt. 7 e 18 del D.Lgs. n. 124/1993.

¹⁶¹ *Tursi A., La previdenza complementare nel sistema italiano, cit.*, pag. 47 ss. Secondo l'autore, tale conclusione non risulta smentita dalla possibilità per i fondi pensione di erogare prestazioni per invalidità e premorienza, che non si rivelavano idonee, per la loro mera eventualità e per la collocazione della norma che le aveva introdotte, a caratterizzare la fattispecie <<forma pensionistica complementare>>. In questo senso si era già espresso *Sandulli P., Il decreto legislativo n. 124/1993 nel sistema pensionistico riformato*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, inserto n. 35, pag. 1 ss.

¹⁶² *Ciocca G., La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, pag. 216 ss.

¹⁶³ *Bessone M., Previdenza complementare*, Torino, 2000, pag. 95-96; *Sandulli P., voce Previdenza complementare*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. comm., XI*, Torino, 1995, pag. 251-252.

¹⁶⁴ *Cinelli, Art. 7, cit.* pag. 196, che con tale argomento esclude ad esempio la possibilità per i fondi pensione di erogare un trattamento di disoccupazione.

¹⁶⁵ *Covip, Delibera del 18 giugno 1997 sugli <<Orientamenti statutari per i fondi negoziali>> e la Delibera del 16 settembre 1997 recante gli <<Orientamenti in materia regolamentare per i fondi aperti>>*. In entrambe le delibere la norma sulle prestazioni prescrive di indicare <<la tipologia delle prestazioni previste – pensione complementare di vecchiaia e pensione complementare di anzianità – e i requisiti per il loro conseguimento nel rispetto di quanto previsto dall'art. 7 del D.Lgs. n. 124/1993.

con quella linea di continuità interpretativa, che si ritiene preferibile in assenza di specifici interventi riformatori, concludere che anche oggi le forme pensionistiche complementari possano offrire solo determinate tipologie di prestazioni, quelle essenziali di vecchiaia e anzianità e quelle accessorie di invalidità e premorienza. È però la stessa COVIP a mettere in dubbio questa conclusione nella recente delibera di indirizzo contenente gli schemi di statuto e regolamento delle forme pensionistiche: sembra infatti che, ferma l'essenzialità delle prestazioni per vecchiaia e anzianità, solo i fondi pensione negoziali siano vincolati all'erogazione di eventuali prestazioni <<accessorie>> nelle sole ipotesi di invalidità e premorienza¹⁶⁶. I fondi pensione aperti e le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione non sembrerebbero invece incontrare limiti circa la tipologia di prestazioni <<accessorie>> che sono legittimati ad offrire¹⁶⁷. Le indicazioni per le forme pensionistiche complementari attuate mediante contratti di assicurazione sembrano ancora più permissive: l'art. 14 dello Schema di Regolamento lascia, infatti, piena libertà nell'indicare le prestazioni assicurative che il contratto propone come coperture accessorie, evidenziando chiaramente se l'adesione è obbligatoria o facoltativa e rinvia alle condizioni generali di contratto. Non si può, inoltre, trascurare che la direttiva comunitaria sugli enti pensionistici aziendali o professionali¹⁶⁸ contiene un'elencazione delle prestazioni erogabili che, pure incentrata sui trattamenti correlati al <<raggiungimento del pensionamento>>, si estende anche alla protezione di altri bisogni previdenziali¹⁶⁹. Nonostante in sede di attuazione della direttiva il legislatore italiano non sia intervenuto sul regime delle prestazioni¹⁷⁰, c'è da chiedersi se le indicazioni dell'ordinamento comunitario non possano comunque suggerire un'interpretazione del D.Lgs. n. 252/05 che, raccogliendo i suggerimenti degli interpreti e della stessa autorità di vigilanza, dia spazio alla possibilità per tutte le forme pensionistiche complementari di erogare prestazioni ulteriori a quelle menzionate negli artt. 6 e 11. In questo contesto, se l'orientamento apparentemente permissivo della COVIP a favore dei soli fondi aperti e delle forme pensionistiche attuate con contratto di assicurazione dovesse trovare conferma nella

¹⁶⁶ Art. 13 *bis* dello schema di statuto per i fondi pensione negoziali allegato alla delibera COVIP del 31 ottobre 2006, ove si prevede che l'adesione alle prestazioni accessorie per invalidità e premorienza sia facoltativa o, in alternativa, automaticamente conseguente all'iscrizione al fondo, secondo le modalità previste dalle fonti istitutive.

¹⁶⁷ L'art. 15 *bis* dello Schema di Regolamento per i fondi pensione aperti, che sembra lasciare alla scelta del gestore l'individuazione della tipologia di prestazioni assicurative accessorie (<<il Fondo prevede inoltre le seguenti prestazioni...>>), <<le condizioni delle suddette prestazioni sono indicate nell'allegato n. 4 al presente decreto>>), ferma restando la necessità che l'adesione sia facoltativa, ossia da esprimere all'atto dell'iscrizione al fondo o successivamente con l'apposito modulo.

¹⁶⁸ Dir. 2003/41/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003 relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali, in *G.U.U.E.* del 23 settembre 2003.

¹⁶⁹ Si tratta delle prestazioni, fornite su base accessoria a quelle inerenti al pensionamento, erogate <<sotto forma di pagamenti in caso di morte, invalidità o cessazione del rapporto di lavoro, nonché le prestazioni erogate sotto forma di sostegni finanziari o servizi in caso di malattia, stato di bisogno o morte>> (art.6, comma 2°, lett. *d*). L'art. 9 prevede poi la possibilità che, con l'accordo delle parti sociali, sia offerta all'aderente l'opzione di <<copertura del rischio di longevità e di invalidità professionale, le disposizioni circa la reversibilità e la garanzia di rimborso dei contributi, quali prestazioni supplementari. Commento di *Loi P.*, *La direttiva sulle attività e sulla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, pag. 55 s. ed in particolare pag. 71-72.

¹⁷⁰ D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28, pubblicato in *G.U.* n. 70 del 24 marzo 2007.

prassi applicativa, ci si dovrebbe infatti porre il problema della sua conformità con la volontà della legge delega di assicurare <<regole comuni>> per tutti gli operatori del sistema. L'individuazione degli eventi che possono essere protetti attraverso le prestazioni complementari potrebbe peraltro rappresentare, è opportuno evidenziarlo, un problema di limitato impatto pratico sulla situazione esistente: i dati raccolti sembrano infatti indicare che, complice la scarsità di risorse a disposizione, i fondi pensione oggi operanti hanno scelto di concentrare la propria attività prevalentemente sulla garanzia di prestazioni collegate alla vecchiaia e all'anzianità¹⁷¹. Non è però escluso che vi possa essere un maggiore interesse per l'offerta di ulteriori prestazioni una volta che, anche in esito alla riforma delle modalità di finanziamento con il conferimento tacito del t.f.r., le forme pensionistiche si trovassero a disporre di risorse sufficienti per diversificare la copertura senza pregiudicare il livello dei trattamenti offerti per vecchiaia e anzianità. L'art. 11 del D.Lgs. n. 252/2005 è intervenuto a disciplinare espressamente una fattispecie che in precedenza non era stata trattata dal legislatore: l'ipotesi, di particolare rilevanza pratica, della morte dell'aderente che sia già titolare della prestazione pensionistica¹⁷². La suddetta norma è chiara nel consentire alle forme pensionistiche, attraverso un'apposita previsione negli schemi di erogazione delle rendite, tanto di corrispondere una rendita di <<reversibilità>>, calcolata in base al montante residuale al momento della morte del titolare della prestazione che di restituire il montante medesimo. Ci si potrà, a questo proposito, chiedere quale portata attribuire alla nozione di <<montante residuo>>, ed in particolare se essa sia assimilabile a quella di <<intera posizione individuale maturata>> oggetto di riscatto in caso di morte dell'aderente intervenuta prima dell'erogazione della prestazione¹⁷³. Anche se la terminologia utilizzata dal legislatore è, nei due casi, diversa, si può argomentare che il principio della capitalizzazione ed il criterio della corrispettività, consentano di tenere in considerazione nella determinazione del montante tanto i contributi versati che gli incrementi apportati per effetto dell'attività di gestione, sottraendovi però le risorse già utilizzate per l'erogazione della rendita sino al momento della morte ed i costi derivanti dall'attivazione di questa copertura¹⁷⁴. Quanto ai soggetti destinatari della rendita o della restituzione del montante, la norma fa riferimento ai soli "beneficiari" individuati dallo stesso aderente. Il mancato riferimento agli eredi, contenuto invece nella disciplina del riscatto, sembra dunque escludere la trasmissibilità *iure successionis* del relativo diritto. I beneficiari potranno essere scelti dall'aderente in assenza di vincoli analoghi a quelli in vigore nella previdenza pubblica per l'individuazione dei destinatari

¹⁷¹ Relazione per l'anno 2005 elaborata dalla COVIP.

¹⁷² Art. 11, comma 5°, d.lgs. 252/2005.

¹⁷³ *Zampini, La previdenza complementare, cit.*, pag. 189, la posizione individuale maturata ai fini del trasferimento e del riscatto di cui al d.lgs. n. 124/1993 era da intendersi comprensiva <<dei contributi versati dal lavoratore stesso, di quelli a carico dell'azienda, delle quote di t.f.r. e del relativo rendimento>>.

¹⁷⁴ Ad esempio quelli derivanti dalla stipulazione dei contratti assicurativi collaterali per i rischi di morte o di sopravvivenza oltre la vita media cui fa riferimento lo stesso art. 11, comma 5°.

del trattamento di reversibilità¹⁷⁵. La libertà dell'aderente offre, quindi, un primo esempio degli spazi concessi alla disponibilità individuale delle prestazioni, che si possono riscontrare anche in altri punti della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 252/2005. Una delle più evidenti differenze riscontrabili nell'art. 11 del d.lgs. n. 252/2005 rispetto alla previgente disciplina è la scelta di non riproporre la norma secondo la quale *“l'entità delle prestazioni è determinata dalle scelte statutarie contrattuali, secondo criteri di corrispettività ed in conformità al principio della capitalizzazione”*¹⁷⁶. Il principio della capitalizzazione, del quale il criterio di corrispettività rappresenterebbe una accentuazione¹⁷⁷, costituisce uno dei cardini del sistema italiano della previdenza complementare. Oggetto di una specifica direttiva del legislatore delegato del 1992¹⁷⁸, il principio di capitalizzazione ha infatti dato attuazione ad una chiara scelta di politica legislativa volta ad assicurare l'autosufficienza e l'equilibrio finanziario della previdenza complementare¹⁷⁹, sottraendola ai rischi propri dei sistemi a ripartizione¹⁸⁰. È quindi una questione di non poca portata quella di verificare se la mancata riproposizione del principio nel d. lgs. 252/2005 segni un mutamento dei fondamenti del sistema o sia invece frutto di una lacuna. A questo scopo, l'assenza nella legge n. 243/04 di specifiche indicazioni volte a superare il principio di capitalizzazione consiglia di seguire quella lettura continuista già in precedenza suggerita. Il principio di capitalizzazione ed il criterio della corrispettività devono quindi considerarsi ancora presenti nel sistema, come del resto confermato da altre norme che li assumono a proprio indefettibile presupposto. L'opportunità di considerare ancora valido il binomio previdenza complementare - capitalizzazione può, infine, essere suggerita anche da riflessioni ulteriori rispetto a quelle proprie dell'approccio strettamente tecnico-interpretativo. Si può infatti osservare che le esigenze sottostanti all'opzione di politica legislativa a favore del principio di capitalizzazione nelle forme pensionistiche complementari sono sempre presenti nel sistema previdenziale italiano, ed anzi

¹⁷⁵ Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, pag. 534. s., che evidenzia come i destinatari delle prestazioni a favore dei superstiti siano individuati dalla legge a prescindere da logiche di tipo successorio ed in presenza del requisito della vivenza a carico.

¹⁷⁶ Art. 7, comma 5°, d.lgs. 124/1993.

¹⁷⁷ Ciocca G., *Le prestazioni*, pag. 433-434. Il richiamo al criterio di corrispettività aveva suscitato un certo dibattito tra gli interpreti, perché non era indicato nella legge delega n. 421/92 ed era quindi riconducibile, con un possibile problema di eccesso di delega, alla sola iniziativa del governo. Erano peraltro prevalse letture che tendevano a salvaguardare la legittimità costituzionale della norma, considerando appunto il criterio di corrispettività quale logicamente dipendente dal principio di capitalizzazione e dalla natura sinallagmatica del rapporto contrattuale tra fondo pensione e iscritto, Bessone, *La previdenza complementare*, pag. 95-97. In senso contrario, però Cinelli, *Art. 7, cit.*, pag. 198, che rileva come il richiamo, al di fuori dei confini della delega, alla corrispettività non si ponesse in <<necessitata dipendenza dal principio di capitalizzazione>> e poco si attagliasse ai principi solidaristici caratterizzanti la previdenza sociale.

¹⁷⁸ L'art. 3, comma 1°, lett. v), della l. n. 421/92 prevedeva infatti <<l'osservanza di sistemi a capitalizzazione>>.

¹⁷⁹ Olivelli e Ciocca, voce *Previdenza complementare. Diritto del lavoro*, cit. pag. 12-13.

¹⁸⁰ Il rischio di insostenibilità finanziaria dei sistemi a ripartizione e della conseguente necessità, per i sistemi pubblici improntati a tale metodo, di incrementi degli apporti della fiscalità generale, è strettamente collegato agli andamenti demografici ed al tasso di crescita della massa salariale. Laddove il rendimento implicito assicurato dal sistema (ossia l'ammontare della pensione) superi il tasso implicito di sviluppo del monte dei salari, l'equilibrio finanziario viene meno ed il sistema, per poter sopravvivere, necessita di finanziamenti esterni, Pessi R., *Modelli teorici ed economia reale: riflessioni sul sistema giuridico della previdenza sociale*, in *Id.*, *La previdenza complementare*, cit., pag. 103 ss.

sembrano oggi emergere ancor più chiaramente che in passato: in particolare, il rischio di insostenibilità finanziaria correlato al metodo della ripartizione è denunciato dagli economisti con sempre maggiore preoccupazione, alla luce dello sfavorevole andamento demografico e della difficoltà di incrementare i tassi di occupazione¹⁸¹. In questo contesto, sembra quindi difficile ritenere esistenti le condizioni per superare la scelta del principio della capitalizzazione quale metodo più idoneo a garantire i trattamenti pensionistici futuri, all'interno di un sistema finanziariamente sostenibile e autosufficiente¹⁸².

III.III Requisiti di accesso e modalità di erogazione

La disciplina delle prestazioni e dei relativi requisiti delle forme di previdenza complementare è contenuta nell'art. 11 del D.Lgs. n. 252/2005, il quale rafforza il collegamento funzionale tra previdenza di base e previdenza complementare, prevedendo che il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari. In tale architettura, le pensioni pubbliche hanno il ruolo preminente nell'erogazione delle prestazioni previdenziali ai pensionati, ma a esse sono affiancate e collegate le coperture offerte dalla previdenza complementare. Il fine è di soddisfare per i lavoratori le aspettative di mantenimento del tenore di vita conseguito con l'attività lavorativa. Il collegamento funzionale di cui sopra, appare nell'impianto del D. lgs. n. 252/2005, più forte di quello presente nel previgente D. lgs. n.124/1993 attesa la previsione di cui all'art. 11 comma 2 in base alla 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”*. Ne deriva una subordinazione della maturazione del diritto al possesso dei requisiti anagrafici ma soprattutto contributivi presenti nel sistema obbligatorio.

L'individuazione dei requisiti di accesso alle prestazioni rappresenta uno snodo cruciale della disciplina della previdenza complementare: le scelte effettuate dal legislatore si rivelano infatti non solo di determinante impatto sulla posizione dei singoli aderenti, ma soprattutto fondamentali per valutare il significato del legame tra la previdenza complementare e quella di base, con le note ricadute sul vivacissimo dibattito sviluppatosi attorno all'individuazione del referente

¹⁸¹ www.lavoce.info

¹⁸² Se l'adozione del metodo a capitalizzazione consente di superare i rischi macroeconomici di default del sistema ed il conseguente rischio (c.d. politico) che la fiscalità generale (per i sistemi pubblici) o la platea degli aderenti (per i fondi pensione) non intervengano a sostenerlo, è però noto che il metodo a capitalizzazione comporta un aumento del rischio in capo al singolo aderente, che non potrà essere certo del rendimento finanziario del capitale accumulato e quindi della rendita pensionistica futura, *Guida, I profili economici della previdenza complementare nella riforma del welfare, cit.*, pag. 253 ss.

costituzionale della disciplina delle forme pensionistiche complementari¹⁸³. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 252/2005 possono offrire non pochi spunti all'evoluzione di questo dibattito: l'art. 11, ancora una volta in assenza di puntuali indicazioni della legge delega, ha infatti integralmente riformulato la disciplina dei requisiti di accesso alle prestazioni contenuta nella previgente normativa. Nell'impianto del D.Lgs. n. 124/1993, l'individuazione dei requisiti era demandata alle fonti costitutive dei fondi pensione, pur nel rispetto di alcuni significativi limiti derivanti dall'imposizione del collegamento con la previdenza di base. L'art. 7, comma 2° del D.Lgs. n. 124/1993, consentiva anzitutto di accedere al trattamento complementare <<per vecchiaia>> al raggiungimento della corrispondente età pensionabile prevista dal regime obbligatorio ed a condizione che l'iscritto avesse maturato almeno cinque anni di partecipazione al fondo pensione. L'art. 7, comma 3°, prevedeva poi la maturazione della pensione complementare <<per anzianità>> alla cessazione dell'attività lavorativa che aveva comportato la partecipazione al fondo. Il requisito anagrafico era determinato sempre con riferimento all'età del pensionamento pubblico per vecchiaia, al cui raggiungimento non dovevano mancare più di dieci anni¹⁸⁴, e vi era poi il requisito contributivo di almeno quindici anni di appartenenza al fondo pensione. L'articolazione dei requisiti fatta propria dall'art. 7 consentiva dunque non soltanto un certo margine di discrezionalità alle fonti costitutive, accentuato dalla possibilità di prevedere forme gradualistiche di accesso in ragione della anzianità già maturata dal lavoratore¹⁸⁵, ma soprattutto permetteva di godere della pensione complementare anche a prescindere dalla (ed in anticipo alla) maturazione dei requisiti per l'ottenimento della pensione di base¹⁸⁶. L'art. 11 del D.Lgs. n. 252/2005 ha, invece, radicalmente innovato questo impianto: pur riproponendo, al comma 1°, la formula del rinvio alle autonome determinazioni delle forme pensionistiche per l'individuazione dei requisiti e delle modalità di accesso, ne ha sminuito, per non dire di fatto svuotato, il significato. Il comma 2° dell'articolo in esame prevede infatti che oggi *“il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabilite nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari”*. Pur senza richiedere l'effettiva liquidazione del trattamento pensionistico di base¹⁸⁷, la scelta del legislatore delegato si è quindi chiaramente attestata a favore

¹⁸³ Delle posizioni, complesse e variegate, emerse nell'ambito di tale dibattito, *Tursi A., La previdenza complementare nel sistema, cit.*, pag. 11 s.

¹⁸⁴ Come rilevato da *Tursi A., La previdenza complementare, cit.*, pag. 49, il collegamento con l'età pensionabile rendeva in realtà la pensione complementare di anzianità <<una pensione anticipata per vecchiaia (la cui <<complementarietà>> è insita nell'agganciamento dinamico ai requisiti della pensione pubblica di vecchiaia, non certo a quelli delle pensioni pubbliche di anzianità), che può accompagnarsi o meno ad una pensione di base <<di anzianità>> (rectius, non basata sull'età anagrafica)>>.

¹⁸⁵ Era una facoltà prevista dal comma 3° dell'art. 7 per i soli trattamenti complementari di <<anzianità>>.

¹⁸⁶ *Cinelli, Art. 7, cit.*, pag. 197, si trattava comunque di ipotesi molto più circoscritte di quelle che potevano verificarsi nella realtà della previdenza complementare preesistente al d.lgs. 124/1993, caratterizzata dall'assenza di vincoli ai requisiti per la percezione del trattamento complementare e quindi dall'effettiva possibilità di utilizzare la pensione complementare in chiave sostitutiva di quella di base.

¹⁸⁷ L'art. 11, comma 2°, si riferisce infatti alla maturazione dei requisiti e non alla liquidazione della pensione.

di una stretta dipendenza della disciplina della previdenza complementare da quella del regime obbligatorio¹⁸⁸. Ciò si tradurrà anche nell'automatico e non mediabile impatto, nel sistema della previdenza complementare, delle scelte di politica legislativa concernenti l'accesso alla pensione pubblica. E se questo aspetto poteva in qualche misura risultare attenuato dalla considerazione che i lavoratori la cui pensione fosse calcolata con il metodo contributivo avrebbero comunque potuto, per effetto della "flessibilizzazione" dell'età pensionabile prevista con l'entrata a regime della riforma del 1995, godere di riflesso di una certa autonomia nella determinazione del momento del pensionamento complementare, è innegabile che tali spazi di libertà siano oggi ridotti con l'irrigidimento dell'età pensionabile. In merito alla decorrenza delle prestazioni pensionistiche di cui all'art. 11, comma 2°, del decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252 occorre ricordare gli Orientamenti Covip con i quali sono stati forniti dei chiarimenti in merito alla decorrenza delle prestazioni di previdenza complementare. A tal fine era stato, infatti, chiesto alla Commissione di precisare se le previsioni in tema di decorrenza dei trattamenti pensionistici obbligatori, di cui all'art.12, commi 1° e 2°, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito con modificazione in legge n. 122 del 2010, riguardassero anche le prestazioni pensionistiche complementari.

In proposito, si è rilevato che il citato art. 11, comma 2° del D.Lgs. n. 252/2005, nel modificare il regime delle prestazioni di previdenza complementare rispetto alla previgente disciplina contenuta nell'art. 7, commi 2° e 3°, del D.Lgs. n. 124 del 1993, ha stabilito un collegamento più diretto tra la disciplina della previdenza complementare e quella obbligatoria, senza peraltro richiedere, ai fini del conseguimento della prestazione di previdenza complementare, l'effettiva liquidazione del trattamento di base. L'articolo in parola, infatti, condiziona il diritto alla prestazione pensionistica complementare "alla maturazione dei requisiti di accesso" alle prestazioni di previdenza obbligatoria, senza prevedere alcun collegamento tra le decorrenze dei due diversi trattamenti. Un nesso tra le decorrenze dei due trattamenti pensionistici, complementare e obbligatorio, è invece posto dall'art. 20, comma 6° del D.Lgs. 252/2005 che disciplina i requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche corrisposte dai fondi pensione che erogano prestazioni definite a integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio. Il citato articolo, riprendendo quanto già disposto dall'art. 18, comma 8-*quinquies* del D.Lgs. n. 124 del 1993, introdotto dall'art. 15, comma 5° della l. n. 335 del 1995, prevede infatti che l'accesso alle prestazioni per anzianità e vecchiaia, assicurate dalle forme pensionistiche preesistenti che garantiscono prestazioni definite a integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio, è subordinato alla liquidazione del predetto trattamento. Detta norma presenta quindi carattere di specialità rispetto alla generale previsione dell'art. 11, comma 2° del D.Lgs. 252/2005, richiedendo che la liquidazione dei trattamenti pensionistici di previdenza complementare erogati dai fondi pensione ivi previsti sia condizionata dalla liquidazione del trattamento di base. La linea prospettata, oltre quindi a

¹⁸⁸ *Pandolfo, Prime osservazioni sulla nuova legge, cit., pag.194-196.*

desumersi in base all'interpretazione della norma di cui in parola, che fa riferimento alla maturazione dei requisiti d'accesso alla prestazione obbligatoria e non già all'effettiva decorrenza della stessa, trova conferma anche sulla base di un'interpretazione logico-sistematica. Infatti, la permanenza nell'ambito del D.Lgs. n. 252/2005 della disposizione speciale di cui all'art. 20, comma 6° del D.Lgs. n. 252/2005 (già art. 18, comma 8-*quinquies* del D.Lgs. n. 124 del 1993) anche in presenza della nuova disciplina contenuta nell'art. 11, comma 2°, che opera una più stretta connessione tra i requisiti di accesso alle prestazioni nelle due forme di previdenza, può leggersi solo in senso derogatorio rispetto ai requisiti fissati in via generale dallo stesso art. 11, comma 2°. Se infatti, tale articolo contenesse già il principio dell'allineamento delle due decorrenze, la specifica previsione dell'art. 20, comma 6°, diretta solo a certe tipologie di fondi pensione, non avrebbe ragione d'essere.

Si è rilevato, inoltre, che le norme del d.l. n. 78 del 2010, che differiscono la liquidazione dei trattamenti pensionistici obbligatori, distinguono nettamente i due momenti: quello della maturazione dei requisiti di accesso e quello della decorrenza del trattamento. L'art. 12, commi 1° e 2°, del d.l. n. 78 del 2010 prevede infatti che *“i soggetti che a decorrere dall'anno 2011 maturano il diritto all'accesso al pensionamento...conseguono il diritto alla decorrenza del trattamento”* trascorsi i periodi ivi indicati.

Dal momento che l'art. 11, comma 2°, del D.Lgs. n. 252/2005 condiziona l'acquisizione del diritto alla prestazione complementare alla *“maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabilite nel regime obbligatorio di appartenenza”*, lo stesso per la Commissione è da intendersi riferito solo al primo dei due indicati momenti.

In base a quanto rappresentato, si è espresso l'avviso che gli aderenti alle forme pensionistiche complementari ai quali si applica l'art. 11, comma 2°, del D.Lgs. n. 252/2005, conseguano il diritto alla prestazione di previdenza complementare alla maturazione dei requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici obbligatori - con almeno 5 anni di partecipazione alle forme - prescindendo dall'effettiva erogazione degli stessi. Resta ovviamente rimessa alla libera determinazione dell'iscritto la scelta del momento in cui esercitare concretamente il diritto maturato. La posizione espressa riguarda anche tutti gli altri casi in cui la normativa relativa alle pensioni di base preveda una decorrenza differita delle prestazioni pensionistiche rispetto alla maturazione dei requisiti di accesso al pensionamento. Sul punto, si ricorda però che la recente Legge Fornero¹⁸⁹ elimina il problema alla radice avendo soppresso il sistema delle “finestre”. Dal 1° gennaio 2012 la Legge Fornero ha inasprito in generale i requisiti di accesso alla pensione di vecchiaia, fissandoli a 66 anni per gli uomini (dipendenti ed autonomi) e per le lavoratrici del pubblico impiego; a 62 anni per le lavoratrici dipendenti del settore privato; a 63 anni e 6 mesi per

¹⁸⁹ Decreto Legge 6 dicembre del 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, equità e il consolidamento dei conti pubblici convertito in legge 214/2011.

le autonome e le parasubordinate, riguardo a queste ultime la Riforma ha previsto un innalzamento graduale dei requisiti anagrafici con l'obiettivo di parificare l'età pensionabile tra uomini e donne entro il 2018¹⁹⁰. A tal fine, sembra rilevante osservare l'orientamento elaborato dalla Cassazione civile Sentenza, Sez. lav., 16/06/2006, n. 13933 secondo il quale il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia è subordinato alla cessazione del rapporto di lavoro e prescinde dalla gestione tenuta ad erogare la prestazione, con la conseguenza che, ove un lavoratore abbia due distinte posizioni contributive, ciascuna idonea ai fini dell'attribuzione della rispettiva pensione di vecchiaia, il riconoscimento del diritto alla pensione richiede la cessazione di qualsiasi rapporto lavorativo e non già del solo rapporto in riferimento al quale sono stati versati i contributi alla gestione chiamata a erogare la prestazione. Ai fini della determinazione dell'anzianità necessaria per la maturazione del diritto alle prestazioni, dovranno considerarsi utili tutti i periodi di partecipazione alle forme pensionistiche complementari maturati dall'aderente per i quali lo stesso non abbia esercitato il riscatto totale della posizione individuale. La disciplina, tuttavia, prevede un caso di accesso anticipato: su richiesta dell'aderente, l'accesso alle prestazioni pensionistiche complementari, sia in capitale che in rendita, potrà essere conseguito in via anticipata con un anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l'accesso alle prestazioni di base, nel caso di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi. In tema di prestazioni dei dipendenti pubblici si ricorda che il D.Lgs. n. 252/2005, mantiene un percorso differenziato per questi ultimi. Infatti, il comma 6° dell'art. 23 prevede che *“fino all'emanazione del decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 2, lettera p), della legge 23 agosto 2004, n. 243, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, si applica esclusivamente e integralmente la previgente normativa”*. In realtà, dalla lettura del sistema normativo così come delineatosi dopo il D.Lgs. n. 252/2005, anche per effetto degli interventi da parte della Covip, emerge chiaramente che il previgente D.Lgs. n. 124/1993 trova applicazione solo nel caso in cui il dipendente pubblico aderisca a una forma di previdenza collettiva. Nell'ipotesi in cui, invece, aderisca a un FIP di fatto a esso si applica il d. lgs 252/2005 con l'eccezione del silenzio assenso e di tutte le norme che riguardano il TFR e il contributo del datore di lavoro. A riprova di ciò, è solo per i fondi negoziali del pubblico impiego che si è imposto di adottare un duplice schema di statuto con distinzione delle regole da applicare ai pubblici, D.Lgs. n. 124/1993, e ai privati, D.Lgs. n. 252/2005. Alle prestazioni erogate sotto forma di rendita, i fondi pensione provvedono mediante la stipula di convenzioni con una o più imprese assicurative di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 7 settembre 2005 n.

¹⁹⁰ In merito alla pensione di vecchiaia, www.pensioniooggi.it/dizionario/la-pensione-di-vecchiaia

209, con successive modificazioni e integrazioni, oppure, come per i PIP o i fondi preesistenti, direttamente.

A seguito dell'esercizio del diritto alla prestazione pensionistica, il valore della posizione individuale, eventualmente integrato dalla garanzia di risultato, al netto dell'eventuale quota di prestazione da erogare in forma di capitale, viene impiegato quale premio unico per la costituzione di una rendita vitalizia immediata o di altre forme di rendita vitalizia. La trasformazione del capitale in una prestazione periodica avviene applicando dei coefficienti di conversione desunti in contratto.

Dato il fine previdenziale delle forme di previdenza complementare, il legislatore ha previsto una normativa che tende a privilegiare le prestazioni in rendite, rispetto a quelle in capitale. La liquidazione della prestazione sotto forma di capitale, può essere richiesta entro il massimo del 50% del montante finale accumulato.

III.IV Le anticipazioni nella previdenza complementare

Le direttive della Covip del 2006 precisano che, nel "computo dell'importo complessivamente erogabile in capitale, dovranno, peraltro, essere sottratte le somme già erogate a titolo di anticipazione e non reintegrate da parte dell'iscritto. Ai fini del rispetto di tale previsione, le forme pensionistiche complementari devono tenere conto delle anticipazioni concesse e delle reintegrazioni effettuate".

In particolare, l'anticipazione può essere concessa dalla forma pensionistica complementare esclusivamente per:

- a) spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche;
- b) acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli;
- c) spese per la realizzazione degli interventi di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, relativamente alla prima casa di abitazione;
- d) ulteriori esigenze degli aderenti.

L'anticipazione di cui al punto a) del precedente comma può essere richiesta in qualsiasi momento. Condizione essenziale per ottenere le anticipazioni di cui ai punti b), c) e d) del precedente comma è che il periodo di iscrizione dell'aderente sia pari ad almeno otto anni. Ai fini della determinazione dell'anzianità necessaria per la richiesta delle anticipazioni, sono considerati utili tutti i periodi di partecipazione alle forme pensionistiche complementari maturati

dall'aderente per i quali lo stesso non abbia già esercitato il riscatto totale della posizione individuale.

L'importo massimo dell'anticipazione è pari a:

- 75% dell'ammontare della posizione individuale nei casi a), b), c);
- 30% dell'ammontare della posizione individuale nel caso d).

Le somme percepite a titolo di anticipazione non possono mai eccedere, complessivamente, il 75% della posizione complessiva dell'aderente, incrementata di tutte le anticipazioni percepite e non reintegrate.

L'ammontare delle somme corrisposte a titolo di anticipazione non può, comunque, essere superiore agli oneri effettivamente sostenuti e documentati.

L'anticipazione può essere richiesta dall'aderente anche più di una volta nel rispetto dei limiti sopra individuati, calcolati sulla posizione complessiva dell'iscritto, incrementata di tutte le anticipazioni percepite e non reintegrate. Le somme erogate a titolo di anticipazione possono essere reintegrate in qualsiasi momento.

Ciò chiarito, ci si sofferma sull'analisi delle diverse forme di anticipazione nella previdenza complementare:

A. SPESE SANITARIE PER TERAPIE E INTERVENTI STRAORDINARI

L'anticipazione è concessa all'aderente per le spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche. Le somme erogate a titolo di anticipazione possono essere utilizzate anche per la copertura delle spese accessorie connesse alla terapia o all'intervento, purché debitamente documentate.

L'attestazione rilasciata dalle strutture pubbliche non preclude all'aderente la possibilità di scelta della struttura sanitaria, anche privata, italiana od estera, presso la quale effettuare la terapia o l'intervento.

L'anticipazione può essere richiesta entro 180 giorni dall'effettuazione della spesa.

Ai fini della liquidazione delle somme a titolo di anticipazione, deve essere prodotta la documentazione di seguito elencata:

- certificazione a cura della struttura pubblica competente (ASL) del carattere straordinario della terapia o dell'intervento;
- fatture o ricevute fiscali attestanti gli oneri effettivamente sostenuti e rispondenti ai requisiti richiesti dalla normativa fiscale, ovvero preventivo di spesa redatto dall'ente o dal professionista sanitario che effettuerà la prestazione con l'impegno, da parte dell'aderente, a presentare entro 90 giorni la copia della fattura o ricevute fiscali attestanti gli oneri effettivamente sostenuti, salvo conguaglio finale.

B. ACQUISTO DELLA PRIMA CASA DI ABITAZIONE PER L'ADERENTE O PER I FIGLI

L'anticipazione è concessa all'aderente per le spese da sostenere a fronte dell'acquisto, per sé o per i figli, della prima casa di abitazione. Le somme erogate a titolo di anticipazione possono essere utilizzate anche per la copertura delle spese connesse e necessarie all'acquisto, purché debitamente documentate. L'aderente anche non intestatario (nel caso di acquisto/costruzione da parte del coniuge) può richiedere l'anticipazione per acquisto della prima casa di abitazione, purché risulti effettuato solo dal coniuge dell'aderente in regime di comunione legale dei beni e quindi rientri ex lege nel patrimonio dell'aderente.

Si considera prima casa di abitazione quella per la quale sono riconosciute le agevolazioni fiscali in materia di imposta di registro e di imposta sul valore aggiunto.

Costituiscono fattispecie di acquisto rilevanti ai presenti fini le ipotesi di acquisto da terzi, acquisto in cooperativa, costruzione in proprio.

L'anticipazione deve essere richiesta entro 18 mesi dal perfezionamento dell'acquisto, o dall'assegnazione limitatamente agli acquisti in cooperativa.

Ai fini dell'accoglimento delle richieste di anticipazione, devono essere in ogni caso prodotti da parte dell'aderente o del beneficiario dell'acquisto:

- dichiarazione sostitutiva di atto notorio, redatta ai sensi del DPR 445/2000, da cui risulti che l'immobile è ubicato nel territorio del Comune in cui l'acquirente ha o stabilisca entro 18 mesi dall'acquisto la propria residenza o, se diverso, in quello in cui l'acquirente svolge la propria attività;
- copia dell'atto notarile da cui risulti la proprietà dell'abitazione (trattasi, nell'ipotesi di acquisto da terzi, del contratto di vendita, nell'ipotesi di acquisto in cooperativa, dell'atto di assegnazione dell'alloggio e, nel caso di costruzione in proprio, del titolo di proprietà del terreno) ed in cui l'acquirente abbia dichiarato di non essere titolare;
- esclusivo o in comunione (legale o convenzionale) con il coniuge, dei diritti di proprietà, usufrutto, uso e abitazione di altra casa di abitazione nel territorio del Comune in cui è situato l'immobile da acquistare;
- neppure per quote, anche in regime di comunione legale, su tutto il territorio nazionale, dei diritti di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà su altra casa di abitazione acquistata dallo stesso soggetto o dal coniuge con le agevolazioni relative alla prima casa; o, altrimenti, di impegnarsi a vendere l'immobile già posseduto e per il quale si sia fruito delle agevolazioni entro un anno dall'atto di acquisto dell'immobile per cui si chiede l'anticipazione;
- nel caso in cui l'atto notarile non sia stato già stipulato, potrà essere prodotta copia del contratto preliminare di compravendita trascritto al pubblico registro; tale documento dovrà essere accompagnato anche dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio (a nome

del figlio nel caso di acquisto per questi), redatta ai sensi del DPR 445/2000, da cui risulti la non titolarità, esclusiva o in comunione (legale o convenzionale) con il coniuge, dei diritti di proprietà, usufrutto, uso e abitazione di altra casa di abitazione nel territorio del Comune in cui è situato l'immobile da acquistare e dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio (a nome del figlio nel caso di acquisto per questi), redatta ai sensi del DPR 445/2000, da cui risulti la non titolarità, neppure per quote, anche in regime di comunione legale, su tutto il territorio nazionale, dei diritti di proprietà, usufrutto, uso, abitazione e nuda proprietà su altra casa di abitazione acquistata dallo stesso soggetto o dal coniuge con le agevolazioni relative alla prima casa; o, altrimenti, l'impegno a vendere l'immobile già posseduto e per il quale si sia fruito delle agevolazioni entro un anno dall'atto di acquisto dell'immobile per cui si chiede l'anticipazione;

- stato di famiglia (nel caso l'acquisto sia per i figli) o, in caso di divorzio, estratto dell'atto di nascita dei figli.

C. INTERVENTI DI CUI ALL'ART. 3, COMMA 1°, LETTERE a), b), c) DEL DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 6 GIUGNO 2001, N. 380, RELATIVAMENTE ALLA PRIMA CASA DI ABITAZIONE.

L'anticipazione è riconosciuta all'aderente per le spese da sostenere per la realizzazione degli interventi di cui all'art. 3, comma 1°, lettere a), b), c), del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380, sulla prima casa.

Per prima casa di abitazione si intende quella conforme ai requisiti di cui al secondo periodo del paragrafo precedente, ancorché in concreto acquistata a titolo di successione ereditaria o di donazione.

A norma della legge sopra citata, costituiscono interventi rilevanti ai fini del riconoscimento dell'anticipazione i seguenti:

- a) "interventi di manutenzione ordinaria", gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti;
- b) "interventi di manutenzione straordinaria", le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino delle modifiche delle destinazioni di uso;
- c) "interventi di restauro e di risanamento conservativo", gli interventi edilizi rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurare la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi

costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio.

- d) "interventi di ristrutturazione edilizia", gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica".

L'anticipazione può essere concessa anche per l'esecuzione di opere di adeguamento dell'immobile per il raggiungimento degli standard energetici (es. installazione di pannelli solari o impianti fotovoltaici).

Le somme erogate a titolo di anticipazione possono essere anche utilizzate a fronte di oneri sostenuti per:

- progettazione ed esecuzione dei lavori;
- acquisto dei materiali;
- perizie e sopralluoghi;
- oneri di urbanizzazione;
- altre prestazioni professionali richieste dal tipo di intervento;
- relazione di conformità degli interventi alle leggi vigenti;
- IVA, imposta di bollo e diritti pagati per concessioni, autorizzazioni e denunce di inizio lavori;
- documentazione obbligatoria atta a comprovare la sicurezza statica del patrimonio edilizio;
- altri eventuali costi strettamente inerenti alla realizzazione degli interventi e agli adempimenti posti dal regolamento ministeriale del 18 febbraio 1998, n. 41.

L'anticipazione deve essere richiesta entro 18 mesi dal sostenimento della spesa¹⁹¹.

ANTICIPAZIONI PER I TERREMOTATI DEL CENTRO ITALIA

Il decreto legge n. 189/2016, all'art. 48, comma 13-bis, contiene un'importante misura agevolativa in favore degli aderenti ai fondi pensione residenti nei Comuni del centro Italia colpiti dal terremoto nei mesi di agosto ed ottobre 2016.

A costoro si riconosce la possibilità di fruire delle anticipazioni per acquisto prima casa, ristrutturazione o per cause diverse, prescindendo dal decorso degli 8 anni di iscrizione e con fiscalità agevolata, analogamente a quanto previsto per la causale delle spese sanitarie. In

¹⁹¹ Documento sulle anticipazioni, ed. 05/16, www.generalit.it

particolare, la disposizione sopracitata consente ai soggetti interessati dal provvedimento la possibilità di richiedere, per un periodo di tre anni a decorrere dal 24 agosto 2016 e fino al 24 agosto 2019, le anticipazioni per acquisto o ristrutturazione della prima casa e per ulteriori esigenze secondo le seguenti modalità:

- ai fini della richiesta non rileva il compimento degli 8 anni di iscrizione al sistema di previdenza complementare;
- alle somme erogate si applica la tassazione agevolata prevista per le spese sanitarie;
- restano fermi i limiti percentuali stabiliti dal D.Lgs. n. 252/2005 in relazione a ciascuna causale.

Alla disposizione in esame deve riconoscersi immediata applicazione non dovendosi, quindi, attendere un recepimento formale da parte del fondo.

Una misura agevolativa analoga di durata triennale era stata prevista per i terremotati dell'Emilia (art.11, comma 4°, D.L. 174/2012, dal 22 maggio 2012 fino al 22 maggio 2015).

Le precisazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate relativamente al provvedimento attinente il terremoto dell'Emilia mantengono la loro validità anche rispetto agli eventi sismici del 2016 e sono pertanto di seguito richiamate.

In base alle indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate con una risposta ad un'istanza di consulenza Covip del 15 Maggio 2014, relativamente alla misura straordinaria introdotta per il terremoto dell'Emilia, tra i soggetti destinatari dell'agevolazione rientrano anche gli aderenti a una forma pensionistica complementare che alla data del sisma (24 agosto, 26 o 30 ottobre) abbiano presentato richiesta di iscrizione all'anagrafe della popolazione residente in uno dei Comuni indicati dal decreto. L'amministrazione finanziaria ha anche precisato in quell'occasione che l'eventuale trasferimento della residenza nel corso del triennio considerato dalla norma agevolativa non comporta la decadenza dal beneficio fiscale. Pertanto, oltre la consueta documentazione richiesta in relazione alle varie causali di anticipo, il fondo dovrà, eventualmente, acquisire documentazione idonea a dimostrare il requisito della residenza nei Comuni colpiti dagli eventi sismici del 2016¹⁹².

III.V Il riscatto della posizione individuale in caso di decesso anticipato dell'aderente al fondo pensione

Una fattispecie particolare di riscatto è quella regolata dall'art.14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005, concernente il riscatto della posizione dell'iscritto al fondo pensione in caso di decesso precedente

¹⁹² Anticipazioni per i terremotati del centro Italia, Mefop, pillole previdenziali, n. 117.

rispetto alla maturazione del diritto alla prestazione pensionistica. La suddetta norma prevede testualmente che *“In caso di morte dell'aderente ad una forma pensionistica complementare prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica l'intera posizione individuale maturata è riscattata dagli eredi ovvero dai diversi beneficiari dallo stesso designati, siano essi persone fisiche o giuridiche. In mancanza di tali soggetti, la posizione, limitatamente alle forme pensionistiche complementari di cui all'articolo 13, viene devoluta a finalità sociali secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Nelle forme pensionistiche complementari di cui agli articoli 3, comma 1, lettere da a) a g), e 12, la suddetta posizione resta acquisita al fondo pensione”*.

La disciplina previgente contenuta nell'art. 10, comma 3-ter, D. Lgs. n. 124/93 stabiliva, invece, che *“In caso di morte del lavoratore, la posizione individuale dello stesso è riscattata dal coniuge ovvero dai figli ovvero, se già viventi a carico dell'iscritto, dai genitori”*. Ad una prima analisi della disciplina contemplata dalla disposizione sopra riportata, si può notare come il Legislatore si sia ispirato alla disciplina codicistica relativa alle indennità in caso di morte. In tale direzione, si rammenta come l'art. 2122 c.c. individui nel coniuge, nei figli e, se viventi a carico, nei parenti entro il terzo grado e negli affini entro il secondo grado, i soggetti cui spettano talune attribuzioni patrimoniali funzionalmente connesse al rapporto di lavoro quali, tra le altre, quelle a titolo di trattamento di fine rapporto. Soltanto in mancanza dei soggetti sopra elencati, le indennità in caso di morte spettano agli eventuali eredi testamentari¹⁹³.

Ponendo un confronto tra le due norme, si pone il quesito se la disciplina preesistente sia stata confermata o se alle novità del testo faccia riscontro una norma nuova ispirata a principi diversi. Non si può omettere di rilevare come la disciplina civilistica si differenzi sensibilmente dalla previgente disciplina di settore della previdenza complementare. Vi è, infatti, la non perfetta coincidenza tra l'area dei soggetti tutelati dall'art. 2122 c.c. e quella dell'art. 10, comma 3-ter, del D.Lgs. n. 124/1993. Infatti, diversamente da quanto stabilito dall'art. 2122 c.c., il riscatto per decesso anticipato di cui al predetto art. 10 tipizza, secondo un preciso criterio gerarchico-ordinatore, gli aventi diritto delle somme rivenienti dall'esercizio del diritto di riscatto. In tale direzione, va osservato come la COVIP abbia chiarito che l'art. 10, comma 3-ter del D.Lgs. n. 124/1993 predetermina il criterio di ripartizione secondo una rigida graduazione dei beneficiari¹⁹⁴, mentre l'art. 2122 c.c., per converso, pone in astratto tutti i beneficiari sullo stesso piano,

¹⁹³ La Corte Costituzionale, con sentenza 19 gennaio 1972, n. 8 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3 dell'art. 2122 c.c. nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza delle persone indicate nel primo comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo.

¹⁹⁴ Nell'art. 10, comma 3-ter, l'utilizzo della congiunzione <<ovvero>> ha valore disgiuntivo, questo fa sì che la presenza del primo dei soggetti aventi titolo escluda gli altri, e così via, in *Il riscatto per premorienza*, Canelli I., http://vm3942.cloud.seeweb.it/LMG01/DirPrevidenzaCompl/Cannelli/Riscatto_premorienza/Riscatto_premorienza.pdf

prescrivendo, poi, nel concreto, al 2° comma che la ripartizione delle indennità debba essere effettuata, salvo diverso accordo, secondo il bisogno di ciascuno¹⁹⁵.

Al fine, dunque, di misurare le eventuali novità apportate dalla normativa speciale, è utile innanzitutto chiarire come vada inquadrato il capitale man mano accantonato e cioè, se inquadrarlo come parte del patrimonio dell'aderente sotto forma di diritto di credito in formazione anche prima che si perfezioni il credito pensionistico con relativa devoluzione secondo i principi che governano l'istituto della successione ovvero delle disposizioni testamentarie; oppure se si ritiene che la contribuzione ad una forma pensionistica complementare attribuisce all'iscritto diritti soltanto con il perfezionarsi dei requisiti per la percezione delle prestazioni previdenziali e, quindi, in caso di premorienza dell'aderente, si interromperebbe la formazione della fattispecie, con la conclusione che la posizione individuale non rientrerebbe nella successione, né legittima, né testamentaria, ma verrebbe acquisita dall'assicuratore.

Gli orientamenti della COVIP del 15 luglio 2008 hanno fugato ogni dubbio sulla questione della qualificazione del diritto di riscatto in termini di *jure proprio*.

Ad avviso dell'Autorità di Vigilanza rilevante, a tal fine, è la considerazione che il diritto all'intera posizione individuale non fa già parte del patrimonio del defunto, posto che nel corso del rapporto l'iscritto non ha, in generale, un diritto incondizionato al riscatto dell'intera posizione maturata. Al momento del decesso, infatti, l'iscritto potrebbe non aver maturato il diritto a riscattare la propria posizione, possibilità condizionata dalla legge al verificarsi di determinati presupposti. Dal momento che il diritto alla posizione previdenziale da riscattare non è, di norma, già parte del patrimonio dell'aderente, è da escludersi che la stessa formi oggetto di devoluzione secondo la disciplina della successione.

Confortano tale risultato ermeneutico le seguenti ulteriori considerazioni:

- l'ipotesi in questione di acquisto *jure proprio* risulta conforme, come detto, a quanto elaborato dalla giurisprudenza con riguardo alla disciplina prevista dall'art. 2122 c.c. relativamente alle indennità in caso di morte del lavoratore;
- lo stesso Legislatore, nella formulazione dell'art. 14, comma 3 del D.Lgs. n. 252/2005 ha impiegato l'espressione "*diversi beneficiari dallo stesso designati*", mentre se si trattasse di acquisto *jure successionis* sarebbe stato più corretto parlare di legatari e non genericamente di beneficiari.

In linea con tale interpretazione si pone anche la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 70/E del 18 dicembre 2007: con riferimento all'imposta di successione - ripristinata per effetto dell'art.6 del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2006, n.286, e dall'articolo 1, commi 77,78 e 79 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - l'Agenzia

¹⁹⁵ www.covip.it/quesiti/premorienza

delle Entrate ha infatti chiarito che le prestazioni percepite dagli eredi sono escluse dall'applicazione di detta imposta al pari delle indennità di fine rapporto e delle indennità equipollenti ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346.

Ciò premesso, la disposizione previgente ex art. 10, comma 3-ter, D. lgs n. 124/1993 e il nuovo art. 14 del D. lgs n. 252 del 2005 modificano tali principi, privilegiando le ragioni dell'individuo rispetto a quelle della collettività.

Ad una prima analisi della disciplina abrogata sopra riportata emerge come il Legislatore si sia ispirato alla disciplina codicistica dell'art. 2122 c.c., relativa alle indennità in caso di morte. In tale direzione, si rammenta come l'art. 2122 c.c., individui nel coniuge, nei figli e se, viventi a carico, nei parenti di terzo grado e negli affini entro il secondo grado, i soggetti cui spettano talune attribuzioni patrimoniali funzionalmente connesse al rapporto di lavoro. Solo in mancanza di tali soggetti o di diverse disposizioni da parte del lavoratore l'intera posizione rimaneva acquisita al fondo pensione. Prevalevano, dunque, le ragioni dell'individuo sulla collettività, ma governate da un principio previdenziale che sovrastava quello di autonomia privata. La disciplina civilistica di cui all'art. 2122 c.c., si differenzia sensibilmente dalla previgente disciplina di settore della previdenza complementare nonostante in entrambe il diritto al capitale costituisce uno strumento di sussistenza del nucleo familiare.

La riforma pensionistica contenuta dal D.Lgs. n. 252 del 2005, in particolare l'art. 14, comma 3°, non conferma ma anzi disattende la previgente normativa di cui al D.Lgs. n. 124/1993, altrimenti non ci sarebbe stata ragione di scrivere una nuova disposizione.

Quando la norma utilizza il termine “*eredi*”, si riferisce espressamente a coloro che per legge o anche per testamento subentrano nell'intero o in una quota dell'asse patrimoniale del *de cuius*. Pertanto, secondo la disposizione di cui in parola, eredi sono e possono legittimamente essere anche parenti meno stretti, per testamento, anche persone estranee alla parentela.

Ciò smentisce evidentemente quella tesi che ricondurrebbe il diritto di riscatto solo al nucleo familiare.

La norma inoltre impiega anche il termine “beneficiario”, come eventuale designatario del diritto di riscatto alla forma di previdenza complementare.

Sul punto si pongono problemi di natura interpretativa poiché sorge il problema di individuare i soggetti ai quali allude la legge quando parla di beneficiari eventualmente designati.

In particolare, rispetto alla disciplina del riscatto alla pensione complementare da parte dei beneficiari ovvero legatari, terzi beneficiari in forza di contratto ci si interroga se questi concorrano o siano anteposti o postposti rispetto agli eredi.

Al riguardo, autorevole dottrina sostiene che la posizione dei beneficiari rispetto a quella degli eredi non è subordinata ma del tutto equiparata. Ne consegue che nel caso di specifica

designazione di un beneficiario per disposizione testamentaria ovvero di una clausola (nell'atto di adesione al fondo) che nomina un terzo beneficiario il cespite patrimoniale destinato ai successori universali è destinato a ridursi. Il fine perseguito dalla nuova normativa è quello di privilegiare l'elemento della volontà e dell'autonomia contrattuale o testamentaria affinché l'interessato possa liberamente disporre del proprio patrimonio¹⁹⁶. Quanto al rapporto tra gli eredi e i diversi beneficiari eventualmente designati dall'aderente deceduto, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 252/2005 e prima dell'intervento chiarificatore da parte dell'Autorità di Vigilanza¹⁹⁷, la dottrina ha approfondito lo specifico aspetto relativo all'esistenza di un criterio ordinatore o principio di esclusione tra le predette categorie.

Il termine "beneficiario" impiegato dal legislatore della previdenza complementare non attribuirebbe, a differenza degli eredi, alcuno specifico status al soggetto designato. È evidente, inoltre, come tale singolare opzione legislativa possa ingenerare una certa confusione con i contratti di assicurazione sulla vita ove, evidentemente, il beneficiario è figura tipica.

Una questione ampiamente dibattuta e che vede divisa la giurisprudenza è quella della individuazione degli aventi causa nel caso di premorienza del beneficiario rispetto al contraente. In particolare, la questione concerne se gli eredi del beneficiario premorto all'assicurato acquistino il diritto alla riscossione della somma assicurata *iure proprio o iure successionis*.

Il problema si pone ovviamente quando l'aderente non abbia manifestato alcuna volontà nel modulo di adesione al fondo pensione ben potendo prevedere, nel caso di eventuale premorienza del beneficiario, quali soggetti succedere, se gli eredi del contraente o quelli del beneficiario medesimo. È evidente che l'adesione all'una o all'altra delle tesi sopra citate reca con sé conseguenze di ordine sostanziale ben diverse tra loro. La formulazione letterale della norma condurrebbe, almeno *prima facie*, a riconoscere, nel caso di specie di cui si dibatte, la pertinenza del diritto in capo agli eredi dell'aderente. La motivazione sottesa a questa conclusione trae il proprio fondamento dal carattere strettamente personale che connoterebbe la designazione del beneficiario che esaurirebbe i propri effetti con il venir meno dello stesso, dovendosi, conseguentemente, escludere qualsivoglia effetto di <<trascinamento>> del diritto in oggetto in capo agli eredi di quest'ultimo. È pur vero, tuttavia, che tale conclusione non libera il campo da ulteriori dubbi di natura interpretativa. In particolare, si potrebbero avanzare delle perplessità in ordine al grado di piena esaustività che dovrebbe riconoscersi alla menzione del solo terzo beneficiario contenuta nella lettera della legge. La fattispecie della designazione del terzo beneficiario, contenuta nell'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 252/2005 rimanda, in termini di struttura giuridica, alla figura del contratto a favore di terzo e, precisamente, alla fattispecie

¹⁹⁶ Gentili A., *Il riscatto della posizione individuale nel caso di premorienza dell'aderente al fondo*, in *Osservatorio giuridico*, n. 16, Mefop.

¹⁹⁷ Orientamento COVIP del 15 luglio 2008.

contemplata dall'art. 1412 c.c. Non sembra, infatti, esserci una ragione logica per negare che la designazione in questione possa concettualmente assimilarsi al contratto a favore di terzo con prestazione *post mortem* disciplinato, in via generale, come si diceva poc'anzi, dall'art. 1412 c.c. In base alla citata norma se il terzo muore prima dello stipulante, la prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo¹⁹⁸. Da qui, in via d'applicazione analogica, trarrebbe, pertanto, legittimazione, nel caso che si sta esaminando, l'attribuzione della prestazione agli eredi del beneficiario. Si rammenta, inoltre, che l'acquisto da parte degli eredi del terzo ex art. 1412, comma 2, del codice civile, non avviene a titolo successorio in ragione del fatto che, costituendo un diritto proprio ed autonomo del beneficiario, si trasmette in quanto tale ai suoi eredi.

Enucleate le possibili linee interpretative della questione di cui si dibatte non può non prendersi atto del fatto che ci si trovi, comunque dinanzi a un dato normativo che non contiene elementi che confortino inequivocabilmente né l'una né l'altra delle interpretazioni summenzionate. Di qui l'opportunità per i fondi pensione, al fine di superare la vischiosità dell'impianto legislativo, di regolamentare l'evento premorienza del beneficiario designato rispetto all'aderente del fondo, inserendo nella documentazione contrattuale, o anche nello stesso modulo di designazione, l'indicazione degli aventi diritto alla prestazione, siano essi, in base alla linea interpretativa adottata dal fondo stesso, gli eredi dell'aderente ovvero quelli del beneficiario. Ferma restando, ovviamente, la facoltà di una specifica indicazione in tal senso da parte dell'aderente. A fronte del silenzio di quest'ultimo, il fondo pensione, chiamato a una necessaria individuazione della titolarità del diritto in discorso, potrebbe verosimilmente, muovendosi nel solco dell'art. 1412 c.c. attribuirlo agli eredi del beneficiario, discostandosi con ciò da una logica tipicamente previdenziale che, diversamente, riconoscerebbe la legittimazione in capo agli eredi dell'aderente¹⁹⁹.

Lo schema negoziale delineato appartiene alla categoria delle successioni anomale contrattuali, caratterizzato da una serie di negozi giuridici *inter vivos*, definiti *trans mortem*, utilizzabili in alternativa al testamento²⁰⁰. Il diritto successorio italiano è ispirato al c.d. principio di unità della successione in base al quale, in ossequio al principio di uguaglianza formale, tutto il patrimonio del defunto è assoggettato alla medesima disciplina successoria.

L'emersione di discipline speciali volte a regolare il trasferimento *mortis causa* di taluni beni, generalmente indicate come successioni anomale o speciali, ha scalfito il principio di unità della successione, che continua, tuttavia, a costituire un principio di applicazione generale. Le ipotesi di

¹⁹⁸ Purché il beneficio non sia stato revocato, o lo stipulante non abbia disposto diversamente.

¹⁹⁹ Pizzilli E., *Se il beneficiario muore prima dell'aderente*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 20.

²⁰⁰ Fuccillo G., *op. cit.*, pag. 1605 e ss.. Trattandosi di negozi alternativi al testamento *inter vivos*, va escluso che incorrano nella sanzione di nullità di cui all'articolo 458 c.c., che fa salvi i cc.dd patti di famiglia; Palazzo A., *op. cit.*, pag. 68 e ss.

successioni anomale conosciute dal nostro ordinamento sono infatti tassative e inderogabili. Tassative perché al di fuori delle ipotesi specificatamente previste dalla legge opera il principio di unità della successione; inderogabili poiché quelle stesse esigenze di uguaglianza sostanziale che giustificano l'assoggettamento di particolari utilità economiche ad una disciplina successoria speciale, non sono derogabili con lo strumento dell'autonomia privata.

In linea con tale impostazione, parte della dottrina sosteneva che, anche se i contratti di assicurazione sulla vita con finalità previdenziale di cui all'art. 13, D. Lgs. n. 252/2005 rappresentano una delle forme pensionistiche complementari tipizzate dal Legislatore, non sarebbe revocabile in dubbio la conclusione per cui il Legislatore non abbia inteso riferirsi alla figura tipica del beneficiario di cui all'articolo 1920 c.c., e ciò per le motivazioni che si vanno ad argomentare.

In primo luogo sono stati richiamati i primi Orientamenti interpretativi autorevolmente elaborati dalla COVIP. A fronte della disposizione contenuta nell'art. 10, comma 3-ter, D. Lgs n. 124/93, il cui nucleo principale di tutela era rappresentato dal coniuge, dai figli e dai genitori dell'aderente deceduto, la COVIP ha affermato che la congiunzione "ovvero" tra i beneficiari individuati nell'articolo porta a ritenere che il comma in parola stabilisca un ordine preferenziale tra i soggetti indicati, cosicché la presenza del coniuge superstite esclude il diritto dei figli, quella dei figli in assenza del coniuge esclude il diritto degli ascendenti e così via. Ciò vale, in ultimo, anche per le diverse disposizioni del lavoratore iscritto e in mancanza delle quali la posizione resta acquisita al fondo pensione.

Si trattava di verificare l'esistenza di un criterio ordinatore o principio di esclusione tra eredi e diversi beneficiari designati.

Dal punto di vista linguistico, la congiunzione "ovvero" si presta ad una duplice interpretazione: la prima attribuisce al predetto termine un valore disgiuntivo e conseguente operatività del c.d. principio di esclusione, la seconda, un valore esplicativo e conseguente inoperatività del predetto principio.

Ogni dubbio, come già anticipato, è stato fugato dall'Autorità di Vigilanza, con l'emanazione degli orientamenti interpretativi in materia di riscatto per premorienza.

Numerosi fondi pensione, infatti, hanno chiesto di conoscere quale valore e significato attribuire alla congiunzione "ovvero" e se esista un criterio di preferenza in favore degli eredi o degli altri designati.

La COVIP ha esaminato la norma ed ha evidenziato come il Legislatore, con l'art. 14, comma 3 del D. Lgs n. 252 del 2005, ha inteso unificare, in linea con i principi della legge delega, le regole applicabili alle forme pensionistiche complementari e tutto ciò ha comportato, da un lato, l'eliminazione dell'indicazione diretta del coniuge, dei figli e dei genitori, quali beneficiari e la loro sostituzione con la generica indicazione degli eredi, e dall'altro, l'estensione della possibilità

per l'iscritto di designare altri beneficiari anche nell'ipotesi di adesione su base individuale. La COVIP ha sottolineato che la predetta disposizione contenuta nell'art.14 comma 3° del D.Lgs n. 252 del 2005 è ispirata al criterio della valorizzazione della volontà dell'aderente e, pertanto, in tale solco va inquadrata anche l'interpretazione della norma in esame.

In coerenza con tale impostazione al termine "ovvero" può essere riconosciuto il significato di congiunzione disgiuntiva includente e, perciò, la norma individua i soggetti che, in astratto, hanno il diritto di esercitare il riscatto senza definire un criterio di preferenza esclusiva dei primi rispetto ai secondi. In concreto, pertanto, la posizione verrà attribuita agli eredi laddove non risulti una diversa volontà dell'aderente; in quest'ultimo caso, invece, la posizione sarà riscattata dal soggetto o dai soggetti appositamente designati dall'iscritto.

L'interpretazione della norma, così fatta, appare come la più sensata e corrispondente alla sua stessa lettera e alla *ratio* complessiva della riforma.

In questa trattazione, pare opportuno esaminare due pronunce della giurisprudenza di merito in materia di riscatto per decesso anticipato, dalle quali emergono aspetti controversi scaturenti da una formulazione non proprio cristallina della norma che lo disciplina, ovvero l'art. 14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005, le quali sono state sottoposte alle letture interpretative della Covip²⁰¹ e sono tutt'ora oggetto di contenzioso. I fondi pensione, sino ad ora si sono orientati seguendo le indicazioni ermeneutiche della Commissione di vigilanza al fine di risolvere le questioni applicative che insorgono nella trattazione di questa causale di riscatto.

L'esame prende avvio dalla sentenza del Tribunale di Bolzano, n. 1109/2014, il quale, chiamato a decidere sull'applicazione delle norme di diritto successorio in ordine alla posizione di previdenza complementare nel caso di decesso anticipato di un aderente ad un fondo pensione negoziale, ha posto particolare attenzione all'individuazione dei soggetti chiamati all'eredità e titolari del diritto di riscatto della posizione medesima. Nel caso in parola, a seguito del decesso dell'iscritto, avvenuto in assenza di testamento e di designazione di beneficiari della posizione del fondo pensione, eredi legittimi risultavano essere la moglie e i tre fratelli del *de cuius*. Il fondo pensione aveva pertanto riconosciuto e liquidato in favore della moglie esclusivamente un quarto della posizione previdenziale ritenendo che i residuali tre quarti spettassero pro quota ai tre fratelli, a nulla rilevando l'intervenuta rinuncia all'eredità da parte di questi ultimi. La vedova dell'aderente, asserendo di essere unica erede, considerata l'intervenuta rinuncia all'eredità da parte dei tre fratelli del defunto marito, aveva contestato l'assegnazione parziale riconosciuta dal fondo pensione. Con decreto ingiuntivo munito di provvisoria esecutività, emesso dal Tribunale di Bolzano, aveva quindi ottenuto la liquidazione dell'intero cespite previdenziale. Nell'opposizione

²⁰¹ Ci si riferisce *in primis* agli Orientamenti interpretativi in merito all'art. 14, comma 3° del d.lgs. 252/2005 del 15 luglio 2008, ma anche alle risposte al quesito attraverso cui sono state fornite ulteriori letture del dato normativo e della correlata prassi operativa che ne dovrebbe discendere.

al predetto decreto, il fondo pensione spiegava le ragioni a sostegno del proprio *modus operandi* rifacendosi ai principi enucleati dalla Covip nei propri Orientamenti in materia con la delibera del 15 luglio 2008 e recepiti, per l'appunto, dalla generale prassi operativa dei fondi pensione. Veniva, quindi, dapprima messa in rilievo l'intrasmissibilità *jure successionis* in capo agli eredi del diritto di riscatto della posizione previdenziale. Si sottolinea, per inciso, che l'acquisto *jure proprio* del montante corrispondente alla posizione di previdenza complementare, nel caso del riscatto per decesso anticipato, può ragionevolmente ritenersi principio ormai acclarato nel sistema. Tale qualificazione giuridica, che già connotava la modalità acquisitiva del suddetto montante nel vigore del decreto 124/1993²⁰², è stata infatti espressamente confermata da Covip nei citati Orientamenti interpretativi resi in merito all'art. 14, comma 3° del D.Lgs. n. 252/2005²⁰³. Da qui si è snodato l'iter argomentativo del fondo pensione nel voler riconoscere la titolarità della somma in capo ai quattro eredi secondo quanto espressamente previsto nel d.lgs. 252/2005 a proposito del decesso anticipato. La menzione degli "eredi" contenuta nell'art. 14 del D.Lgs. n. 252/2005 si riferisce, infatti, ai soggetti <<chiamati all'eredità>> al solo fine di individuarli e riconoscere loro, *jure proprio*, la somma accumulata presso la forma pensionistica, non trovando applicazione, in tale contesto, la disciplina successoria. Non dovendosi, quindi, applicare i precetti di tale disciplina, il fondo aveva dedotto l'irrelevanza, nel caso dibattuto, dell'istituto della rinuncia all'eredità o delle particolari quote di attribuzione che il diritto ereditario prescrive con esclusivo riferimento alla successione nell'asse ereditario. Di qui il riconoscimento di quattro soggetti chiamati all'eredità: la moglie e i tre fratelli del *de cuius*, i quali ultimi pur avendo ad essa rinunciato, rimanevano comunque titolari pro quota del diritto di riscatto della posizione facente capo al congiunto, attesa l'acquisizione *jure proprio* della stessa. Per spogliarsi effettivamente di questa titolarità, ad avviso del fondo, costoro avrebbero dovuto, con uno specifico atto, rinunciare espressamente al diritto di riscatto in parola. Tale inquadramento della fattispecie risulta, peraltro, avallato da quanto chiarito da Covip in una risposta al quesito risalente all'ottobre 2009 laddove viene espressamente verbalizzato che la rinuncia all'eredità non comporta automatica rinuncia all'esercizio del diritto di riscatto per decesso anticipato in quanto trattasi di atto che attiene unicamente al rapporto di natura successoria, determinato dalla morte del *de cuius*, mentre il diritto al riscatto per decesso anticipato è autonomo e non derivato da quello dell'iscritto. Ebbene,

²⁰² Secondo l'art. 10, comma 3-ter del menzionato decreto i soggetti aventi titolo al riscatto per decesso anticipato erano tipizzati in analogia alla disciplina codicistica di cui all'art. 2122 c.c.

²⁰³ Purtuttavia non si manca di sottolineare che in dottrina si sono registrate voci tese a cogliere nella menzione degli eredi recata dall'art. 14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005 un equivoco rimando alla disciplina successoria ravvisando in essa il presupposto per un'interpretazione alternativa rispetto al senso della norma previgente. la parola <<eredi>>, introducendo in modo inequivoco il concetto della successione, lascia comprendere che coloro che hanno diritto di esercitare il riscatto lo acquisiscono nell'ambito del fenomeno successorio. Di ciò non è possibile dubitare: "eredi" è infatti il nome dei principali successori *mortis causa* in quanto tali. E se così è, non soltanto si perviene a negare che aventi diritto siano esclusivamente certi familiari, ma si perviene anche a negare che essi abbiano diritto *jure proprio*. Gentili A., *Il riscatto della posizione individuale nel caso di premorienza dell'aderente al fondo*, Osservatorio giuridico, Mefop n. 38 del 2015.

le conclusioni alle quali è pervenuto il Tribunale di Bolzano nella definizione della controversia, alla luce dell'argomentazione giuridica prescelta, si discostano dall'inquadramento dato alla fattispecie dal fondo pensione sulla scorta degli indirizzi della Commissione di Vigilanza. Nella sentenza in commento da un lato, il giudice condivide il principio della trasmissibilità *jure proprio* del diritto di riscatto, dall'altro, però, ritiene che, nel caso in esame, i fratelli del *de cuius* non avendo mai assunto la qualità di eredi, considerata l'intervenuta rinuncia all'eredità, non possono essere titolari del diritto di riscatto della posizione previdenziale dovendosi, pertanto, riconoscere quale unica titolare, la vedova. E' chiaro che l'esclusione del rilievo della rinuncia all'eredità ai fini della titolarità del ricatto per decesso anticipato, quale logico corollario della devoluzione *jure proprio* di tale diritto, subisce un arresto, nella decisione del Tribunale di Bolzano. Ulteriore questione al centro di vivace dibattito giurisprudenziale è quella che afferisce alla corretta liquidazione della posizione previdenziale del *de cuius* da parte del fondo pensione così come risolta dal Tribunale di Venezia con sentenza n. 409/2015. Anche in questo giudizio la questione scrutinata ha riguardato la qualificazione giuridica della devoluzione delle somme oggetto di riscatto per decesso anticipato. Nel caso di specie, in particolare, si trattava del montante accantonato presso un fondo pensione aperto, gestito da una Sgr, da un aderente deceduto in assenza di testamento e di espressa designazione di beneficiari della posizione del fondo pensione. Eredi legittimi, risultavano essere la moglie, la madre e i due fratelli del *de cuius*. Ebbene, la vedova, avendo chiesto la liquidazione a proprio esclusivo favore, ex art. 2122 c.c.²⁰⁴ del montante previdenziale facente capo al defunto marito, a fronte del diniego opposto dal fondo pensione, che invece intendeva riconoscere la suddetta somma in favore di tutti gli eredi legittimi secondo un criterio di riparto in porzioni equivalenti, come da delibera Covip del 15 luglio 2008, ricorreva in giudizio. Si costituivano la Sgr, gestore del fondo pensione aperto, che chiedeva la reiezione della pretesa formulata dalla ricorrente in quanto infondata in fatto e in diritto, nonché gli altri eredi del *de cuius* (madre e due fratelli) i quali, nel contestare la pretesa della ricorrente, invocavano la corresponsione delle somme contese in favore di tutti gli eredi del defunto aderente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 582 c.c.²⁰⁵ Il giudicante, nell'affrontare e decidere la questione, ha rigettato la tesi di parte ricorrente. Secondo quest'ultima il riconoscimento della natura retributiva dei versamenti al fondo pensione, e la conseguente assimilazione alla natura del Tfr, avrebbe condotto all'applicazione, nel caso di specie, della disciplina codicistica prevista per le indennità in caso di morte, *rectius* alla integrale corresponsione della posizione di previdenza complementare nei confronti del solo coniuge. Seppur con un conciso riferimento circa la natura contributiva o

²⁰⁴ Si tratta dell'articolo che disciplina l'istituto dell'indennità a causa di morte. Ai sensi del comma 1° dell'art. 2122 c.c., in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità di cui agli artt. 2118 e 2120 c.c. (ossia l'indennità di mancato preavviso e il trattamento di fine rapporto) devono corrispondersi al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado.

²⁰⁵ È l'articolo del codice civile che disciplina la successione legittima del coniuge in concorso con ascendenti legittimi, fratelli e sorelle.

retributiva²⁰⁶ dei versamenti ai fondi pensione, nella sentenza in commento si afferma, invece, che l'impianto normativo del D.Lgs. n. 252/2005 induce comunque ad escludere la natura retributiva di tali somme. Non essendoci alcun punto di contatto fra la natura retributiva del tfr e la natura degli accantonamenti a previdenza complementare, il giudice veneziano ha, giustamente, ricondotto la regolamentazione della fattispecie sottoposta al suo esame nel naturale alveo rappresentato dall'art. 14, comma 3°, del D.Lgs. n. 252/2005 rintracciando in questa norma la specifica disciplina, diversa da quella prevista dall'art. 2122 c.c., per il caso di morte dell'aderente al fondo prima della maturazione del diritto a pensione. Di qui il riconoscimento delle somme previdenziali nei confronti di tutti gli eredi legittimi, ma secondo i criteri di riparto sanciti dalla disciplina successoria, ex art. 582 c.c. Il provvedimento giurisdizionale, si esprime nei seguenti termini *“non si vede come possa attribuirsi a coloro che hanno assunto la posizione di eredi una devoluzione diversa dalle norme che ne disciplinano il concorso all'eredità”*. Dagli indirizzi giurisprudenziali dinanzi riferiti emerge chiaramente la lacunosità che contraddistingue l'art. 14, comma 3°, del D.Lgs. n. 252/2005 che è stato più volte sottoposto all'autorevole opera interpretativa della Covip le cui elaborazioni, nonostante abbiano rappresentato l'unica stella polare a guidare i fondi pensione alle prese con la seria problematica generata dalla norma, non sono state condivise *tout court* nelle decisioni dei giudici di merito, i quali, come visto, nei casi esaminati, hanno enunciato ricostruzioni interpretative differenti. Del resto è agevole percepire le ragioni che rendono delicata l'interpretazione di un istituto che soffre di un'infelice formulazione normativa e di contraddizioni di sistema²⁰⁷.

Tornando all'esame della norma oggetto della presente trattazione, in ordine alla identificazione dei soggetti che possono essere designati come beneficiari, la norma recita puntualmente che *“in caso di decesso senza conseguimento di diritto alle prestazioni, l'intera posizione è riscattata dagli eredi ovvero dai diversi beneficiari dallo stesso designati, siano essi persone fisiche o giuridiche”*.

Per quanto attiene alle persone fisiche, non ci sono limiti di designazione.

Per quanto, invece, concerne le persone giuridiche è necessaria una riflessione perché si pone il problema di definire se si è inteso escludere tutti i soggetti non persone fisiche che non siano neppure persone giuridiche, come ad esempio le associazioni di fatto, ex art. 36 c.c. o se l'intento del legislatore sia stato quello di attribuire una ampia portata alla nozione di persone giuridiche.

²⁰⁶ Che non si tratti però di un orientamento univoco è dimostrato, osserva il Tribunale, da quanto espresso dalla sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale, richiamata da parte ricorrente, laddove nell'affermare: <<al legislatore spetta, inoltre, individuare idonei meccanismi che assicurino la perdurante adeguatezza delle pensioni all'incremento del costo della vita. Così è avvenuto anche per la previdenza complementare, che, pur non incidendo in maniera diretta e immediata sulla spesa pubblica, non risulta del tutto indifferente per quest'ultima, poiché contribuisce alla tenuta complessiva del sistema delle assicurazioni sociali (sent. n. 393/2000) e, dunque, all'adeguatezza della prestazione previdenziale ex art. 38, comma 2°, Cost.>>, induce ulteriormente ad escludere la natura contributiva di tali versamenti.

²⁰⁷ Pizzilli E., *Il riscatto per premorienza sotto la lente della giurisprudenza*, Oss. giur. Mefop, n. 38.

Poiché eventuali esclusioni solleverebbero problemi di incostituzionalità, si concorda nel riconoscimento di un significato più esteso alla nozione di persona giuridica. Tale soluzione ci è offerta direttamente dal codice civile che utilizza come denominazione del titolo I il termine “Delle persone giuridiche”, che abbraccia anche il capo III “*Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*”, cosicché si perviene a ricomprendere tutto il fenomeno di soggettività giuridica²⁰⁸.

Nel caso di designazione del minore, la riscossione a questi spettante dell’importo avverrà da parte del genitore che eserciti la patria potestà o, in altro caso, dal tutore, salva l’autorizzazione del giudice tutelare nel caso in cui l’entità delle somme di cui si tratta comportino il superamento del limite della ordinaria amministrazione, ricavabile dall’art. 374, n. 2, c.c., con riferimento alle esigenze di mantenimento del minore stesso. In linea di massima quando il soggetto assicurato risulti essere un minore, è sempre prevista l’autorizzazione del giudice tutelare, non solo nell’ipotesi di riscatto, ma anche nel caso in cui il genitore superstite esprima la volontà di subentrare nella contraenza. In virtù di ciò, per evitare che le somme accantonate vengano amministrate da altri soggetti rispetto all’assicurato minorenne, nell’atto di nomina del beneficiario è possibile specificare che in caso di decesso anticipato del contraente, il capitale rimarrà vincolato sino al compimento della maggiore età dell’assicurato.

La norma, oggetto della presente disamina, non prevede chiaramente la forma con la quale deve essere effettuata la designazione.

Secondo autorevole dottrina, la designazione potrà avvenire con modalità anche diverse da quelle eventualmente e opportunamente previste dal fondo pensione attraverso il modulo, non potendosi escludere la idoneità di atti di designazione disposti con diversa formalità (testamento, contratto), purché caratterizzati da una assoluta certezza circa la provenienza del titolare della disposizione o della data di effettuazione, poiché in mancanza vi sono i presupposti per un’eventuale revoca della designazione del beneficiario con le medesime modalità, in coerenza con quanto sancito dagli artt. 1920 ss. c.c. in tema di assicurazioni sulla vita.

In ordine alle modalità per la designazione del beneficiario non vi sono specifiche indicazioni. Si pone dunque il problema di definire se l’atto contenente la designazione dovrà essere consegnato o comunicato al fondo pensione, al quale spetterebbe l’onere di conservarlo oppure se lo stesso debba essere conservato dall’aderente. In termini di mera opportunità, è utile inserire non solo un apposito spazio nel modulo di adesione, ma richiedere periodicamente eventuali informazioni circa un cambiamento della volontà di designazione, con conseguente accertamento della data di ciascun atto.

È riconosciuta all’aderente anche la possibilità di designare più beneficiari e di determinare la misura della quota spettante a ciascuno degli aventi diritto.

²⁰⁸ Sandulli P., *Designazione del beneficiario e premorienza*, in *Oss. giur.*, n.14, *Mefop*, pag. 9.

La libertà di determinare la misura del concorso tra vari aventi diritto risolve, in pratica, la determinazione di quote diverse tra i vari soggetti in una esclusione parziale di alcuni di essi a vantaggio di altri.

Pertanto, in presenza di più aventi diritto, la posizione va attribuita in conformità alle determinazioni dell'aderente mentre in assenza di determinazioni dell'iscritto l'importo della pensione complementare andrà ripartito in parti uguali, così come chiarito dalla stessa COVIP²⁰⁹.

Resta comunque valida una diversa volontà degli stessi aventi diritto per effetto di un accordo fra loro, trattandosi di diritti disponibili.

Per quanto concerne le modalità con cui il disponente può nominare più aventi diritto, ci si interroga se oltre alla nomina tramite un unico documento, ciò possa avvenire anche con più documenti distinti. In linea di massima, la designazione plurima deve avere carattere di contestualità; non si possono escludere, tuttavia, anche designazioni successive plurime, purché sia ben chiaro che nella designazione successiva di un altro beneficiario non si sia realizzato un effetto di revoca della precedente designazione.

La documentazione richiesta per esercitare il riscatto comprende l'atto di morte, il certificato di famiglia storico, l'atto notorio o l'autocertificazione da cui risulta evidente l'esistenza e le generalità del/della coniuge superstite e dei figli, la fotocopia della carta di identità in corso di validità ed il codice fiscale del/degli aventi diritto, l'informativa e consenso al trattamento dei dati personali, l'atto notorio da cui dovrà risultare la situazione complessiva, non solo quella relativa al coniuge ed ai figli, ma anche la successione ereditaria complessiva, riferita sia agli eredi legittimari, sia agli eredi legittimi, sia agli eredi testamentari; in caso di designazione di un beneficiario, quest'ultimo dovrà esibire il suo titolo di legittimazione per il riscatto.

Data la considerazione che il beneficiario gode di tale designazione *jure proprio* direttamente in virtù della previsione di carattere speciale del decreto, ne conseguirebbe che la posizione pensionistica individuale dell'iscritto non potrebbe essere considerata parte dell'asse ereditario e, dunque, sarebbe disponibile anche a danno della quota di legittima in deroga alla disciplina di cui agli artt. 536 ss. c.c.

La norma offre argomenti testuali per sostenere quest'ultima interpretazione, ma il canone dell'esegesi costituzionalmente conforme induce ad aderire alla considerazione che il beneficiario sia designato *jure successionis*, qualificando la designazione di un beneficiario non erede in termini di donazione indiretta soggetta ad azione di riduzione se lesiva della quota dei legittimari.

Non è dato ravvisare, infatti, alcuna finalità in grado di giustificare una tale deroga rispetto alla disciplina generale, si pensi al caso in cui la posizione individuale pensionistica rappresenti l'intero patrimonio del defunto. Sembra improprio giustificare una scelta in tal senso da parte del legislatore in ragione di una analogia con la disciplina dell'assicurazione in caso di morte dello

²⁰⁹ Deliberazione della COVIP del 15 luglio 2008.

stipulante a favore di un terzo designato di cui all'art. 1920, comma 2°, c.c., che secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente attribuirebbe in ogni caso l'indennità assicurativa al beneficiario *jure proprio* e non *iure successionis*²¹⁰ e non sarebbe, pertanto, soggetta all'azione di riduzione da parte dei legittimari. L'art. 1923 c.c. prevede, però, che rimangono soggetti all'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi i premi dell'assicurazione pagati dallo stipulante, che dunque vanno considerati parte dell'asse ereditario e qualificati come donazione in favore del beneficiario.

Orbene, nel caso della formazione della posizione pensionistica individuale dell'iscritto a una forma complementare, anche se gestita nelle forme dell'assicurazione sulla vita di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005, necessariamente quindi ricorrendo al contratto assicurativo c.d. di sopravvivenza dello stipulante²¹¹, i contributi dell'iscritto e i relativi rendimenti finanziari maturati costituiscono nella loro interezza l'oggetto del riscatto, rispondendo nella fase di accumulo a una finalità più propriamente finanziaria che assicurativa, non sussistendo, a differenza dell'assicurazione in caso di morte dello stipulante, alcuna indennità aggiuntiva da erogarsi al beneficiario designato al verificarsi di una condizione aleatoria²¹².

Del tutto ragionevole e costituzionalmente compatibile appare, invece, la deroga rispetto alla disciplina delle successioni prevista dallo stesso art. 14, comma 3°, del D.Lgs. n. 252/2005, nel caso in cui non vi siano eredi, né beneficiari designati *ad hoc*. In tal caso, le posizioni degli iscritti alle forme pensionistiche individuali sono devolute a finalità sociali secondo modalità da stabilire con decreto del Ministro del lavoro, mentre quelle degli iscritti a forme pensionistiche collettive rimangono acquisite al patrimonio del fondo pensione.

Attraverso l'art. 15 del D.Lgs. n. 252/2005, così come interpretato dalla Covip, viene pertanto introdotta nell'ordinamento un'ipotesi di successione "anomala" caratterizzata, ed in ciò consiste la maggiore novità, dal fatto di attribuire al titolare della posizione di previdenza complementare una libertà apparentemente assoluta nella scelta dei soggetti beneficiari.

Mentre tutti gli altri statuti successori "anomali" conosciuti dalla disciplina codicistica sono inderogabili, in quanto funzionali alla tutela di interessi considerati indisponibili, la possibilità, riconosciuta al titolare della posizione di previdenza complementare, di assoggettarla ad una disciplina diversa da quella ordinaria apre un inedito spazio all'autonomia privata.

²¹⁰ Cfr. Cass. n. 4484/96; Galgano, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 1177.

²¹¹ Cfr. Galgano, *Manuale di diritto privato*, pag. 1176.

²¹² Cfr. Rosboch, *L'art. 1923 c.c. e il contratto di assicurazione sulla vita stipulato per mera finalità di capitalizzazione*, in <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2003/1923.pdf>

III.VI La validità delle designazioni effettuate nel regime del D.Lgs. 124/1993

A metà strada tra la tradizionale tipologia della previdenza obbligatoria e quella complementare si colloca la disciplina transitoria di cui al D.Lgs. n. 124/1993 che, per la prima volta, ha dato compiuta sistemazione ed organizzazione alla materia della previdenza complementare, all'interno della quale si colloca l'istituto del riscatto per decesso anticipato.

In particolare, l'art. 10, comma 3-ter D.Lgs. n. 124/1993 indicava come legittimati al riscatto il coniuge, i figli e i genitori se già viventi a carico²¹³. La norma specificava che: *"In mancanza di tali soggetti o di diverse disposizioni del lavoratore iscritto al fondo la posizione resta acquisita al fondo pensione"*. Per le forme individuali, il successivo comma 3-quater del medesimo articolo fissava la seguente regola: *"In caso di morte dell'iscritto ad una delle forme pensionistiche individuali di cui agli artt. 9 bis e 9 ter prima dell'accesso alla prestazione, la posizione è riscattata dagli eredi"*. Analizzando la suindicata disposizione emerge chiaramente la differente disciplina dettata, con riferimento al medesimo istituto del riscatto per decesso anticipato, rispettivamente per le forme collettive e per le forme individuali. Intervenuta la riforma, in vigore dal gennaio 2007, le forme pensionistiche complementari hanno provveduto a comunicare agli iscritti il mutamento introdotto nella disciplina del riscatto per decesso anticipato. La questione, che qui si intende analizzare riguarda la validità delle designazioni dei beneficiari antecedenti al regime introdotto dal d.lgs. 252/2005 laddove gli associati, nonostante i moniti dei fondi pensione, non abbiano provveduto ad alcuna modifica delle indicazioni precedentemente impartite. Ci si chiede quale valore abbiano le comunicazioni dei fondi avvenute in occasione dell'avvento della nuova disciplina e se le designazioni effettuate siano ancora legittime o debbano, comunque, ritenersi caducate data la novella del 2005²¹⁴. Si rammenta che, nel caso di fondi pensione che circoscrivano il bacino di utenza ai soli pubblici dipendenti, si applica il D.Lgs. n. 124/1993, non ponendosi alcun dubbio in ordine alla disciplina applicabile. Per quanto concerne la modifica della designazione realizzata *on line*, è stato dato riscontro negativo dai fondi pensione, sottolineandosi l'esigenza dell'invio di un formato cartaceo. Come risaputo, le designazioni effettuate sotto l'egida di una disciplina differente dovrebbero esaurire i loro effetti nel periodo di vigenza di quella normativa, essendo indissolubilmente connessa all'intenzione espressa dalla legge in quel momento. Se l'odierno regime legislativo individua il fulcro della disciplina nella effettiva volontà dell'iscritto designante, non dovrebbero considerarsi valide le indicazioni espresse nell'alveo di una disciplina che subordinava la valenza di quell'espressione di volontà all'assenza dei parenti prossimi, secondo una logica oggi capovolta. L'intervenuta comunicazione all'iscritto circa il

²¹³ Al pari di quanto previsto in tema di indennità ai superstiti ex art. 2122 c.c.

²¹⁴ Si ricorda che l'odierna disciplina dettata dall'art. 14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005, secondo l'interpretazione della Covip espressa negli Orientamenti del 15 luglio 2008, individua gli aventi titolo al riscatto per decesso anticipato nei soggetti beneficiari designati dall'iscritto e, solo in assenza di determinazioni da parte dell'aderente, il riscatto potrà essere operato dagli eredi dell'iscritto deceduto individuati secondo le norme civilistiche della disciplina successoria.

mutamento della disciplina, non pone, però, del tutto al riparo da eventuali cause giudiziarie che potrebbero essere promosse dagli eredi, ipotizzando che questi ultimi difficilmente accetterebbero la nomina di soggetti diversi nell'atto di designazione. A quel punto, la soluzione del problema sarà devoluta ai giudici di merito, che data l'esiguità dei precedenti, non potranno che valutare la norma nella sua stesura formale. L'Autorità di Vigilanza ha interpretato, con gli Orientamenti del 15 luglio 2008, che i beneficiari designati prevalgono sugli eredi, ma considerato che non ci sono inossidabili precedenti giudiziari, sorge il dubbio se ciò potrà costituire un valido riferimento contro le diverse pronunce del giudice adito. Il giudice, al di là della nuova norma e del cambio di disciplina, potrebbe ritenere gli eredi prossimi i primi legittimati nella scala degli aventi diritto tutelando le ragioni degli stretti componenti del nucleo familiare dell'iscritto deceduto, nonché la *ratio* previdenziale e assistenziale dell'istituto. Se si dovesse richiamare per analogia la norma relativa alla indennità ai superstiti in tema di tfr, ex art. 2122 c.c., ancora una volta gli eredi prossimi sarebbero comunque tutelati così come, nel vigore del precedente decreto, scopo principale dell'istituto era quello di dare sostegno economico allo stretto nucleo familiare dell'iscritto.

BIBLIOGRAFIA

ARTICOLI DI PERIODICI

- *Anticipazioni per i terremotati del centro Italia*, in *Pillole previdenziali*, Mefop, n. 117.
- BONARDI Olivia, *Parità di trattamento in materia di occupazione e impiego: la nuova disciplina comunitaria*, in *Note informatiche*, 2006, n. 37.
- BUGIOLACCHI Leonardo, *Previdenza e finanza del ramo vita. Prospettive e limiti alla soluzione delle sezioni unite in tema di fallimento del contraente*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, pp. 1280 ss.
- GAMBINO Agostino, *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989, I.
- GENTILI Aurelio, *Il riscatto della posizione individuale nel caso di premorienza dell'aderente al fondo*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 16.
- LOI Piera, *La direttiva sulle attività e sulla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2004.
- MARTINA Giuliana, *I prodotti previdenziali di terzo pilastro alla prova della crisi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009.
- MASTANTUONO Damiana, *Adesione del fiscalmente a carico*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 14.
- MASTANTUONO Damiana, *La partecipazione dei pensionati ai Fondi pensione*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 7.
- MISCIONE Michele, *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazione*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1997, pag. 2577.
- NANNI, *I contratti di assicurazione previdenziali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006.
- PANDOLFO Angelo, *Una prima interpretazione della nuova legge in tema di pensioni complementari, con qualche utile indicazione per il legislatore delegato*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2004, cap. III.
- PANDOLFO Angelo, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2005, I.

- PANDOLFO Angelo, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993.
- PELLEGRINI Paolo, *Adesione del pensionato*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 14.
- PIZZILLI Evelina, *Se il beneficiario muore prima dell'aderente*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 20.
- PIZZILLI Evelina, *Il riscatto per premorienza sotto la lente della giurisprudenza*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n.38.
- SANDULLI Pasquale, *Il decreto legislativo n. 124/1993 nel sistema pensionistico riformato*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1993, n. 35.
- SANDULLI Pasquale, *Designazione del beneficiario e premorienza*, in *Osservatorio giuridico Mefop*, n. 14.
- SQUEGLIA Michele, *La figura del responsabile del fondo pensione aperto quale interprete di interdisciplinarietà*, in *Diritto&Diritti*.
- TIRABOSCHI Michele, *Il sostegno alla contrattazione e alla bilateralità nella riforma Biagi: alcune osservazioni critiche sull'art. 10 della Legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in *Guida Lavoro*, 2003.
- TURSI Armando, *La terza riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, III-IV, 2007.

MONOGRAFIE

- AA.VV., *Previdenza complementare*, volume a cura di M. Bessone e F. Carinci, Giappichelli, Torino, 2004.
- BARBERA Marzia, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007.
- BESSONE Mario, *Previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2000.
- BROLLO Marina, *Il lavoro a tempo parziale: D.Lgs 61/2000*, Ipsoa, Milano, 2001.
- CANDIAN Aurelio Donato, *Le forme pensionistiche individuali. Tendenze di policy e problematiche giuridiche*, in *Scenari dell'assicurazione vita nel quadro normativo fiscale-previdenziale*, Milano, 2002.
- CINELLI Maurizio, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CIOCCA Giuliana, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.
- CORRIAS Paoloefisio, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Giuffrè, Milano, 2011.
- FERRARO Giuseppe, *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Giuffrè, Milano, 2000.
- GILI, *Previdenza complementare ed assicurazioni*, in Alpa (a cura di), *Le assicurazioni private*, vol. III, Torino, 2006.
- PERSIANI Mattia, *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2008.
- PERSIANI Mattia, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2009.
- PESSI Roberto, *La previdenza complementare*, Padova, 1999.
- PESSI Roberto, *La previdenza complementare in Italia*, Cedam, Torino, 2013.
- ROCCELLA Massimo e TREU Tiziano, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2012.
- TURSI Armando, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*. Milano, Giuffrè, 2001.
- ZAMPINI Giovanni, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, 2004.

CAPITOLI DI MONOGRAFIE

- CANDIAN Aurelio Donato, *Linee ricostruttive in materia di fondi pensione*, in *Fondi di previdenza e assistenza complementare*, a cura di Iudica G., pag. 122.
- CORRIAS Paoloefisio, *Convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita e finalità previdenziali*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di Corrias e Racugno, Milano, 2010, pp. 1-23.
- BONARDI Olivia, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, n. 3-4.
- GILI E., *Previdenza complementare e assicurazioni*, in *Le assicurazioni private*, a cura di Alpa, Torino, 2006, cap. III.
- MARTINA Giuliana, *I modelli strettamente assicurativi della previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e imprese di assicurazione*, a cura di Corrias e Racugno, Milano, 2010, pag. 45.
- SIGGILLÒ MASSARA Giuseppe, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di Pessi R., Tomo I, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 35.
- TURSI Armando, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *AA. VV. La previdenza complementare*, Utet, Torino, 2004, cap. I.
- VOLPE PUTZOLU Giovanna, *Le forme pensionistiche individuali*, in *La previdenza complementare*, a cura di Carinci Franco e Bessone M, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 455.
- ZAMPINI Giovanni, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare Art. 2123*, a cura di Cinelli M., Giuffrè, 2010, cap. XII.

ENCICLOPEDIA GIURIDICHE

- BUTTARO Luca, *Assicurazione sulla vita*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958.

GIURISPRUDENZA

- Corte Costituzionale, 19 gennaio 1972, n. 8, in *www.cortecostituzionale.it*.
- Corte Costituzionale, 28 luglio 2000, n. 393, in *Massimario di giurisprudenza del Lavoro, 2000*.
- Cassazione, 26 giugno 2000, n. 8676, in *Corriere giuridico 2000*.
- Cassazione, sezioni unite, 31 marzo 2008, n. 8271, in *Responsabilità civile e previdenza, 2008*.
- Tribunale di Bolzano, 17 ottobre 2014, n. 1109, in *Osservatorio Giuridico Mefop*, n. 38.
- Corte Costituzionale, 10 marzo 2015, n. 70, in *www.cortecostituzionale.it*.

DOCUMENTI IN RETE

- www.assogestioni.it
- www.cortecostituzionale.it
- www.covip.it
- www.covip.it/quesiti/premoriienza
- www.generali.it
- <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2003/1923.pdf>
- www.lavoce.info
- www.finanza.com
- www.pensioneoggi.it
- www.pmi.it
- www.previnforma.it
- [http://vm3942.cloud.seeweb.it/LMG-01/DirPrevidenzaCompl/Cannelli/Riscatto premoriienza/Riscatto premoriienza.pdf](http://vm3942.cloud.seeweb.it/LMG-01/DirPrevidenzaCompl/Cannelli/Riscatto%20premoriienza/Riscatto%20premoriienza.pdf)
- www.treccani.it
- www.trend-online.com

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare in primo luogo il Prof. Pasquale Sandulli, relatore di questa tesi, per la supervisione, la disponibilità ed il suo prezioso aiuto anche a distanza.

Vorrei dire grazie all'Università Luiss Guido Carli, per aver creduto nelle mie potenzialità e quindi aver permesso di coronare il mio sogno.

Tutti i miei ringraziamenti vanno alla mia famiglia, in special modo a mia madre, senza la quale non avrei mai neppur iniziato questa carriera: dedico a lei questo mio lavoro, in segno di riconoscimento per gli sforzi sostenuti.

Grazie a Roberto, l'altra parte di me, per il grande incoraggiamento che ha saputo e sa infondermi nella vita di ogni giorno.

Ringrazio Delfina, amica presente che ha avuto un peso determinante nel conseguimento di questo risultato.

Infine, ma non certo per importanza, ringrazio tutti i miei amici che, in un modo o nell'altro, hanno condiviso con me tutti questi anni di gioie e sacrifici.

RIASSUNTO

Il tema oggetto della presente tesi è quello del riscatto per decesso anticipato dell'aderente ad una forma pensionistica complementare che si colloca nel più ampio fenomeno della previdenza complementare.

L'indagine prende le mosse dal ruolo assunto, nel nostro ordinamento, dalla previdenza di base ispirata al concetto di "sicurezza sociale", come diritto costituzionalmente riconosciuto ad ogni individuo al dichiarato scopo di garantire, in maniera sempre più spiccata, il rispetto della dignità della persona e, in particolare, della sua "libertà dal bisogno".

L'emersione di nuove esigenze da parte dei privati, in uno ai cambiamenti che, anche di recente, hanno interessato il diritto del lavoro e quello previdenziale ne ha, infatti, favorito la diffusione cosicché accanto alla previdenza di base attualmente si affianca a pieno titolo quella complementare.

La materia della previdenza complementare è disciplinata in modo organico dal D.Lgs n. 252/2005 e norma di riferimento è innanzitutto l'art. 1 del citato decreto che disciplina "*le forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, ivi compresi quelli gestiti dagli enti di diritto privato di cui al d. lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e al d. lgs 10 febbraio 1996, n. 103, al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale*". Tale formula pone, anzitutto, la questione teorica dell'inquadramento costituzionale della fattispecie e dei suoi nessi con la previdenza sociale obbligatoria, ancora oggetto di vivace dibattito giurisprudenziale

È valutazione generalmente condivisa quella secondo cui ha giocato un ruolo fondamentale in questo processo evolutivo l'esigenza di ridurre la spesa pubblica e di superare, almeno in parte, il sistema della gestione previdenziale a ripartizione, facendo transitare quote di trattamenti pensionistici verso fondi operanti a capitalizzazione. Si è trattato, in altri termini, di una riduzione dei livelli delle prestazioni garantiti dalla previdenza sociale obbligatoria e dell'affidamento a forme di solidarietà collettiva della garanzia del mantenimento del tenore di vita raggiunto dai lavoratori durante la vita attiva. Proprio il nesso funzionale tra riduzione della previdenza pubblica e sviluppo di quella complementare giustifica l'originaria riserva della materia all'area del mondo del lavoro.

Nel corso degli anni '90 e, soprattutto a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 393/2000, il diritto vivente ha inquadrato la previdenza complementare nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost. dopo aver manifestato inizialmente una certa prudenza.

A partire dal 1995, la Corte Costituzionale ha affermato che "*non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 e, via via confermata nei successivi interventi, di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e*

previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, comma 2, della Costituzione". Alla posizione della Corte costituzionale si è allineata tutta la dottrina tanto che, oggi, può considerarsi dato acquisito che la previdenza complementare concorre con quella obbligatoria alla realizzazione degli obiettivi di cui al comma 2 dell'art. 38 della Costituzione.

A partire da questa osservazione comune sono state elaborate diverse valutazioni e si sono aperte differenti prospettive teoriche. Un primo orientamento ritiene che la disciplina previgente della previdenza sociale obbligatoria, basata sul mantenimento di una consistente percentuale della retribuzione percepita durante la fase della vita lavorativa avesse realizzato una tutela che andava oltre la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita o, comunque, oltre quanto finanziariamente sostenibile, per cui lo Stato si sarebbe ritratto, lasciando alla libera iniziativa collettiva ed in seguito individuale, la realizzazione di quell'istanza ulteriore del mantenimento del livello di reddito precedentemente raggiunto. Si parla in questo senso di due interessi diversi: quello al livello previdenziale minimo e quello al mantenimento del tenore di vita precedente. Questa lettura non comporta l'inquadramento della materia nell'alveo del solo comma 5 dell'art. 38 della Cost.; si afferma, infatti, che sussiste comunque un interesse riconosciuto dal comma 2 dell'art. 38 anche alla realizzazione del secondo dei suddetti interessi e che i due sistemi – obbligatorio e complementare – concorrono alla realizzazione del fine sociale della liberazione dal bisogno. A questo punto, si pongono però più problemi di quanti se ne siano risolti: al di là della constatazione che in questo modo si deve necessariamente rinunciare alla tesi della necessaria riserva di monopolio pubblico della tutela previdenziale, si osserva che se la previdenza complementare concorre con quella pubblica alla realizzazione dei fini di cui all'art. 38, comma 2, Cost., si deve spiegare come e perché essa possa essere volontaria, ovvero come si possa giustificare la mancanza di tutela di quei lavoratori che per varie ragioni non possano o liberamente decidano di non aderire ai fondi privati.

Si è ulteriormente obiettato che la previdenza di base, anche a seguito delle riforme degli anni '90, ha mantenuto il suo carattere di strumento necessario e sufficiente per garantire prestazioni adeguate imposte dall'art. 38, comma 2 Cost., e che dunque l'attinenza a tale norma si spiega in ragione della finalità sociale perseguita, ma non può considerarsi legata all'adeguatezza delle prestazioni. Si è altresì affermato che la previdenza complementare mira solo al mantenimento del tenore di vita precedentemente raggiunto, e che si tratta di un'area residuale dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenza di risorse e/o per opzione politica socio-economica, non possono nel momento attuale essere soddisfatti direttamente dallo Stato. Entrambe le prospettive giungono alla conclusione che la previdenza complementare sarebbe dunque privata, ma funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico: la vigilanza ed i controlli a cui è soggetta si giustificerebbero in ragione della necessità di garantire effettività alla realizzazione di quegli interessi. Bisogna tener presente, poi, che le varie forme di previdenza complementare,

oltre ad essere regolate dalla normativa di cui al menzionato D.Lgs. 252/2005, sono sottoposte al rigido controllo di organi di vigilanza istituzionali, quali la Covip e l'Ivass, con compiti ben specifici a tutela dei singoli investitori.

Ne consegue il coinvolgimento nel rapporto previdenziale complementare di tre attori: innanzitutto, il lavoratore, la forma pensionistica di tipo complementare e lo Stato, che funge da regolatore e da garante della suddetta relazione, rappresentato nel dettaglio dall'organo di vigilanza e controllo, ovvero la Covip, in quanto giudice esterno. Nata nel periodo delle riforme Amato nel 1993 e Dini nel 1995, la Covip è stata istituita nello specifico D.Lgs. n. 124/1993 per regolare il mercato della previdenza complementare ed attualmente ha sede a Roma, ma ha corso il rischio di essere soppressa a seguito della tanto temuta "spending review". Tuttavia ad oggi la Covip è salva ad opera del D.Lgs. n. 130/2012 in vigore dal 23 agosto 2012, che adegua il nostro sistema alle normative UE ed implica l'instaurarsi di una relazione della Covip anche con l'EBA (Autorità bancaria europea), l'EIOPA (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) e l'ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), che prevede una periodica trasmissione delle informazioni richieste in ambito comunitario. A tale organismo di sorveglianza sono affidati numerosi compiti sulla base dei quali si può ritenere che la Covip abbia funzioni di tipo autorizzative, istituzionali, normative ed interpretative, per poter garantire agli aderenti omogeneità nel trattamento, uniformità delle regole e trasparenza delle informazioni.

Accanto alla Covip, si collocano altre istituzioni di controllo, quali la Banca d'Italia, la Consob e l'Ivass che, in particolare, verificano il rispetto delle direttive da parte dei vari soggetti gestori delle forme integrative: banche, Sim, Sgr ed imprese di assicurazioni.

Le forme pensionistiche complementari di natura individuale, spesso individuate con l'acronimo "FIP", non necessariamente assumono carattere assicurativo. L'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005, nel regolamentare siffatti strumenti di previdenza privata, ne prevede, infatti, l'attuazione secondo due diverse modalità, ossia mediante l'adesione su base individuale a fondi pensione aperti o, appunto, attraverso la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita noti nella prassi come PIP.

I PIP sono stati introdotti per la prima volta dall'art. 2 del D.Lgs. n. 47 del 18 febbraio 2000 e attualmente trovano il proprio principale referente normativo nell'art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005.

Peculiare finalità è quella di assicurare agli aderenti più elevati livelli di copertura previdenziale, mediante l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari rispetto a quelli obbligatori o anche "sostitutivi" di questi nell'ipotesi in cui l'aderente sia privo di una copertura previdenziale di base.

Nella duplice prospettiva di incentivare la concorrenza tra le forme pensionistiche complementari e di garantire, al contempo, al potenziale aderente la piena libertà di scegliere, tra quelli offerti sul mercato, lo strumento più adatto alle proprie esigenze previdenziali, il D.Lgs. n. 252/2005 ha

infatti operato una tendenziale equiparazione tra le diverse forme di previdenza complementare previste nel nostro ordinamento.

I PIP, infatti, originariamente relegati ad un ruolo pressoché marginale, hanno acquistato il medesimo “rango” degli altri strumenti di previdenza privata, ossia dei fondi pensione, essendo loro accumulati da un’analoga funzione: quella di consentire agli aderenti di godere, a partire dal compimento dell’età pensionabile, di una prestazione pensionistica idonea a garantire il mantenimento del tenore di vita conseguito nel periodo lavorativo. Tale risultato finale è perseguito attraverso un complesso procedimento nell’ambito del quale è sempre possibile distinguere, sul piano concettuale, due diverse fasi: la c.d. fase di accumulo e la c.d. fase di erogazione.

La prima ha inizio con l’adesione dell’interessato al piano pensionistico, la quale, avviene su base individuale; è, cioè, consentita ai singoli individui indipendentemente dall’attività lavorativa svolta, e, dunque, dall’appartenenza a singoli gruppi e/o categorie di lavoratori. Ma vi è di più: l’adesione alle forme pensionistiche individuali, anche di tipo assicurativo, è aperta anche a chi sia privo di redditi di lavoro o d’impresa e, dunque, estraneo al mondo del lavoro.

Per quanto concerne l’individuazione dello strumento negoziale attraverso il quale si realizza l’adesione ai piani pensionistici individuali in parola, l’art. 13 del D.Lgs. n. 252/2005 stabilisce che essa avviene mediante la stipulazione di “contratti di assicurazione sulla vita”.

In particolare, i Pip possono essere attuati mediante la sottoscrizione di polizze di ramo I, ossia contratti di assicurazione sulla durata della vita umana con prestazioni rivalutabili in funzione del rendimento di una gestione separata di strumenti finanziari; ovvero tramite la stipulazione di polizze di ramo III esclusivamente del tipo *Unit linked*, nell’ambito delle quali la prestazione assicurativa è determinata in base al valore registrato, al momento dell’erogazione, dalle quote di fondi interni assicurativi o di OICR acquistate con premi versati. L’attuazione di piani previdenziali può, inoltre, avvenire mediante contratti che offrono l’abbinamento delle tipologie contrattuali sopradescritte; soluzione quest’ultima alla quale le imprese assicurative fanno sempre più frequentemente ricorso.

I contratti di assicurazione sulla vita, diretti alla realizzazione di piani pensionistici individuali, sono soggetti a regole peculiari.

Essi devono, innanzitutto, essere corredati da un regolamento che, per espressa volontà legislativa, ne costituisce parte integrante, volto a disciplinare i principali aspetti del rapporto “assicurativo-previdenziale”.

Tale regolamento deve essere predisposto dalle imprese assicurative in base alle direttive impartite al riguardo dalla COVIP, oltre che da quest’ultima preventivamente approvato. Non sono, invece, soggette ad approvazione le condizioni generali di contratto, pur gravando sulle imprese assicurative l’obbligo di comunicarle alla Commissione prima della loro applicazione.

All'adesione, mediante stipulazione del contratto assicurativo, segue la raccolta dei contributi destinati al finanziamento del piano pensionistico da parte dell'impresa. Al riguardo, l'art. 13, comma 1, del D.Lgs. n. 252/2005, stabilisce che alle forme pensionistiche individuali, anche attuate mediante la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita, si applicano le disposizioni generali in tema di finanziamento dettate dall'art. 8 del D.Lgs. n. 252/2005. Pertanto, se, di regola, il finanziamento del piano individuale avviene mediante contributi provenienti dall'aderente, tuttavia, qualora quest'ultimo sia un lavoratore dipendente, esso potrà altresì avvenire mediante il conferimento, anche in via esclusiva, del TFR in maturazione o mediante versamenti contributivi del datore di lavoro. La misura della contribuzione a carico dell'assicurato, al pari della relativa periodicità, è liberamente determinata da quest'ultimo al momento dell'adesione; in ogni caso, è riconosciuto all'aderente il diritto di variare, sia in aumento che in diminuzione, l'entità della contribuzione predeterminata all'atto della stipulazione del contratto. L'aderente al PIP ha, altresì, la facoltà di sospendere la contribuzione, senza che ciò determini lo scioglimento del contratto.

Al fine di garantire agli assicurati-aderenti una tutela maggiore rispetto a quella accordata agli assicurati tout court, in considerazione della specifica finalità perseguita con la stipulazione dei PIP, la disciplina in esame stabilisce che le risorse afferenti a tali contratti costituiscono patrimonio autonomo e separato rispetto alle restanti attività dell'impresa.

A tale distinzione patrimoniale corrispondono gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 252/2005 e 2117 c.c.: pertanto, le risorse afferenti ai PIP sono oggettivamente vincolate all'erogazione delle prestazioni pensionistiche in favore degli aderenti e non possono costituire oggetto di azioni esecutive da parte dei creditori degli aderenti né essere coinvolte nelle procedure concorsuali che riguardino l'impresa.

Una volta raccolti i contributi sotto forma di premi, la compagnia assicurativa deve provvedere allo svolgimento di una complessa attività di gestione finanziaria di tale risorse, la quale si sostanzia nell'investimento delle stesse mediante l'acquisto di strumenti finanziari.

L'art. 11 del D.Lgs. n. 252/2005, nel definire i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni pensionistiche, stabilisce che l'aderente acquista il diritto alla prestazione pattuita al momento della maturazione dei requisiti di accesso alla pensione obbligatoria, purché, al contempo, vanti una permanenza minima di cinque anni nel sistema. Con specifico riferimento ai soggetti che siano sprovvisti di una previdenza obbligatoria, ai quali è consentita la stipulazione di PIP e, più in generale, l'adesione agli strumenti di previdenza individuale, il legislatore precisa che per essi "si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base".

La formulazione generica della norma suscita problemi interpretativi per quanto riguarda coloro che sono estranei al mondo del lavoro. A far chiarezza, sul punto, è la linea interpretativa emersa in seno alla COVIP secondo la quale per tali soggetti, il riferimento anagrafico è costituito dall'età

prevista per la prestazione di vecchiaia dei lavoratori dipendenti del settore privato iscritti all'INPS.

Per quanto concerne l'erogazione delle prestazioni, anche i PIP soggiacciono alla regola generale secondo cui l'aderente può ottenere la liquidazione della pensione integrativa sotto forma di capitale esclusivamente fino a un massimo del 50% del montante finale; per il resto l'impresa assicurativa eroga la prestazione pensionistica periodicamente, sotto forma di rendita.

In via eccezionale, è possibile ottenere tutta la prestazione in capitale, qualora la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante finale sia inferiore al 50% dell'assegno sociale INPS.

Le direttive della Covip del 2006 precisano che, nel computo dell'importo complessivamente erogabile in capitale, dovranno, peraltro, essere sottratte le somme già erogate a titolo di anticipazione e non reintegrate da parte dell'iscritto. Ai fini del rispetto di tale previsione, le forme pensionistiche complementari devono tenere conto delle anticipazioni concesse e delle reintegrazioni effettuate. In particolare, l'anticipazione può essere concessa dalla forma pensionistica complementare esclusivamente per spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche; acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli; spese per la realizzazione degli interventi di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, relativamente alla prima casa di abitazione ed, infine, per ulteriori esigenze degli aderenti. Unica condizione necessaria per poter richiedere delle anticipazioni, ad esclusione del caso concernente le spese sanitarie, è che l'iscritto vanti almeno otto anni di iscrizione presso il fondo pensione. Il decreto legge n. 189/2016, all'art. 48, comma 13-bis, contiene un'importante misura agevolativa in favore degli aderenti ai fondi pensione residenti nei Comuni del centro Italia colpiti dal terremoto nei mesi di agosto ed ottobre 2016.

A costoro si riconosce la possibilità di fruire delle anticipazioni per acquisto prima casa, ristrutturazione o per cause diverse, prescindendo dal decorso degli 8 anni di iscrizione e con fiscalità agevolata, analogamente a quanto previsto per la causale delle spese sanitarie. In particolare, la disposizione sopracitata consente ai soggetti interessati dal provvedimento la possibilità di richiedere, per un periodo di tre anni a decorrere dal 24 agosto 2016 e fino al 24 agosto 2019, le anticipazioni per acquisto o ristrutturazione della prima casa e per ulteriori esigenze.

Nonostante le problematiche relative alla natura dei PIP, è opinione pressoché unanime che essi rispondano al paradigma dell'art. 1882 c.c. e, più precisamente, allo schema dell'assicurazione di sopravvivenza con rendita differita; con essi l'impresa assicurativa assume, dietro versamento di un premio, l'obbligo di corrispondere all'assicurato un capitale e/o una rendita alla scadenza di un

termine di differimento, coincidente con il verificarsi di un evento attinente alla vita umana, nella specie il perfezionamento dei requisiti anagrafici e contributivi previsti dalla legge per il pensionamento obbligatorio. Si tratterebbe, ovviamente, di un'assicurazione di sopravvivenza dai caratteri del tutto peculiari, stante l'operatività dei diritti, e dei relativi limiti, previsti dalla normativa speciale in tema di previdenza complementare e, segnatamente, dell'istituto del riscatto in favore dei superstiti dell'aderente, in caso di sua premorienza.

L'art. 2 del D.Lgs. n. 252/2005 individua, in maniera non tassativa, i destinatari della previdenza complementare; sono essi tutti i lavoratori dipendenti, pubblici e privati, indipendentemente dal tipo di contratto di assunzione, i lavoratori autonomi, i soci lavoratori di cooperative e le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari con la conseguenza che a beneficiare della previdenza complementare possono essere anche le persone che svolgono lavoro "casalingo", nonché i soggetti fiscalmente a carico e i pensionati.

Unica condizione prescritta dal legislatore, al fine della liquidazione delle varie forme di previdenza complementare, è che *"si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base"*, ex art. 13 D.lgs. 252/2005. Nel tratteggiare la configurazione soggettiva della previdenza complementare, è oggetto di dibattito stabilire se lavoratori assunti con contratto di lavoro parziale o a termine, ripartito, a chiamata, di somministrazione possano essere esclusi dalla tutela previdenziale complementare e se nel silenzio delle fonti istitutive i lavoratori indicati possano o meno iscriversi a dei fondi pensione. È indiscusso che l'autonomia collettiva e quella privata possano, in alcune situazioni, circoscrivere l'iscrizione solo ad alcune categorie di lavoratori, in quanto istituite sulla base di atti di autonomia privata, ma tutto ciò non deve ostare con i divieti di discriminazione sia diretta che indiretta. La Corte di giustizia europea ha già da tempo mostrato il suo orientamento ed ha sottolineato che negare alle categorie professionali l'adesione alle forme pensionistiche private rappresenta discriminazione indiretta di genere; non solo: ha stabilito che si approda alla medesima conclusione con riferimento alle altre forme di lavoro flessibile, ogni qual volta tali lavori siano svolti maggiormente dalla categoria femminile o dai soggetti indicati dal D.Lgs. n. 215 e 216 del 2003 qualora non sussistano valide motivazioni giustificatrici di trattamenti differenti. Tale conclusione, è stata fortemente discussa e non condivisa dalla dottrina maggioritaria, la quale sostiene che i concetti di parità stabiliti a favore dei lavoratori assunti con contratto di lavoro flessibile ed il principio di non discriminazione non devono essere tra di loro confusi ma devono mantenere la loro autonomia concettuale. Pertanto, la problematica dovrà essere risolta dai giudici nazionali.

Dopo aver analizzato la disciplina, il ruolo, i punti di criticità e le finalità perseguite dalla previdenza complementare, il terzo ed ultimo capitolo della tesi si incentra sull'individuazione delle prestazioni erogate dalla stessa ed, in particolare, su una specifica tematica afferente l'ipotesi del riscatto per decesso anticipato dell'aderente ad una forma pensionistica complementare prima

della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, così come espressamente disciplinata dall'art. 14, comma 3°, D.Lgs. n. 252/2005. Tale istituto presenta notevoli differenze non solo a livello semantico ma pratico, sia rispetto alla previgente disciplina di cui al D.Lgs. n. 124/1993, sia rispetto all'atteggiarsi del medesimo fenomeno nell'ambito della previdenza di base.

L'attuale disciplina individua testualmente come fruitori della prestazione pensionistica, a seguito del decesso anticipato dell'aderente al fondo pensione, quale evento di valenza negativa, *gli eredi ovvero i diversi beneficiari designati dallo stesso*.

Il termine *eredi*, si riferisce espressamente a coloro che per legge o anche per testamento subentrano nell'intero o in una quota dell'asse patrimoniale del *de cuius*; cosicché eredi sono e possono legittimamente essere anche parenti meno stretti e, dunque, persone estranee alla parentela.

Il termine di *beneficiario*, come eventuale designatario del diritto di riscatto alla forma di previdenza complementare, non attribuirebbe, a differenza degli eredi, alcuno specifico status al soggetto designato. Tale singolare opzione legislativa ingenera una certa confusione con i contratti di assicurazione sulla vita ove, evidentemente, il beneficiario è figura tipica.

Una questione ampiamente dibattuta e che vede divisa la giurisprudenza è quella della individuazione degli aventi causa nel caso di premorienza del beneficiario rispetto al contraente. In particolare, la questione concerne se gli eredi del beneficiario premorto all'assicurato acquistino il diritto alla riscossione della somma assicurata *iure proprio* o *iure successionis*.

Il problema si pone ovviamente quando l'aderente non abbia manifestato alcuna volontà nel modulo di adesione al fondo pensione ben potendo prevedere, nel caso di eventuale premorienza del beneficiario, quali soggetti succedere, se gli eredi del contraente o quelli del beneficiario medesimo. La formulazione letterale della norma condurrebbe, almeno apparentemente, a riconoscere, nel caso di specie di cui si dibatte, la pertinenza del diritto in capo agli eredi dell'aderente. La motivazione sottesa a questa conclusione trae il proprio fondamento dal carattere strettamente personale che connoterebbe la designazione del beneficiario che esaurirebbe i propri effetti con il venir meno dello stesso. È pur vero, tuttavia, che tale conclusione non libera il campo da ulteriori dubbi di natura interpretativa. In particolare, si potrebbero avanzare delle perplessità in ordine al grado di piena esaustività che dovrebbe riconoscersi alla menzione del solo terzo beneficiario contenuta nella lettera della legge. La fattispecie della designazione del terzo beneficiario, contenuta nell'art. 14, comma 3, del D.Lgs. n. 252/2005 richiama la figura del contratto a favore di terzo e, precisamente, alla fattispecie disciplinata dall'art. 1412 c.c. La designazione in questione può concettualmente assimilarsi al contratto a favore di terzo con prestazione *post mortem*, in base alla quale se il terzo muore prima dello stipulante, la prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo. Da qui, in via d'applicazione analogica, trarrebbe, pertanto, legittimazione, nel caso che si sta esaminando, l'attribuzione della prestazione

agli eredi del beneficiario. Ci si trova dinanzi ad un dato normativo che non contiene elementi confortanti, di qui l'opportunità per i fondi pensione, al fine di superare la vischiosità dell'impianto legislativo, di regolamentare l'evento premorienza del beneficiario designato rispetto all'aderente del fondo, inserendo nella documentazione contrattuale, o anche nello stesso modulo di designazione, l'indicazione degli aventi diritto alla prestazione, siano essi, in base alla linea interpretativa adottata dal fondo stesso, gli eredi dell'aderente ovvero quelli del beneficiario. Lo schema negoziale che, dunque, si viene a creare appartiene alla categoria delle successioni anomale contrattuali, caratterizzate da una serie di negozi giuridici *inter vivos*, definiti *trans mortem*, utilizzabili in alternativa al testamento. L'emersione di discipline speciali volte a regolare il trasferimento *mortis causa* di taluni beni, generalmente indicate come successioni anomale o speciali, ha decisamente scalfito il principio di unità della successione, che continua, tuttavia, a costituire un principio di applicazione generale. Le ipotesi di successioni anomale conosciute dal nostro ordinamento sono tuttavia tassative e inderogabili.

Mentre nella previdenza di base sono favoriti i familiari, i quali si pongono in una posizione prioritaria rispetto a qualsiasi altra persona, fisica e giuridica, la previdenza complementare privilegia l'elemento della volontà e dell'autonomia, contrattuale o testamentaria, per garantire all'interessato di poter liberamente disporre delle proprie risorse nel tempo in cui avrà cessato di vivere.

Problemi interpretativi, inoltre, sono sorti in ordine all'impiego nella dizione della norma della congiunzione "ovvero" che si presta ad una duplice interpretazione: la prima attribuisce al predetto termine un valore disgiuntivo e conseguente operatività del c.d. principio di esclusione, la seconda, un valore esplicativo e conseguente inoperatività del predetto principio.

A fugare ogni dubbio è stato un orientamento della COVIP che, ispirato al criterio della valorizzazione della volontà dell'aderente, ha perfettamente equiparato gli eredi ai beneficiari.

È riconosciuta all'aderente anche la possibilità di designare più beneficiari e di determinare la misura della quota spettante a ciascuno degli aventi diritto.

La libertà di determinare la misura del concorso tra vari aventi diritto risolve, in pratica, la determinazione di quote diverse tra i vari soggetti in una esclusione parziale di alcuni di essi a vantaggio di altri.

Pertanto, in presenza di più aventi diritto, la posizione va attribuita in conformità alle determinazioni dell'aderente mentre in mancanza di diverse determinazioni dell'iscritto l'importo della pensione complementare andrà ripartito in parti uguali tra gli aventi diritto.

Resta comunque valida una diversa volontà degli stessi aventi diritto per effetto di un accordo fra loro, trattandosi di diritti disponibili.

In termini di diritto transitorio, ci si è interrogati sul valore delle comunicazioni dei fondi avvenute in occasione dell'avvento del successivo regime e se le designazioni effettuate durante il vigore

del previgente D.Lgs. del 1993 fossero ancora legittime o da ritenersi caducate alla luce della novella del 2005.

Come risaputo, le designazioni effettuate sotto l'egida di una disciplina differente dovrebbero esaurire i loro effetti nel periodo di vigenza di quella normativa, essendo indissolubilmente connessa all'intenzione espressa dalla legge in quel momento. Se l'odierno regime legislativo individua il fulcro della disciplina nella effettiva volontà dell'iscritto designante, non dovrebbero considerarsi valide le indicazioni espresse nell'alveo di una disciplina che subordinava la valenza di quell'espressione di volontà all'assenza dei parenti prossimi, secondo una logica oggi capovolta. L'intervenuta comunicazione all'iscritto circa il mutamento della disciplina, non pone, però, del tutto al riparo da eventuali cause giudiziarie che potrebbero essere promosse dagli eredi, ipotizzando che questi ultimi difficilmente accetterebbero la nomina di soggetti diversi nell'atto di designazione. A quel punto, la soluzione del problema non potrà che essere devoluta ai giudici di merito, che data l'esiguità dei precedenti, non potranno che valutare la norma nella sua stesura formale.