

L	LABOR	5
	Il lavoro nel diritto	
<i>Rivista bimestrale</i>		settembre-ottobre 2022
DIRETTA DA Oronzo Mazzotta		

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

■ ***Frode alla legge e contratti di lavoro “atipici”***

Marco Biasi

■ ***Rilevanza giuridica delle unioni paraconiugali e impresa familiare***

Alessandro Ventura

■ ***Giurisprudenza commentata***

Vincenzo Ferrante, Olga Rubagotti, Gina Rosamarì Simoncini, Ilaria Bresciani, Anna Ferro

Saggi

MARCO BIASI, <i>Frode alla legge e contratti di lavoro “atipici”</i>	521
ALESSANDRO VENTURA, <i>La rilevanza giuridica delle unioni paraconiugali nella partecipazione all'impresa familiare</i>	541

Giurisprudenza commentata

VINCENZO FERRANTE, <i>Le “Sezioni Unite” ribadiscono il diritto al trasferimento della posizione individuale nei fondi preesistenti della previdenza complementare</i>	559
OLGA RUBAGOTTI, <i>Contrattazione di prossimità: il rinvio alla Corte costituzionale</i>	581
GINA ROSAMARÌ SIMONCINI, <i>Nullità del trasferimento collettivo di lavoratori perché strumento di coazione indiretta nei confronti dei dipendenti</i>	595
ILARIA BRESCIANI, <i>Le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione della regola di immediatezza della contestazione d'addebito</i>	605
ANNA FERRO, <i>Alla ricerca della «reale natura» di un provvedimento di trasferimento collettivo: un nuovo caso di applicazione della nozione di licenziamento ai sensi della Dir. 98/59/CE</i>	619

Indice analitico delle sentenze

Contratto collettivo – contratto collettivo di prossimità – efficacia *erga omnes* – questione di legittimità costituzionale – non manifesta infondatezza (*App. Napoli, 3 febbraio 2022, con nota di RUBAGOTTI*)

Licenziamenti – licenziamento disciplinare – tardività della contestazione d'addebito – insussistenza del fatto contestato – tutela reintegratoria attenuata (*Trib. Ravenna, 12 gennaio 2022, con nota di BRESCIANI*)

Previdenza complementare – Posizione previdenziale individuale – Portabilità – Fondi complementari preesistenti al 1992 – Applicazione (*Cass., sez. un., 14 aprile 2022, n. 12209, con nota di FERRANTE*)

Trasferimento collettivo

– Giustificato motivo oggettivo - Ragioni tecniche, organizzative e produttive – Abuso del diritto – Lavoro agile (*Trib. Bari, 23 gennaio 2022, con nota di SIMONCINI*)

– Modifica sostanziale di un elemento essenziale del rapporto di lavoro – Qualificazione – Licenziamenti – Licenziamento collettivo “eurounitario” – obblighi di informazione e consultazione sindacale – Inosservanza – Illegittimità (*Trib. Napoli Nord, 4 gennaio 2022, con nota di FERRO*)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
2022		
<i>Gennaio</i>		
4	Trib. Napoli Nord	619
12	Trib. Ravenna	605
23	Trib. Bari	595
<i>Febbraio</i>		
3	App. Napoli	581
<i>Aprile</i>		
14	Cass., sez. un., n. 12209	559

Notizie sugli autori

MARCO BIASI – professore associato nell'Università degli studi di Milano

ILARIA BRESCIANI – assegnista di ricerca nell'Università degli studi di Parma

VINCENZO FERRANTE – professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

ANNA FERRO – dottoranda di ricerca nell'Università degli studi di Catania

OLGA RUBAGOTTI – dottoranda di ricerca nell'Università degli studi di Verona

GINA ROSAMARÌ SIMONCINI – ricercatrice nell'Università degli studi di Milano

ALESSANDRO VENTURA – dottore di ricerca e docente a contratto nell'Università degli studi di Bari

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un., sentenza 14 aprile 2022, n. 12209; Pres. Spirito – Rel. Mancino – P.M. Fresa (concl. conf.) – Intesa Sanpaolo S.p.a. (avv.to Tosi) c. P.R. e G.A. (avv.ti Rossi, Bortoluzzi). Conferma App. Venezia, sent. n. 273/2017.

Previdenza complementare – Posizione previdenziale individuale – Portabilità – Fondi complementari preesistenti al 1992 – Applicazione

In tema di previdenza complementare, il diritto alla portabilità della posizione previdenziale individuale, previsto originariamente dall'art. 10 del d.lgs. n. 124 del 1993 ed oggi dall'art. 14 del d.lgs. n. 252 del 2005, si applica anche i fondi complementari preesistenti all'entrata in vigore della l. n. 421 del 1992, compresi quelli funzionanti secondo il sistema c.d. a ripartizione e a prestazione definita, poiché anche in questi ultimi può sempre ravvisarsi una posizione individuale, il cui valore può determinarsi, in relazione alla durata del periodo di iscrizione dell'interessato e dell'apporto contributivo e, quanto al controvalore monetario, attraverso regole e metodi delle specializzazioni matematiche applicate nel settore assicurativo-previdenziale (massima enunziata con riguardo ad un fondo costituito in forma di patrimonio di destinazione, ex art. 2117 c.c.).

(Omissis)

Fatti di causa

1. Con sentenza non definitiva depositata il 3 settembre 2016, la Corte d'appello di Venezia, in riforma della pronuncia di primo grado, ha riconosciuto il diritto di G.A. e P.R., dipendenti della Cassa di Risparmio di Venezia fino alle dimissioni (G. il 12 febbraio 2008, P. il 4 gennaio 2008), al riscatto della posizione individuale maturata presso il fondo di previdenza per il personale della Cassa di Risparmio di Venezia, rimettendo la causa in istruttoria per la quantificazione del dovuto a mezzo consulenza tecnica d'ufficio.

2. La fondatezza della domanda azionata dai lavoratori – portabilità e riscattabilità della posizione previdenziale individuale nei fondi a ripartizione e a prestazione definita preesistenti anche nel caso di cessazione anticipata dall'iscrizione al fondo – è stata argomentata dalla Corte territoriale facendo propria integralmente la motivazione della sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte, 14 gennaio 2015, n. 477 e, in continuità con detto arresto e i principi in esso affermati, è stata rimarcata l'indifferente natura del fondo preesistente a fronte della imperatività delle norme di cui al D.Lgs. n. 124 del 1993, artt. 10 e 18.

3. In particolare, verificata la tempestività della domanda inerente al rimborso dell'intera posizione individuale maturata fin dall'iscrizione al fondo, e introdotta in giudizio fin dal primo grado, mediante l'indicazione dei criteri di calcolo utilizzati per la redazione dei conteggi, autorizzati e depositati in sede di gravame, la Corte territoriale officiava un ausiliare tecnico-contabile per la definizione della consistenza

del diritto dei lavoratori al riscatto nei termini indicati dal citato arresto delle Sezioni Unite.

4. Rimarcava in fatto che nel 2001, pur prevista una trasformazione del fondo con indicazione, per ciascun ricorrente iscritto, della dotazione iniziale, il fondo a ripartizione e a prestazioni definite era proseguito immutato e che il gruppo societario Banca Intesa (incorporante la Cassa) aveva dapprima disdetto tutti gli accordi in essere alla data del 31 dicembre 2007 (compreso l'accordo regolatore del fondo) e, poi, con l'accordo del 21 maggio 2008 aveva previsto, a far data dal 1 gennaio 2008, la trasformazione in fondo in uno a contribuzione definita, con finalità liquidatorie, in favore dei soli lavoratori in servizio alla data del 6 giugno 2008, con esclusione dei ricorrenti, dimessisi in epoca precedente (l'applicazione del quale, con la quantificazione dello “zainetto” dichiarato dalla Cassa, era stata richiesta, in via subordinata, dai lavoratori).

5. Rilevava, infine, l'erronea quantificazione delle somme già corrisposte dall'istituto di credito, in ragione della sentenza definitiva di primo grado, per essere stata disposta la liquidazione degli accessori sulle somme già quantificate al lordo di interessi e rivalutazione.

6. Avverso tale pronuncia non definitiva Intesa Sanpaolo S.p.A., incorporante Cassa di Risparmio di Venezia S.p.A., ha proposto ricorso per cassazione deducendo due motivi di censura.

7. G.A. e P.R. hanno resistito con controricorso.

8. Nelle more del giudizio, per intervenuta conciliazione della lite tra loro pendente, Intesa Sanpaolo S.p.A. ha notificato a G.A. atto di rinuncia al ricorso per cassazione, che questi ha accettato.

9. Con sentenza depositata il 24 agosto 2017, la Corte d'appello di Venezia, definitivamente pronunciando in esito alla disposta consulenza tecnica d'ufficio, e per quanto in questa sede rileva, ha condannato Intesa Sanpaolo S.p.A. a corrispondere a P.R. la somma di Euro 177.218,42 a titolo di riscatto della posizione previdenziale maturata presso il fondo di previdenza per il personale della Cassa di Risparmio di Venezia, comprensiva degli accessori al 16 maggio 2017, oltre ulteriori interessi, previa rivalutazione, dalla data della sentenza al saldo effettivo.

10. La Corte di merito, in adesione alle conclusioni dell'ausiliare officiato in giudizio e tenuto conto che la quota di conferimento al fondo versata dal lavoratore era stata già corrisposta dalla Banca in data 20 dicembre 2011 (come riconosciuto dai consulenti di parte, nel corso delle operazioni peritali), ha determinato il valore della quota di conferimento al fondo a carico della Banca, sino al 31 dicembre 1997, alla stregua del Regolamento del fondo del 1984, che stabiliva l'onere per il trattamento previdenziale, a totale carico della Cassa di Risparmio, attraverso l'utilizzo del fondo appositamente costituito, da incrementare con un contributo mensile nella misura del 22,50 per cento della retribuzione di cui all'art. 6 del regolamento medesimo, con la previsione di una contribuzione aggiuntiva dell'1 per cento e dello 0,50 per cento a carico dei soli dipendenti appartenenti, rispettivamente, alle categorie dei dirigenti e funzionari.

11. La Corte territoriale motivava l'anzidetto discrimine temporale, per la quantificazione del controvalore monetario della quota a carico della Banca con la diversa metodologia adottata per il periodo temporale successivo, in considerazione della delibera del Consiglio di Amministrazione (del 25 novembre 1997) con la quale si attribuiva al fondo un patrimonio di destinazione, ex art. 2117 c.c., con retrocessione al fondo dei proventi maturandi sui cespiti ad esso assegnati, fermo restando l'impegno della Cassa alla copertura della riserva matematica con determinazione annuale dell'aliquota di contribuzione al fondo a carico della società (alla stregua del regolamento del 1984 e previa determinazione del Consiglio di Amministrazione), in funzione delle proiezioni dei fabbisogni di copertura della riserva matematica formulate dall'attuarlo.

12. Ulteriormente accertato che, con decorrenza dal 1998, l'investimento delle predette risorse finanziarie in titoli di Stato aveva determinato la redditività del Fondo, innovando la prassi precedente che, alla stregua delle disposizioni statutarie (del 1946) e regolamentari (del 1963 e 1984), relegava a mera facoltà la redditività del capitale amministrato dal Fondo, la Corte di merito riconosceva il diritto del lavoratore a vedere incluso il rendimento finanziario nella posizione individuale.

13. Infine, la Corte di merito riteneva l'accordo del maggio 2008 (accordo "zainetto", espressamente ap-

plicabile soltanto ai lavoratori in forza alla data del 21.5.2008), inefficace nei confronti di P.R. per pluripli profili: per avere egli, a quella data, già cessato il rapporto di lavoro e per non avere conferito apposito mandato alle organizzazioni sindacali stipulanti; peraltro, l'accordo era intervenuto dopo la maturazione del diritto alla restituzione della posizione previdenziale individuale nel fondo, nei termini stabiliti dalla sentenza non definitiva.

14. Avverso la sentenza definitiva Intesa Sanpaolo S.p.A. ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di censura, ulteriormente illustrato con memoria.

15. P.R. ha resistito con controricorso, contenente ricorso incidentale basato su di un motivo, ulteriormente illustrato con memoria.

16. Al ricorso incidentale Intesa Sanpaolo S.p.A. ha resistito con controricorso, ulteriormente illustrato con memoria.

17. Con ordinanza interlocutoria n. 26169 del 27 settembre 2021, la Sezione lavoro della Corte, investita dei ricorsi indicati in epigrafe e preliminarmente riuniti, ha rilevato che la questione controversa poneva profili solo in parte sovrapponibili a quelli già esaminati dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 477 del 2015 cit. e che, in disparte, faceva emergere la questione preliminare della portabilità/riscatto della posizione previdenziale, disciplinata originariamente dal D.Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, art. 10, ed oggi dal D.Lgs. n. 252 del 2005 cit., art. 14, a tutti i fondi complementari preesistenti, ivi compresi quelli funzionanti secondo il sistema a ripartizione e a prestazioni definite, aspetto già esaminato dalle Sezioni Unite nella pronuncia cit., in fattispecie in cui veniva in rilievo l'applicazione, *ratione temporis*, del D.Lgs. n. 124 del 1993, solo art. 10; pertanto, l'ordinanza interlocutoria ha sollecitato un nuovo intervento delle Sezioni Unite - ove fosse stata riaffermata la portabilità della posizione previdenziale - al fine di individuarne modalità e consistenza.

18. In dettaglio, ha chiesto di specificare se detta posizione individuale, nei fondi a prestazione definita, debba essere parametrata ai soli contributi versati (ivi compresi quelli datoriali) o anche ai rendimenti che essi abbiano prodotto o avrebbero potuto produrre.

19. Pertanto, nel tema da scrutinare la Sezione lavoro ha ravvisato una questione di massima di particolare importanza, interrogando le Sezioni Unite al fine di stabilire: a) portabilità/riscatto della posizione previdenziale, disciplinata originariamente dal D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, ed oggi dal D.Lgs. n. 252 del 2005, art. 14, a tutti i fondi complementari cd. preesistenti, ivi compresi quelli funzionanti secondo il sistema cd. a ripartizione e a prestazioni definite; b) ove riconosciuta la sussistenza del diritto al riscatto della posizione individuale maturata presso un fondo preesistente, a prestazione definita e funzionante secondo il sistema cd. a ripartizione, individuare le modalità attraverso

le quali commisurarne la consistenza; c) se detta posizione individuale, nei fondi a prestazione definita, debba essere parametrata ai soli contributi versati (ivi compresi quelli datoriali) o anche ai rendimenti che essi abbiano prodotto o avrebbero potuto produrre.

20. Il Primo Presidente della Corte, in ragione della particolare importanza della questione di massima, ha assegnato la controversia a queste Sezioni Unite.

21. Il Procuratore Generale ha formulato le proprie conclusioni motivate concludendo per la declaratoria di estinzione del giudizio per intervenuta rinuncia, con riferimento al ricorso proposto nei confronti di G.A.; ha chiesto, poi, il rigetto del ricorso principale proposto nei confronti di P.R. e del ricorso incidentale di quest'ultimo (*omissis*).

Motivi della decisione

24. Con il primo motivo di ricorso avverso la sentenza non definitiva, Intesa Sanpaolo S.p.A. denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, e D.Lgs. n. 252 del 2005, art. 20, comma 2, nonché del D.M. n. 62 del 2007, per avere la Corte di merito riconosciuto il diritto al riscatto della posizione individuale e applicato al fondo di previdenza le previsioni del D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, giusta le indicazioni di Cass., Sez. Un., n. 477 del 2015.

25. In particolare, l'istituto di credito deduce che erroneamente la Corte territoriale aveva applicato il D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, ai fondi a prestazione definita preesistenti alla riforma della previdenza complementare, pur trattandosi di fondi in cui, come nel caso di specie, non erano previste posizioni individuali o conti individuali; assume che la finalità mutualistica sottesa a tale forma di capitalizzazione renderebbe inapplicabile la norma anzidetta, riferentesi soltanto ai fondi di nuova istituzione (*ex lege*, a capitalizzazione individuale e contribuzione definita) e, in via interpretativa, estensibile ai soli fondi preesistenti a capitalizzazione individuale, ossia con posizioni riconducibili ai singoli iscritti; sostiene che tale esclusione sarebbe chiara in relazione alle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 252 del 2005, che ha abrogato e sostituito integralmente la previgente disciplina; aggiunge, infine, che l'adeguamento ivi previsto dei fondi preesistenti, nei termini e modi contemplati (come delineati con il D.M. 10 maggio 2007, n. 62), presupporrebbe la non immediata applicabilità delle norme di cui al ridetto D.Lgs. n. 124, ai preesistenti fondi a prestazione definita, anche perché se il principio di portabilità fosse stato applicabile ai fondi a ripartizione – con correlato obbligo di immediato adeguamento – il legislatore del 2005 avrebbe dovuto considerarli già obbligati a garantire agli iscritti la portabilità della posizione individuale e non avrebbe potuto introdurre norme transitorie o facoltà di deroga retroattiva.

26. Con il secondo motivo si prospetta violazione e falsa applicazione dell'art. 437 c.p.c. e art. 1362 c.c.,

per avere la Corte territoriale ritenuto tempestiva la domanda concernente i rendimenti prodotti dall'investimento dei contributi versati al Fondo benché la pretesa introdotta con il ricorso introduttivo fosse stata limitata alla restituzione dei contributi versati dal datore di lavoro e di quelli trattenuti sulla retribuzione corrisposta al lavoratore iscritto al fondo.

27. Identica censura è svolta da Intesa Sanpaolo S.p.A. quale primo motivo del ricorso principale avverso la sentenza definitiva con cui la Corte d'appello di Venezia, in accoglimento della domanda, l'ha condannata a pagare a P.R. la somma di Euro 177.218,42.

28. Con il secondo motivo del ricorso principale avverso la sentenza definitiva, l'istituto di credito prospetta violazione del D.Lgs. n. 124 del 1993, artt. 8 e 10, art. 414 c.p.c., art. 1362 c.c., per avere la Corte di merito riconosciuto la posizione individuale incrementata con i rendimenti rivenienti dall'impiego produttivo del montante dei contributi versati al fondo.

29. Con l'unico motivo del ricorso incidentale avverso la sentenza definitiva, P.R. si duole di violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 124 del 1993, artt. 8, 10, e art. 18 e del D.Lgs. n. 252 del 2005, artt. 8, 14, 20, per avere la Corte di merito incluso nella posizione individuale i rendimenti rivenienti dall'impiego produttivo dei contributi versati al Fondo solo a far data dal 1998, anziché dalla data di iscrizione al Fondo, sul presupposto che prima di allora non vi fosse stato alcun investimento dei contributi accantonati. (*omissis*)

33. Tanto premesso, le impugnazioni avverso la sentenza non definitiva e la sentenza definitiva ripropongono alle Sezioni Unite della Corte la questione della portabilità o possibilità di estendere la facoltà di riscatto della posizione individuale, già prevista dal D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, e adesso ridisciplinata dal D.Lgs. n. 252 del 2005, art. 14, ai fondi complementari preesistenti a prestazioni definite e funzionanti, come il Fondo di Previdenza per il personale della Cassa di Risparmio di Venezia, secondo il sistema a ripartizione, e insieme ad essa quella, strettamente dipendente, della relativa consistenza, discutendosi se debba essere parametrata solo ai contributi versati dal datore di lavoro e dal lavoratore iscritto o anche ai rendimenti che essi abbiano prodotto o avrebbero comunque potuto produrre.

34. Nell'ordinanza interlocutoria viene dato atto che, in riferimento alla previsione di cui al D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, le Sezioni Unite di questa Corte (Cass. Sez. Un. 14 gennaio 2015, n. 477), componendo il contrasto insorto all'interno della Sezione Lavoro, hanno affermato il principio di diritto secondo cui la norma cit., nel consentire la portabilità della posizione individuale, ossia il trasferimento dei contributi maturati da un dipendente cessato prima di aver conseguito il diritto alla pensione complementare verso un fondo cui il medesimo acceda in relazione ad una nuova attività, si applica anche ai fondi pensionistici preesistenti

all'entrata in vigore della Legge Delega n. 421 del 1992, indipendentemente dalle loro caratteristiche strutturali e, quindi, tanto ai fondi a capitalizzazione individuale quanto a quelli a ripartizione o a capitalizzazione collettiva, trattandosi di soluzione coerente non solo con il dato letterale della norma (che non reca espressioni idonee a fondare trattamenti differenziati tra le due tipologie di fondi), ma anche con la relativa ratio, intesa ad assicurare, in conformità ai principi della Legge Delega, più elevati livelli di copertura previdenziale (Cass. Sez. Un. 477 del 2015 cit.).

35. Nel motivare tale soluzione, le Sezioni Unite cit. hanno affermato che anche nei fondi a ripartizione e a prestazione definita è ravvisabile una posizione individuale, di valore determinabile, in relazione alla durata del periodo di iscrizione dell'interessato e dell'apporto contributivo e, quanto al controvalore monetario, attraverso regole e metodi delle specializzazioni matematiche applicate nel settore assicurativo-previdenziale (in tal senso, in precedenza, fra le altre, v. Cass. n. 7161 del 2013).

36. La soluzione è stata argomentata da Cass. Sez. Un. 477 cit., anche in riferimento alla disciplina di cui al successivo D.Lgs. n. 252 del 2005 - allora inapplicabile, *ratione temporis*, ma rilevante, nei ricorsi all'esame, in relazione alla data di cessazione dell'iscrizione del lavoratore al fondo (4 gennaio 2008) - e al rilievo per cui la disciplina transitoria (cit. D.Lgs. n. 252 del 2005, art. 20), dettata per i fondi preesistenti, lungi dall'avvalorare la tesi incentrata sull'estraneità al dettato del D.Lgs. n. 124 del 1993, comproverebbe ulteriormente, in ragione dell'insussistenza di esenzioni in relazione alla struttura del fondo e della limitata facoltà conferita all'autorità di vigilanza di consentire deroghe alla portabilità (in caso di dimostrati problemi di tenuta di equilibrio tecnico del fondo), l'insussistenza di una impossibilità tecnica di garantire la portabilità nell'ambito dei fondi preesistenti o di una incompatibilità sistemica tra portabilità della posizione individuale e fondi a ripartizione o a capitalizzazione collettiva.

37. L'ordinanza interlocutoria ricorda che le Sezioni Unite, chiamate in un breve volgere di tempo a decidere la diversa questione della natura, retributiva o previdenziale, della contribuzione versata ai fondi pensione in epoca anteriore alla Legge Delega n. 421 del 1992 cit., hanno ritenuto di natura previdenziale, e non retributiva, i versamenti del datore di lavoro al fondo, indipendentemente dall'essere il fondo medesimo dotato di personalità giuridica autonoma o con gestione separata, escludendoli dalla base di calcolo delle indennità collegate alla cessazione del rapporto di lavoro; inoltre, hanno espressamente affermato che "la mancanza di un nesso di corrispettività diretta fra contribuzione e prestazione lavorativa, e quindi, in buona sostanza, la sostanziale autonomia tra rapporto di lavoro e previdenza complementare, trovano una conferma decisiva nel rilievo che, in caso di cessazione

del rapporto senza diritto alla pensione integrativa - il che può verificarsi quando non siano integrati tutti i presupposti per la maturazione del diritto - il dipendente non ha alcun diritto alla percezione dei contributi versati dal datore di lavoro", sottolineando altresì che "l'obbligazione che il datore di lavoro assume con il sistema di previdenza integrativa nei confronti del fondo non è monetizzabile a favore del lavoratore come accade invece per alcuni benefit" (così Cass. Sez. Un. 9 marzo 2015, n. 4684 e 30 marzo 2015, n. 6345).

38. Le affermazioni enunciate dalle sentenze nn. 4684 e 6345 cit. mal si conciliano, si rimarca nell'ordinanza interlocutoria, con l'opposta prospettiva sviluppata dalla sentenza n. 477 del 2015 cit., nel senso che l'obbligazione assunta dal fondo è sempre monetizzabile e, proprio per ciò, ben può essere oggetto di un diritto del lavoratore, diritto che, in quel caso, concerneva proprio il trasferimento della somma dei contributi versati, in favore del lavoratore, dal datore di lavoro.

39. Pur trattandosi di affermazioni effettuate nello scrutinio di fattispecie indubbiamente differenti (come sottolineato da Cass. n. 28874 del 2017), appartenendo entrambe, a pieno titolo, ai percorsi argomentativi che hanno portato all'enunciazione dei principi di diritto rispettivamente affermati da Cass. Sez. Un. 477 del 2015 e n. 4684 del 2015, nondimeno il Collegio remittente dubita che esse possano logicamente darsi insieme.

40. Per inciso, va dato atto, sin d'ora, che, in epoca coeva alla pubblicazione dell'ordinanza interlocutoria, ancora in fattispecie indubbiamente differente, queste Sezioni Unite, con la sentenza 9 giugno 2021, n. 16084, hanno dato continuità al principio per il quale i versamenti effettuati dal datore di lavoro alla previdenza integrativa o complementare hanno natura previdenziale e non retributiva (all'uopo citando Cass., Sez. Un., 20 marzo 2018, n. 6928) e, conseguentemente, hanno ribadito la natura previdenziale dell'apporto contributivo dei datori di lavoro ai fondi di previdenza complementare ed escluso la possibilità di accordare ai crediti correlati a detta contribuzione il privilegio di cui all'art. 2751-bis c.c., n. 1, riservato, come recita la rubrica della disposizione, ai "Crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società o enti cooperativi e delle imprese artigiane", indicati nei nn. da 1 a 5-ter (Cass., Sez. Un., n. 16084 del 2021 cit.).

41. Tornando al percorso argomentativo dell'ordinanza interlocutoria, in esso è evocata, attingendo alla dottrina che ha affrontato *funditus* la materia, la distinzione, nell'ambito dei fondi preesistenti, tra forme previdenziali a contribuzione definita e forme previdenziali a prestazione definita, e la notazione per cui solo per le prime non può dubitarsi né della natura retributiva dei versamenti operati dal datore di lavoro né, a fortiori, della sussistenza di una posizione individuale riferibile al singolo iscritto e da questi tutelabile, even-

tualmente tramite gli strumenti già previsti dal D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, laddove per le seconde, nelle quali sull'interesse individuale prevale manifestamente l'interesse mutualistico, non potrebbe rigorosamente affermarsi né la natura retributiva dei versamenti effettuati dal datore di lavoro né, a fortiori, la configurabilità di una posizione individuale del singolo iscritto.

42. A tale ultimo fine – soggiunge conclusivamente l'ordinanza interlocutoria – contrari argomenti non paiono nemmeno potersi trarre dalle regole delle specializzazioni matematiche, pur richiamate da Cass. Sez. Un. 477 cit., per affermare la determinabilità della posizione individuale nei fondi a prestazione definita, in quanto ciò che i metodi attuariali consentono propriamente di determinare è, piuttosto, l'ammontare delle passività, in funzione delle quali calcolare il contributo dovuto in relazione a ciascuno degli iscritti per garantire l'equilibrio finanziario del fondo, cosa affatto diversa da ciò che ciascun iscritto ha diritto di pretendere dal fondo, vale a dire le somme liquidabili a ciascun iscritto che fuoriesca anticipatamente.

43. Al principale profilo evidenziato nell'ordinanza interlocutoria – la sussistenza di una posizione, da portare o riscattare, a vantaggio dell'iscritto che abbia cessato di appartenere al fondo a ripartizione e a prestazioni definite prima della maturazione del diritto a pensione – va risposto in continuità con il principio già espresso da queste Sezioni Unite con la sentenza n. 477 del 2015 cit., riaffermando che alla stregua del D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10 e, poi, del del D.Lgs. n. 252 del 2005, art. 14, applicabile nella specie, va riaffermata la portabilità/trasferimento del montante contributivo maturato dal lavoratore la cui prestazione lavorativa sia cessata prima della maturazione del diritto alla pensione complementare del quale intenda avvalersi per reimpiegare la propria posizione individuale nell'ambito di un altro programma di previdenza complementare, verso un fondo cui il medesimo lavoratore acceda in relazione ad una nuova attività (come specificamente affermato dalla sentenza n. 477 cit.) o, più semplicemente, per riappropriarsi del controvalore monetario esercitando il riscatto.

44. Sempre in continuità con Cass., Sez. Un., n. 477 cit., va ribadito che l'ampio orizzonte della regola della portabilità, nel senso dell'applicabilità anche ai fondi pensionistici preesistenti all'entrata in vigore (15 novembre 1992) della Legge-Delega 23 ottobre 1992, n. 421, indipendentemente dalle relative caratteristiche strutturali e, quindi, non solo ai fondi a capitalizzazione individuale, ma anche a quelli a ripartizione o a capitalizzazione collettiva, è coerente con il dato letterale della norma – in assenza di espressioni idonee a fondare trattamenti differenziati – e con la ratio dell'intervento riformatore, preordinato ad assicurare, in attuazione dei principi e criteri direttivi della legge delega, i più elevati livelli di copertura previdenziale.

45. Dei tratti significativi emergenti dai precedenti e contrastanti orientamenti di legittimità, espressi sul tema della portabilità, ha già dato atto la richiamata sentenza di queste Sezioni Unite, n. 477 del 2015, il cui impianto argomentativo, dipanatosi nel solco degli opposti indirizzi emersi e scrutinati, si ha qui per integralmente richiamato per relationem.

46. Giova qui rimarcare – per rafforzarne l'attualità nel regime introdotto dal legislatore delegato nel 2005 con il riconoscimento, in favore del lavoratore, della facoltà di attivare la portabilità volontaria – gli argomenti a sostegno dell'esito ermeneutico della citata sentenza n. 477:

- l'inconsistenza della tesi dell'inapplicabilità del D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 10, alle forme pensionistiche preesistenti, giacché il legislatore era ben consapevole che la maggior parte dei fondi esistenti all'epoca del primo intervento riformatore della previdenza complementare erano a ripartizione o a capitalizzazione collettiva;

- la natura imperativa della norma, dovendo lo Statuto del fondo consentire le tre opzioni ivi previste a chi perde i requisiti d'iscrizione senza aver maturato il diritto a prestazione;

- l'estraneità, alla portabilità enunciata dall'art. 10 cit., della natura previdenziale o retributiva dei contributi (sono seguite, in conformità, fra le tante, Cass., sez. lav., 18 settembre 2015, n. 18426 e Cass., sez. lav., 17 luglio 2019, n. 19259).

47. Muovendo dalla riaffermazione di tali principi, l'apparente antinomia tra la sentenza n. 477 cit. e la successiva affermazione della non monetizzabilità della contribuzione versata ai fondi pensione in epoca anteriore alla Legge Delega n. 421 del 1992, predicata da Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4684 e Cass., sez. un., 30 marzo 2015, n. 6345 (con i relativi enunciati secondo cui “in caso di cessazione del rapporto senza diritto alla pensione integrativa – il che può verificarsi quando non siano integrati tutti i presupposti per la maturazione del diritto – il dipendente non ha alcun diritto alla percezione dei contributi versati dal datore di lavoro”), ribadito che trattasi di affermazioni effettuate nello scrutinio di fattispecie indubbiamente differenti (in tal senso Cass. n. 28874 del 2017 cit.), va risolta in coerenza con la configurazione legislativa della previdenza complementare riformata che rispecchia la vocazione espansiva della portabilità, estesa a tutti i fondi, anche preesistenti, di qualunque natura, nel mutato assetto del livello di tutela del lavoratore determinato dalla sempre più accentuata flessibilità del mercato del lavoro.

48. Il riconoscimento del diritto alla portabilità e al riscatto, anche nell'ambito dei fondi preesistenti a ripartizione, è in sintonia con l'assetto dato al sistema previdenziale integrativo dal legislatore delegato, con il D.Lgs. n. 124 del 1993 e D.Lgs. n. 252 del 2005, con l'obiettivo di “favorire la reale liberalizzazione dei

diversi veicoli pensionistici complementari e l'affermazione piena di una reale consapevolezza del risparmiatore nella scelta dello strumento ritenuto più idoneo alla realizzazione della copertura previdenziale" (così la Relazione illustrativa a corredo della Legge Delega n. 243 del 2004), in una cornice normativa volta ad ampliare le libertà di scelta dei lavoratori iscritti alle forme pensionistiche complementari, coerentemente con l'estensione dei margini di libera circolazione nel sistema della previdenza complementare e in una logica di sviluppo, in senso compiutamente Europeo, della disciplina nazionale.

49. Al riguardo va ricordata la Direttiva 1998/49/CE 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: a norma dell'art. 4 Direttiva cit., gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare il mantenimento dei diritti a pensione acquisiti dagli iscritti ad un regime pensionistico complementare, nei confronti dei quali non vengono più versati contributi per il fatto di spostarsi da uno Stato membro ad un altro, nella stessa misura riservata agli iscritti nei confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nel primo Stato membro.

50. Successivamente, la Direttiva n. 2003/41/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, 3 giugno 2003, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP), ha introdotto norme rigorose, di carattere prudenziale, a protezione dei diritti dei futuri pensionati, valorizzando il perseguimento, all'interno dei fondi, dell'obiettivo di tutela assoluta della posizione previdenziale dei pensionandi e dei pensionati.

51. In particolare, nel considerando n. 5, si evidenzia che: "Dal momento che i regimi di sicurezza sociale sono sottoposti a una pressione sempre crescente, in futuro si farà sempre più ricorso a schemi pensionistici aziendali e professionali a integrazione dei regimi pubblici. Occorre pertanto sviluppare le pensioni aziendali e professionali, senza tuttavia mettere in discussione l'importanza dei regimi pensionistici della sicurezza sociale ai fini di una protezione sociale sicura, durevole ed efficace, che dovrebbe garantire un livello di vita decoroso durante la vecchiaia e che dovrebbe pertanto essere al centro dell'obiettivo del rafforzamento del modello sociale Europeo".

52. Del pari, nel considerando n. 6 si rimarca che "si incoraggia il riorientamento del risparmio verso il settore degli schemi pensionistici aziendali e professionali contribuendo in tal modo al progresso economico e sociale".

53. Ancora, va rammentato quanto si legge nel considerando n. 14: "È importante garantire che le persone anziane e i disabili non vengano esposti al rischio di povertà e possano godere di un livello di vita decoroso. Una copertura adeguata dei rischi biometri-

ci negli schemi pensionistici aziendali o professionali rappresenta un aspetto importante della lotta contro la povertà e l'insicurezza tra gli anziani. Al momento di stabilire uno schema pensionistico, i datori di lavoro e i lavoratori, o i rispettivi rappresentanti, dovrebbero vagliare la possibilità che detto schema preveda disposizioni per la copertura del rischio di longevità e di invalidità professionale, nonché per la pensione di reversibilità".

54. Della cornice Eurounitaria va, poi, ricordata la Direttiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativa ai requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari, preordinata, per l'appunto, a "promuovere la mobilità dei lavoratori riducendo gli ostacoli a tale mobilità creati da alcune regole relative ai regimi pensionistici complementari collegati a un rapporto di lavoro" (considerando n. 1), tenuto conto che "la protezione sociale dei lavoratori relativamente alle pensioni è garantita dai regimi obbligatori di sicurezza sociale, integrati dai regimi pensionistici complementari connessi a un contratto di lavoro, che negli Stati membri assumono un peso sempre più rilevante" (considerando n. 2).

55. La mobilità dei lavoratori tra Stati membri è stata, dunque, incoraggiata anche migliorando l'acquisizione e la salvaguardia dei diritti pensionistici complementari degli iscritti ai regimi pensionistici complementari, valorizzando l'obiettivo di tutelare, in maniera adeguata, l'introduzione di nuovi regimi, la sostenibilità di quelli esistenti e le aspettative e i diritti degli iscritti ai regimi pensionistici (considerando nn. 5, 8 direttiva cit.).

56. Ed ancora, la valorizzazione della disponibilità di una pensione complementare è intesa "quale mezzo per garantire il tenore di vita delle persone anziane" (considerando n. 16 direttiva cit.).

57. Importanza sempre maggiore ha assunto, dunque, la disciplina della previdenza complementare come garanzia di una protezione sociale adeguata del lavoratore a fronte delle criticità della vita lavorativa contemplate dall'art. 38 Cost., comma 2 (sul ruolo sociale della previdenza complementare come espressamente qualificato dal legislatore, v., fra gli altri, L. n. 421 del 1992, art. 3; D.Lgs. n. 124 del 1993, art. 1; L. n. 335 del 1995, art. 1; L. n. 133 del 1999, art. 3; v., inoltre, Cass. 11 dicembre 2002, n. 17657 ed ivi la disamina degli interventi normativi che hanno tessuto il collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare facendo rientrare quest'ultima nell'alveo dell'art. 38 Cost.). (*omissis*)

60. Si obietta in dottrina che la solidarietà tra tutti gli iscritti, realizzata nei fondi pensione gestiti a ripartizione, è espressa dal contributo di tutti gli iscritti al finanziamento non delle prestazioni alle quali avranno diritto, ma delle prestazioni erogate ai già pensionati,

ai lavoratori usciti dal mondo produttivo per sopraggiunte condizioni invalidanti, ai superstiti dei lavoratori prematuramente deceduti e, infine, ai trattamenti perequativi per i pensionati.

61. Ebbene, all'accentuato contenuto solidaristico – nei termini detti – dei fondi pensione gestiti a ripartizione va opposto il rilievo che il mutato assetto ordinamentale e comunitario ha conformato la portabilità da ipotesi eccezionale (conseguente alla perdita dei requisiti soggettivi di partecipazione al fondo da parte del lavoratore) a principio generale del sistema previdenziale complementare, come tale pienamente collocabile nella fisiologia del rapporto previdenziale, in parallelo con l'espansione, nazionale e transfrontaliera, della mobilità occupazionale e dell'accentuata flessibilità della vita attiva dei lavoratori, in tutti i profili legati anche all'uscita dal mondo del lavoro (compresi, e non ultimi, quelli legati a necessità imposte da attività di cura), incidenti sul progressivo frazionamento della complessiva protezione previdenziale.

62. In questa prospettiva non va trascurato che la Commissione Europea, mediante l'esplicito riferimento alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (e alla previsione del diritto di ogni lavoratore "ad una protezione sociale adeguata" e a "poter beneficiare al momento della pensione di risorse che gli garantiscano un tenore di vita dignitoso": artt. 10 e 24), ha anche riconosciuto che quanto più il livello della sicurezza sociale è affidato al "secondo pilastro" tanto più gli aspetti della disciplina della previdenza complementare che penalizzano l'uscita anticipata dalla forma pensionistica sono destinati a tradursi, oltre che in altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione dei lavoratori, anche in una carenza di sicurezza per quei lavoratori che, nonostante quegli ostacoli, abbiano comunque deciso di esercitare quella libertà.

63. Ciò perché, come sottolineato dalla Commissione Europea, in tutti i casi in cui la disciplina della previdenza complementare non protegga adeguatamente i diritti dei lavoratori che lasciano in anticipo la forma pensionistica esiste il rischio che costoro, al termine della propria carriera, possano trovarsi privi di un adeguato livello di sicurezza, potendo contare soltanto in misura limitata sul "secondo pilastro".

64. Pertanto, stante l'importanza acquisita dal "secondo pilastro" nella garanzia del livello di sicurezza sociale, la necessità di rimuovere gli ostacoli giuridici che possono impedire ai lavoratori che cambiano lavoro di conservare pienamente i propri diritti di previdenza complementare è funzionale non soltanto all'effettività della libertà di circolazione, ma anche all'obiettivo, parimenti rilevante per l'ordinamento Europeo, di salvaguardare "la possibilità dei lavoratori che si spostano di acquisire sufficienti diritti a pensione a fine carriera".

65. La stessa Commissione aveva avvertito che i tipici ostacoli che la disciplina della previdenza com-

plementare può porre alla libertà di circolazione fra gli Stati membri possono costituire altrettanti ostacoli alla mobilità dei lavoratori anche nell'ambito del mercato del lavoro di uno stesso Stato membro, per l'influenza che essi comunque possono avere sulla "scelta di una persona di cambiare occupazione".

66. La consapevolezza, maturata negli anni novanta, della crescente mobilità occupazionale caratterizzante il mercato del lavoro e della conseguente necessità di predisporre strumenti atti a consentire ai lavoratori, esposti al frammentarsi della vita lavorativa e alla differente modulazione dei tempi del lavoro e di abbandono del mondo produttivo scanditi nelle età della vita (pur con diverso impatto fra uomini e donne), di non subire, o quanto meno attenuare, i contraccolpi sul versante previdenziale, ha innervato, dunque, la valorizzazione e l'adeguatezza della protezione sociale, dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 34) alla protezione del tenore di vita degli anziani (Direttiva 2014/50/UE cit.), procedendo poi con l'armonizzazione delle norme, nell'ordinamento interno, espressa con il sistema integrativo riformato nel 2005 e l'esegesi compendiata nella sentenza n. 477 cit. con l'affermazione della regola generale della portabilità.

67. Pertanto, l'esigenza istituzionale e strutturale del fondo di poter fare ragionevoli previsioni, quanto a grandezza e tempi dei flussi monetari che movimentano il patrimonio e la gestione finanziaria e ne garantiscono la sostenibilità, non può essere ostativa alla portabilità anche per gli aderenti ai fondi preesistenti gestiti secondo il meccanismo della ripartizione, ben potendo il fondo reagire, a rischi finanziari e squilibri, mediante un'adeguata ristrutturazione del proprio assetto, pure imposta dalla normativa di settore.

68. Né può essere agitata la prevalenza, sull'interesse individuale, dell'interesse mutualistico nei fondi preesistenti a prestazione definita espressione della solidarietà tra lavoratori, tra chi ancora lavora e chi è già pensionato o chi è invalido o superstita del lavoratore – per giungere al diverso esito di negare la portabilità, posto che il legislatore, che già nel 1993 aveva dato disposizione per l'adeguamento degli Statuti, nel 2005 ha messo in campo uno specifico strumento per adattare la portabilità alle "esigenze relative all'equilibrio tecnico del fondo", sicché i fondi preesistenti che dalla portabilità avessero realmente, e fondatamente, temuto rischi per l'equilibrio tecnico del fondo o danni alla sua immanente funzione solidaristica, avrebbero potuto, e dovuto, chiedere specifica deroga, anche parziale, alla portabilità medesima.

69. Ebbene, l'impronta solidaristica nel sistema pensionistico di secondo livello dei fondi a prestazione definita e la libera circolazione delle posizioni individuali come stimolo alla libera circolazione dei lavoratori non si elidono, ma coesistono nel riconoscimento dell'assenza di limiti alla portabilità con riferimento a tutti i fondi pensionistici preesistenti, a prescindere

dal relativo regime e sistema di gestione, garantendo maggior protezione per il lavoratore che, cessato il rapporto lavorativo, può giovare della portabilità o riscattabilità della propria posizione anche prima di aver maturato il diritto a pensione.

70. In altri termini, la portabilità è intrinseca alla posizione soggettiva del lavoratore partecipante al fondo e viene meno solo al verificarsi delle condizioni per la maturazione del diritto al trattamento pensionistico integrativo.

(omissis)

83. Rimane da domandarsi se nei fondi a ripartizione la posizione individuale da portare o riscattare possa essere implementata in relazione ai rendimenti effettivi o conseguibili, in virtù di investimenti non effettuati.

84. Il tema dei rendimenti prodotti dagli investimenti, avulso dalla disamina della sentenza n. 477 cit. (nel ricorso in quell'occasione all'esame delle Sezioni

Unite la pretesa degli iscritti era limitata, con l'azione intrapresa, alla portabilità dei contributi del datore di lavoro, oltre ai contributi versati dai lavoratori), è per la prima volta oggetto di scrutinio di queste Sezioni Unite.

(omissis)

105. La tesi propugnata dal ricorrente incidentale e volta ad incrementare la posizione individuale anche da epoca precedente al ridetto 1998, tenuto conto della eventuale redditività del denaro accumulato dal fondo e utilizzato, come si assume, per l'attività propria della Banca e in ogni caso incrementata dei rendimenti non prodotti, ma che si sarebbe potuto realizzare, da un lato investe un accertamento di fatto, inammissibile in sede di legittimità, dall'altro postula un interesse, difficilmente ipotizzabile in capo all'iscritto al fondo, a contestare la gestione degli investimenti o a dolersi dei mancati investimenti.

(Omissis)

Le "Sezioni Unite" ribadiscono il diritto al trasferimento della posizione individuale nei fondi preesistenti della previdenza complementare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Finanziamento "a ripartizione" e "a capitalizzazione individuale" dei sistemi pensionistici pubblici e privati. – 3. I fondi preesistenti. – 4. L'assenza di una precisa formula matematica utile ad individuare la quota cui ha diritto il singolo iscritto che recede. – 5. I tanti volti della previdenza preesistente. – 6. Le argomentazioni delle Sezioni unite.

Sinossi. Il saggio analizza la questione del diritto del singolo iscritto a trasferire la propria posizione individuale nell'ambito dei fondi di previdenza complementare cc.dd. "preesistenti". Si tratta di fondi aziendali, istituiti prima del 1992 ed oramai (nella generalità dei casi) chiusi a nuove iscrizioni, organizzati non secondo il sistema della capitalizzazione individuale, ma dotati di un patrimonio unico ed indistinto (fondi "a ripartizione", che erogano una "prestazione definita"). Secondo la Corte di cassazione, nella sentenza che si annota, vi sarebbe sempre una posizione individuale, relativa ad una quota parte del capitale complessivo, il cui valore può determinarsi, in relazione alla durata del periodo di iscrizione dell'interessato e dell'apporto contributivo, attraverso regole e metodi matematico-attuariali. Per quanto la conclusione cui giunge la Corte possa apparire corretta nel caso di specie, poiché si trattava di un fondo che aveva conosciuto un'evoluzione verso il sistema a conti individuali, l'Autore della nota mette in guardia dal generalizzare il principio enunziato, specie quando si tratti di fondi che assicurino

pensioni di reversibilità, perché la Corte non indica attraverso quali formule si possa individuare la quota di patrimonio da riconoscere al singolo e sembra poco attenta ai diritti di quanti, rimanendo iscritti al fondo, hanno interesse a che il patrimonio collettivo sia conservato il più possibile integro, mercé l'accantonamento di fondi di riserva, in vista del regolare pagamento delle future pensioni.

Abstract. The essay analyzes the rights of workers who leave an occupational pension scheme before retirement to be preserved and treated like those who remain in the scheme, as far as “pre-existing” pension funds are concerned (i.e. schemes set up before 1992 by an employer to provide retirement benefits for its employees). These funds (or schemes) are now (in most cases) closed to new registrations, organized not according to the system of individual capitalization, but with a single and indistinct patrimony (“pay-as-you-go” funds, which provide defined benefits to workers and to survivors). According to the Supreme Court, in the sentence that is analyzed in the essay, there is always an individual right (or position), relating to a portion of the total capital, the value of which can be determined, in relation to the duration of the workers’s registration period and his contribution, through mathematical-actuarial rules and methods. Although the conclusion reached by the Court may appear correct in the present case, since it was a fund that had undergone an evolution towards the individual accounts system, the author of the note warns against generalizing the principle enunciated.

1. Premessa.

A distanza di pochi anni da una precedente analoga sentenza¹, la Corte di cassazione torna a pronunciarsi, ancora una volta a sezioni unite², sulla questione del trasferimento (o “portabilità”) della posizione individuale nell’ambito dei fondi di previdenza complementare cc.dd. preesistenti e conferma così, senza alcun ripensamento o integrazione, la propria precedente pronunzia, che, al contrario, aveva destato in dottrina perplessità così diffuse, da non lasciare indifferente neanche la “sezione lavoro” della stessa S.C., alla quale si deve la richiesta di riesame, dalla quale è poi scaturita la sentenza che qui si commenta.

E seppure l’ordinanza di remissione³ era anodinamente incentrata sulla necessità di una pronunzia che valutasse se estendere il principio del diritto al trasferimento, già enunziato con riferimento al d.lgs. n. 124/93, anche alle (peraltro del tutto analoghe) previsioni del successivo d.lgs. n. 252⁴, non era facile intravedere in filigrana, a mente degli argomenti

¹ Il riferimento è a Cass., sez. un., 14 gennaio 2015, n. 477 (rel. Curzio), in *FI*, 2015, 3, I, 836 nonché in *RDSS*, 2015, 2, con i commenti di PESSI, FERRANTE, EMILIANI, SANDULLI (v. ancora *infra* note 5, 6, 7 e 8).

² La pronunzia in epigrafe è annotata anche in *ADL*, 2022, n. 3, 522 ss. da PERSIANI, *Una regola rovesciata: l’interesse individuale ed egoistico di un lavoratore prevale sull’interesse comune di tutti gli altri a più elevati livelli di copertura previdenziale*.

³ Punto 17 parte motiva dell’ordinanza “interlocutoria” n. 26169 del 27 settembre 2021 (rel. Cavallaro), segnalata in <https://www.rivistalavor.it/fondi-pensione-a-prestazione-definita-e-posizione-individuale-rimessi-gli-atti-al-primo-presidente/>.

⁴ Si tratta degli artt. 10, del d.lgs. n. 124 del 1993, e 14, del d.lgs. n. 252 del 2005.

utilizzati in quel provvedimento⁵, il disagio per l'affermazione di un principio di diritto che era apparsa, se non affrettata, quantomeno poco meditata, in relazione ai tanti profili che la questione investe, e che avrebbero dovuto imporre un'analisi complessiva delle conseguenze che possono ora discendere dall'incondizionata affermazione del diritto alla trasferibilità.

Ed invero, il d.lgs. n. 124 del 21 aprile 1993 finiva per lasciare sostanzialmente invariata la disciplina delle forme pensionistiche già esistenti (e regolate in abbozzo dagli artt. 2117 e 2123 c.c.). Ed infatti, l'art. 18 di quel decreto, fra le "norme finali" si limitava a stabilire, al co. 1, che «[A]lle forme pensionistiche complementari che risultano istituite alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, non si applicano gli artt. 4, co. 4 [in tema di autorizzazione], e 6, co. 1, 2 e 3 [che prescrivevano enti gestori del patrimonio, distinti e separati dai fondi stessi]», rinviando poi ad un futuro adeguamento, da attuarsi ad iniziativa dei fondi, l'introduzione di «strutture gestionali, amministrative e contabili separate». Termini di varia durata, spesso prolungati da successive modifiche, erano poi previsti per l'adeguamento alle altre previsioni della riforma del 1993.

Dietro queste previsioni si collocava, non solo l'apparente marginalità cui queste forme avrebbero finito per essere condannate ove la previdenza complementare si fosse diffusa largamente, ma una intrinseca difficoltà a ricondurre il vasto panorama dei fondi già istituiti ad un modello unitario. Non dovrà quindi stupire se, ancora nel 2005, una disposizione (art. 20 d.lgs. n. 252) simile alla norma ora richiamata continua a concedere tempi comodi ai fondi preesistenti.

Ed era proprio questa strutturale differenza, che subito *infra* meglio si esaminerà ai parr. 2, 3 e 5, che fa temere che la Corte di legittimità abbia sottovalutato la complessità del punto, senza dare spazio ai rilievi che, quasi concordemente, la dottrina aveva formulato in relazione alla precedente pronunzia, in ordine, sia all'equilibrio gestionale dei fondi⁶, sia alla contraddizione che la pronunzia rischia di determinare circa la natura corrispettiva (o meno) delle prestazioni pensionistiche⁷, sia alla difficoltà di formulare affermazioni di tipo generale, a fronte della pluralità di modelli organizzativi⁸.

In questo senso, non ci si deve dimenticare che non è per nulla casuale l'importanza che la Corte Suprema dà alla questione, facendo registrare a breve distanza di tempo una doppia pronunzia nella sua composizione più solenne, poiché è senz'altro delicato il momento in cui giunge la statuizione: infatti, è proprio ora che, seppur indirettamente, la questione viene all'attenzione dei tanti soggetti che ancora sono iscritti ai fondi preesistenti, che, come meglio si dirà, hanno oramai da qualche lustro cessato di accettare nuovi

⁵ V. in particolare il richiamo implicito a SANDULLI, *La portabilità della posizione pensionistica fra Sezioni unite e disegni di innovazione legislativa*, in *RDSS*, 2015, n. 2, 376 ss.

⁶ PESSI, *Le Sezioni unite n. 477/2015: la solidarietà «rovesciata»*, in *RDSS*, 2015, 2, 354 ss.

⁷ A riguardo, v. SANDULLI, *La portabilità della posizione pensionistica*, alla cui impostazione largamente rinvia l'ordinanza di remissione e, conseguentemente, la sent. 12209/22, la quale tuttavia non ritiene affatto determinante l'argomento, tanto da rigettarlo, senza tuttavia mai entrare veramente nel merito della questione, ma solo limitandosi ad affermare che si tratterebbe di fattispecie indubbiamente differenti (v. n. 47) .

⁸ FERRANTE, *Quandoquidem dormitat Homerus: il caso della portabilità della posizione individuale nei fondi preesistenti*, in *RDSS*, 2015, 2, 364 ss.

iscritti, avviandosi quindi, più che al traguardo normativo della conformazione al modello proposto dal legislatore, a quello fattuale della dissoluzione, per il venir meno degli iscritti. Ed è proprio questo l'argomento sul quale si riverbera la pronunzia e che appare senz'altro meritevole di approfondimento, non foss'altro che per l'entità dei patrimoni che potrebbero (almeno in qualche caso) residuare al termine di questo lungo processo.

2. Finanziamento “a ripartizione” e “a capitalizzazione individuale” dei sistemi pensionistici pubblici e privati.

Ove si prendano a riferimento i dati contenuti nell'ultima relazione presentata dalla COVIP al Parlamento, si scoprirà che il numero degli iscritti ai fondi preesistenti resta ancora elevato, specie ove messo a paragone con il numero di chi ha aderito ai fondi di nuova istituzione, che rimane nel complesso contenuto, specie ove si guardi all'esperienza di tanti paesi stranieri⁹.

Ma non è certo il numero degli iscritti che qui rileva, quanto la strutturale differenza fra i fondi categoriali di nuova costituzione, normati in dettaglio dalle previsioni del d. lgs. n. 124 e del successivo d.lgs. n. 252¹⁰, e quelli già costituiti in passato, poiché, salvo poche eccezioni, i fondi più antichi avevano tutti adottato, al momento della costituzione o successivamente, la formula del fondo a “capitalizzazione collettiva” (*alias* “a ripartizione”), offrendo spesso anche prestazioni, come i trattamenti di reversibilità, che richiedono una particolare attenzione in tema di equilibrio attuariale. Si tratta, per utilizzare il linguaggio delle direttive europee, di prestazioni dirette a coprire rischi “biometrici”, o a garantire un rendimento (minimo) degli investimenti o un determinato livello di prestazioni (v. art. 7 *bis* d.lgs. n. 252/2005).

In sostanza, quindi, anche per i fondi di previdenza privata, si pone la contrapposizione, sperimentata nell'evoluzione recente della previdenza pubblica italiana, fra fondi a capitalizzazione (e il correlato sistema della pensione contributiva) e fondi a ripartizione (con il riconoscimento di pensioni calcolate con il sistema retributivo, in relazione cioè all'anzianità di servizio e al livello di reddito raggiunto negli ultimi anni di attività lavorativa).

La differenza fra le due forme di organizzazione è notoriamente rilevante: mentre originariamente il sistema italiano era fondato su un meccanismo nel quale i versamenti

⁹ La relazione COVIP per l'anno 2021 (al sito web dell'Aut.) riporta 648.370 iscritti ai fondi preesistenti, su un totale di oltre 9 milioni e mezzo di iscritti alle varie forme di previdenza complementare assoggettate al controllo della Commissione.

¹⁰ Con riguardo alla disciplina della previdenza complementare, oltre alle sezioni ad essa dedicate nella manualistica generale, si segnalano qui le recenti opere di PERSIANI, *La previdenza complementare*, Cacucci, 2022, di 109 pagine (e v. già del medesimo A. e con lo stesso titolo il volume edito da Cedam nel 2010, II ediz., di 235 pagine) e CANDIAN, SQUEGLIA, TURSI, *Manuale della previdenza complementare*, Giappichelli, 2022, di 287 pagine. Sui temi qui trattati, v. in particolare CANAVESI, *Fondi preesistenti*, in CINELLI, *Commento all'art. 2123*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2008; VISCOMI, *La facoltà di trasferimento della posizione previdenziale individuale*, in *LD*, 1997, 55 ss.; EMILIANI, *La portabilità della posizione previdenziale complementare al tempo del “Jobs act”*, in *RDSS*, 2016, 4, 776 ss.; ZAMPINI, *Il diritto di riscatto nel sistema di previdenza complementare*, in *RDSS*, 2020, 1, 63 ss.

contributivi erano accantonati in conti individuali, al pari che in una banca, a seguito della dispersione del patrimonio dell'INPS conseguente agli eventi bellici e all'inflazione registratasi dopo la fine delle sanzioni avverso il regime fascista, l'Italia fu costretta a passare ad un sistema diverso, quale quello della capitalizzazione collettiva¹¹. Ed infatti, azzerate o quasi le provviste accantonate prima della guerra, le prestazioni hanno trovato copertura economica in un sistema che ne addossa l'onere a quella parte di popolazione attiva che versa i contributi: come è noto, chi oggi è lavoratore subordinato paga quindi i contributi al sistema dell'assicurazione generale obbligatoria (gestita dall'INPS) non per garantirsi domani la sua pensione, ma per garantirla a chi è attualmente pensionato, essendo così costretto a confidare che, per la sua (futura) pensione, verranno in rilievo le contribuzioni dei lavoratori di domani.

Si tratta, come è evidente, di un carattere del sistema che tutte le riforme degli anni recenti non hanno in nessun modo potuto modificare, posto che a tal fine sarebbe necessario disporre risorse finanziarie immense, utili a coprire almeno quattro decenni di mancati accantonamenti¹².

Il solo aspetto sul quale è stato dunque possibile intervenire per il legislatore nazionale è stato il passaggio (o meglio: il ritorno), registratosi nel 1995 con la legge n. 335, dal sistema di calcolo della pensione "retributiva" a quella "contributiva". Ed infatti, il legislatore, a ragione della fragilità dell'equilibrio contabile della previdenza pubblica (e dei conti dello Stato), è stato costretto ad abbandonare la pretesa di utilizzare come riferimento, per determinare la pensione individuale, il livello retributivo di cui godeva il lavoratore prima del pensionamento e ha preferito prendere a base il montante dei contributi, versati lungo l'arco di tutta la carriera lavorativa, parametrando poi su questo l'importo finale del trattamento.

Ed invero, con la residua eccezione di un (oramai sempre più ridotto, e in via di tendenziale estinzione) numero di lavoratori che gode ancora del sistema della pensione retributiva, la pensione viene ad essere oggi liquidata con il sistema contributivo e quindi tenendo conto, non già degli anni di lavoro o delle ultime retribuzioni, ma solo del montante complessivamente versato (opportunamente indicizzato ovvero maggiorato dei rendimenti che la contribuzione ha fruttato) e della speranza di vita del soggetto, che, in maniera indifferenziata per uomini e per donne, viene a fungere da divisore ai fini della quantificazione dell'assegno pensionistico mensile: si tratta del c.d. coefficiente di tra-

¹¹ Per una ricostruzione della vicenda, con l'occhio dello storico, v. GIORGI, PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Il Mulino, 2021, 209-211.

¹² Non si deve però pensare che il sistema a capitalizzazione collettiva sia necessariamente peggiore di quello a capitalizzazione individuale, come dimostra a tacer d'altro il fatto che quasi tutti i sistemi nazionali hanno sistemi di finanziamento equivalenti a quello dell'INPS: ed invero la capitalizzazione individuale pone poi il problema della destinazione dei fondi raccolti, finendo per favorire una tendenza a investimenti puramente finanziari (anche a scapito della crescita dei sistemi economici nazionali, che traggono invece maggior giovamento da investimenti strutturali, sempre utili ad alimentare una crescita economica e occupazionale complessiva, capace poi di generare maggiori flussi di finanziamento della previdenza). Va poi aggiunto che uno dei problemi della previdenza pubblica è costituito dall'assenza di fondi di riserva (utili a fronteggiare le oscillazioni demografiche e del ciclo economico, senza la necessità di continui riaggiustamenti delle condizioni legislative), che solo potrebbero conseguire però dal *surplus* derivante dalla contribuzione rispetto ai flussi in uscita.

sformazione che rappresenta il numero di mesi che, sulla base di stime attuariali, resta in media da vivere al beneficiario dell'assegno pensionistico (e, dunque, per richiamare una metafora ben presente a chiunque, che individua il numero di fette in cui deve dividersi la torta, rappresentata dalla somma dei versamenti accantonati nel periodo di accumulo).

Come è evidente, però, un calcolo siffatto presenta margini di incertezza enormi, già in relazione alla posizione dei singoli, posto che tutti i valori medi presi a riferimento risultano da milioni di vicende individuali. In questo senso, è evidente che quando il soggetto supera l'età media (quale risulta dalla speranza di vita determinata sulla base dei dati ISTAT) egli verrà a godere di una pensione solo utilizzando quella parte di capitale accantonato da altri che, al contrario, non abbiano raggiunto quel traguardo, venendo a morte anzitempo.

Ed invero, perché i calcoli attuariali risultino corretti, si dovrà tenere conto non solo delle oscillazioni dei valori di cui dispone l'ente previdenziale (che possono ridursi a fronte di crisi economiche sistemiche o di cattivi investimenti finanziari), ma anche del fatto che la vita media conosce continue crescite ed imprevedibili andamenti.

Per garantire poi un equilibrio finanziario pure si dovrà tenere in conto che il dato puramente statistico relativo all'età anagrafica deve confrontarsi con il livello di prestazione riconosciuto ai singoli, di modo che, sul presupposto che i lavoratori a più elevato reddito hanno in genere una aspettativa di vita maggiore di quella di chi è più povero, potrà accadere che il capitale, necessario per finanziare la pensione del singolo che supera l'età media, richieda di assorbire le provviste lasciate da più di un solo soggetto che, morendo anzitempo, ha lasciato invece inutilizzata una parte del capitale da lui accantonato in vita.

Oltre a queste strutturali incertezze, la scienza attuariale deve tener conto del fatto che ancora più numerose sono le incognite da prendere a riferimento quando possibili destinatari della pensione non siano solo i lavoratori che hanno provveduto al versamento dei contributi, ma altresì altri soggetti, come il coniuge o i figli invalidi o minorenni, che vengono quindi a beneficiare di trattamenti di reversibilità (e si consideri a riguardo che nel nostro ordinamento l'importo dell'assegno erogato dall'INPS non è uguale per tutti i superstiti, ma prende a riferimento, oltre alle condizioni economiche complessive del beneficiario, anche la misura della pensione in godimento al soggetto venuto a morte). In questo senso non deve sorprendere il fatto che i trattamenti di reversibilità o di inabilità/incapacità devono qualificarsi propriamente come assistenziali secondo i parametri del sistema dell'a.g.o. (ovvero come diretti a fronteggiare rischi "biometrici", secondo la nozione più sopra già richiamata).

Quanto si è fino ad ora venuto ad esporre, a veder bene, costituisce oggetto non già di una specifica disciplina normativa, ma fa parte della tecnica assicurativa ed attuariale, atteso che cambia poco se l'ente previdenziale ha natura privata (associazione o fondazione) o pubblica. Ed invero, anche l'INPS è obbligato per legge alla predisposizione periodica di un bilancio statistico-attuariale sulle prospettive future (per un arco di tempo di durata cinquantennale!), anche se nulla è venuto a mutare negli anni, in ordine alla sua struttura finanziaria, di modo che i calcoli di cui si è detto sono per l'INPS in certo modo virtuali, non essendovi, come nella previdenza privata, un capitale comune che garantisce il pagamento delle pensioni. Essi, in altri termini, individuano per l'ente pubblico il fabbisogno futuro, e non costituiscono una formula utile al riparto di un patrimonio comune.

La vicenda che si è narrata, quindi, interessa, seppure in modo diverso, non solo la previdenza pubblica (o il “primo pilastro”, secondo la terminologia internazionale), ma anche la previdenza privata (e dunque i fondi preesistenti), seppure nei termini che subito si preciseranno.

3. I fondi preesistenti.

Da quanto si è detto in via generale, si sarà già compreso che anche la previdenza privata (o complementare, o integrativa, o di “secondo pilastro”) ha conosciuto un’evoluzione simile, per temi e per tempi, a quella pubblica.

Quasi tutti i fondi più antichi, nati dall’esigenza di garantire una pensione agli impiegati di più elevato reddito (inizialmente esclusi dall’obbligo contributivo, in assenza delle generali previsioni di cui all’art. 38 Cost.), si erano venuti a fondare, seguendo l’esempio della previdenza pubblica, sul sistema della ripartizione e prendevano a riferimento, per la quantificazione dell’assegno pensionistico mensile, la retribuzione da ultimo goduta dal lavoratore (o quella del c.d. parigrado ancora “in servizio”), assicurando, secondo il metodo della pensione “retributiva”, una certa quota di questa, in relazione agli anni di lavoro (c.d. anzianità contributiva).

Il sistema privato confidava quindi, al pari del pubblico, su una continua crescita dell’occupazione, poco preoccupandosi del rischio di future crisi o di rallentamenti nella crescita della ricchezza complessiva.

In questo senso, può dirsi che il metodo contributivo introdotto dalla riforma della previdenza pubblica nel 1995 (senza eccezioni per i lavoratori di più giovane età, ma con un lunghissimo periodo transitorio per quanti avessero già raggiunto una anzianità contributiva di almeno 18 anni) era stato già anticipato dal riordino della previdenza complementare attuato con il già cit. d.lgs. n. 124 del 1993 (non a caso anch’esso frutto della prima importante riforma del sistema pubblico, quale quella determinata dal “Governo Amato”, con il d.lgs. n. 503 del 1992).

Ed invero, il legislatore del d.lgs. n. 124/93, nel dettare una disciplina imperativa per sollecitare le categorie collettive alla creazione di fondi previdenziali, ha imposto a tutti i lavoratori che da quel momento in avanti avrebbero preso (liberamente) iscrizione ai fondi complementari il modello della capitalizzazione individuale e della pensione contributiva, fondato sulla precisa correlazione fra lo sforzo patrimoniale sostenuto dal singolo e la sua speranza di vita, al fine di quantificare l’importo del trattamento pensionistico riconosciuto.

Solo che quella riforma ha escluso dalla sua portata innovatrice le realtà già in essere, dettando, come si è anticipato in esordio, una disciplina di futuro adattamento, mai davvero portata a realizzazione da chi era stato chiamato a darle seguito (e cioè i fondi preesistenti stessi, tenuti ad un adattamento imperativo in via del tutto spontanea, spesso in assenza di strutture di governo autonome e senza che la Commissione di vigilanza trovasse modo di intervenire in maniera decisiva).

È avvenuto così che i fondi preesistenti si sono avviati, fra incertezze e lentezze, verso un'estinzione determinata da regole collettive, più che per norma di legge¹³.

L'ipotesi della liquidazione dei fondi, conseguente al già ricordato divieto di nuove iscrizioni, si è venuta così a fondare sulla possibilità, riconosciuta in dottrina e giurisprudenza, di un recesso datoriale dal contratto collettivo istitutivo del fondo, a fronte di un principio generale che afferma la temporaneità di ogni rapporto obbligatorio. Ed invero si sarà compreso che il sistema della capitalizzazione collettiva finiva spesso per godere di vaste integrazioni a carico di datori che, in epoca di una crescita vigorosa dell'economia, non avevano difficoltà a colmare in via preventiva (e con obbligazioni assunte in vario modo e spesso in sede collettiva) le lacune che si aprivano nei bilanci (sia a ragione di una scarsa diffusione di sistemi attuariali, ma soprattutto per il crescere impetuoso delle aspettative di vita generali e degli effetti conseguenti alla grande fiammata inflattiva degli anni '70 e '80).

In questo modo, più che confidare sulla legittimità di una riduzione delle prestazioni individuali, solo di recente ammessa apertamente a seguito dell'art. 7-*bis*, co. 2-*bis* d.lgs. 252/2005 (introdotto dall'art. 10.2 d.l. 76/2013¹⁴), si sono poste in essere plurime operazioni di progressiva estinzione dei fondi, secondo una prassi di cui il d.lgs. n. 252/2005 non sembra quasi recare traccia, in quanto concordata al tavolo sindacale e fondata su un'adesione volontaria alle offerte di capitalizzazione formulate dal soggetto responsabile delle obbligazioni del fondo.

4. L'assenza di una precisa formula matematica utile ad individuare la quota cui ha diritto il singolo iscritto che recede.

Attraverso una prassi assai diffusa, dunque, che interessa anche il caso oggetto della sentenza n. 12209 del 2022 che qui si commenta, si è proceduto a liquidare su base individuale (e volontaria) le singole posizioni individuali, in aderenza agli accordi collettivi intervenuti (spesso definiti volgarmente di "zainettatura") con i quali si è provveduto ad offrire ai lavoratori iscritti ai fondi (o ai beneficiari delle prestazioni di reversibilità) un pagamento *una tantum*, a fronte della rinuncia ad ogni pretesa futura nei confronti del fondo¹⁵.

¹³ Una vicenda in certo modo a sé stante è quella dei fondi previsti per i dipendenti di alcuni enti pubblici creditizi, dove è stata la stessa legge (con il d.lgs. 357 del 1990) a determinare la loro trasformazione in fondi complementari, già prima del d.lgs. 124.

¹⁴ La norma cit. nel testo, seppure con riferimento ad una ipotesi specifica, riconosce, nella prospettiva di garantire l'equilibrio contabile, il diritto dei fondi, secondo la propria disciplina, a rideterminare la misura «delle prestazioni, con riferimento sia alle rendite in corso di pagamento sia a quelle future», negando in questo modo fondamento a ogni possibile pretesa al mantenimento dei cc.dd. «diritti quesiti» per quanto attiene sia ai lavoratori attivi che attendono di avere accesso alla pensione, sia ai pensionati, che potranno quindi vedere ridotto il trattamento di cui già godono.

¹⁵ Va da sé che qui l'accordo collettivo non assume nessun vero valore vincolante, in relazione alle posizioni individuali dei singoli, presentandosi semplicemente nei termini di un asseveramento della correttezza dell'operazione e dei calcoli che la accompagnano,

Per realizzare questo obiettivo, si è dunque dovuto procedere, al pari di quanto avverrebbe in caso di trasferimento della posizione individuale (o di riscatto), alla attribuzione individuale di una quota parte del capitale del fondo. Questo riparto, tuttavia, a dispetto delle affermazioni della Sezioni unite che trattano la questione quasi che si trattasse di fare semplice applicazione di una pacifica formula matematica, presenta non poche difficoltà a mente di quei fattori di imprevedibilità di cui sopra si è detto (oscillazione dei valori patrimoniali, incertezza quanto alla speranza di vita, numero dei possibili beneficiari, solo per ricordare quelle passate più sopra in rassegna).

Nelle realtà a capitalizzazione individuale la questione è presto risolta: per saper quale sia l'importo che costituisce oggetto del diritto al trasferimento basta andare al saldo che risulta dal sommarsi dei versamenti e dei rendimenti (ottenuti, peraltro, sulla scorta delle precise indicazioni fornite dai singoli, che possono scegliere fra linee di investimento più o meno rischiose). In questi casi, semmai, si tratterà di regolare le possibili riduzioni che discendano da costi (più o meno "occulti") relativi alla gestione amministrativa della posizione o i tempi, che possono essere richiesti per il perfezionamento dell'operazione, al fine di evitare che la liquidazione avvenga in un momento sfavorevole per i valori di borsa.

Tutt'altra cosa, invece, è la liquidazione della quota individuale a fronte di un sistema di capitalizzazione collettiva, posto che non sussistono formule univoche, dettate dalla legge o dalla scienza attuariale, per far emergere all'interno di un patrimonio indistinto quella parte che, all'esito di un processo di divisione, può attribuirsi a diritto esclusivo del singolo.

Al di là della permanente incertezza delle variazioni del capitale complessivamente custodito, in quanto investito per larga parte in strumenti finanziari (o anche in immobili), il valore degli importi da riconoscere in questo caso, infatti, può essere calcolato secondo vari sistemi e quindi o sulla base delle aspettative individuali future, ovvero procedendo a un riparto delle disponibilità complessive.

In entrambi i casi, le incertezze sono numerose.

Nel primo caso, si procede pagando in maniera anticipata ed unitaria tutti i ratei delle prestazioni future attese (secondo il metodo della c.d. capitalizzazione, che vede l'applicazione di un tasso di sconto sui ratei ancora non esigibili e che è assai diffuso in ambito previdenziale, come tipicamente avviene nell'assicurazione INAIL ove si tratti, ad es., di dover esercitare l'azione di regresso di cui all'art. 11 T.U. 1124/65 o di liquidare una rendita per un danno di modesto importo o di far luogo al pagamento del danno differenziale).

Questo calcolo sarà agevole, però, solo quando la pensione sia stata già liquidata, mentre può mancare un preciso valore di riferimento quando (e cioè tutte le volte che sorga conflitto) le fonti interne del fondo non dettino alcuna regola per la portabilità della posizione individuale.

ai fini della determinazione della parte offerta ad ognuno degli iscritti. Si tratta di un modello assai singolare, nel quale l'autonomia privata resta arbitra incontrastata ai fini della produzione degli effetti che l'impresa si propone, essendo astrattamente possibile che nessuno degli interessati accetti l'offerta che gli viene proposta. A riguardo, per qualche ulteriore spunto, v. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, 1996.

In questi casi, a fronte del valore liquidato e riconosciuto al singolo, non si ha certezza che il capitale che residua in capo al fondo sia poi sufficiente a garantire medesimo trattamento, quando si tratterà di liquidare tutte le restanti posizioni future (si pensi ai fondi che coprono i rischi “biometrici”, dove sarà indispensabile provvedere ad accantonare riserve tecniche, secondo peraltro le precise previsioni di cui all’art. 5 *quinquies* d. lgs. n. 252, che non a caso è una delle pochissime norme che fa riferimento espresso ai fondi preesistenti).

Non meno complessa è l’individuazione della quota individuale ove si voglia prescindere dalla capitalizzazione delle prestazioni future, poiché, per un verso i contributi che sono frutto di versamenti individuali sono spesso una parte modestissima del capitale complessivo del fondo, mentre, per un altro, a fronte della copertura di rischi biometrici (e quindi in tutti i casi di trattamento pensionistico di tipo “retributivo”), si riproporranno le medesime questioni che sopra si sono esaminate, e che rendono necessario che una parte (anche rilevante) delle complessive disponibilità del fondo resti accantonata a fini di riserva¹⁶.

A riguardo, la Cassazione, nelle due pronunzie che sopra si sono ricordate, non provvede a dare nessuna indicazione al quesito, ed anzi appare sottovalutare la delicatezza della questione là dove, nella prima (n. 477/215) si è limitata ad affermare che l’operazione «è tecnicamente possibile con l’applicazione di regole e metodi delle specializzazioni matematiche che si occupano dei problemi del settore assicurativo-previdenziale. La posizione previdenziale, anche se non determinata, è determinabile»¹⁷.

L’affermazione, come è stato giustamente rilevato¹⁸, smentisce la tesi che fondava l’esclusione dall’obbligo di adeguamento alla normativa sopravvenuta sulla irriducibile differenza fra le due categorie dei fondi, ma suona povera per i tecnici che dovessero poi procedere in concreto a quantificare la quota dovuta.

Nella seconda e più recente pronunzia, medesima affermazione viene riproposta senza significative modifiche (v. nn. 35 e 42), anche se deve sottolinearsi come il fondo che ha costituito oggetto di questo più recente giudizio era fra i pochi che aveva conosciuto una profonda riorganizzazione a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 124.

Si legge infatti nella parte della sentenza diretta alla ricostruzione dei fatti di causa (n. 4) che «nel 2001, pur prevista una trasformazione del fondo con indicazione, per ciascun ricorrente iscritto, della dotazione iniziale, il fondo a ripartizione e a prestazioni definite era proseguito immutato»; tuttavia, dopo qualche anno si era comunque attuata «la trasformazione in fondo a contribuzione definita, con finalità liquidatorie», ma solo in favore dei lavoratori in servizio, di modo che i ricorrenti, dimessisi in epoca precedente a tale modifica, non avevano potuto vedersi attribuita la loro quota.

¹⁶ Si deve segnalare che anche nei fondi a capitalizzazione individuale è possibile coprire rischi biometrici, sia destinando una parte della contribuzione al finanziamento di polizze assicurative contro i rischi da inabilità, sia, al fine di assicurare un diritto di reversibilità, prendendo a riferimento l’età del coniuge per la quantificazione della pensione da liquidare, così da tenere conto della speranza di vita complessiva della coppia. In entrambi i casi, ovviamente, la misura dell’assegno pensionistico sarà ridotta rispetto a quanto sarebbe dovuto ove il solo trattamento previsto fosse la pensione di vecchiaia del singolo iscritto.

¹⁷ V. Cass., sez. un., n. 477 del 2015, par. n. 45 della parte motiva.

¹⁸ V. PESSI, *Le Sezioni unite n. 477/2015*, cit., 358.

Peraltro il fondo aveva già un proprio capitale in epoca antecedente ai fatti ora narrati, poiché (n. 11) già dal 1997 si era attribuito ad esso un patrimonio di destinazione, ex art. 2117 c.c., «con retrocessione al fondo dei proventi maturandi sui cespiti ad esso assegnati, fermo restando l'impegno della Cassa [datrice di lavoro dei ricorrenti] alla copertura della riserva matematica con determinazione annuale dell'aliquota di contribuzione al fondo a carico della società, in funzione delle proiezioni dei fabbisogni di copertura della riserva matematica formulate dall'attuarlo».

Non era stato quindi difficile, anche sulla base della contribuzione cui era annualmente tenuto il datore e delle previsioni collettive intervenute, calcolare in corso di causa il valore della posizione individuale, sia che si trattasse di far seguito alla domanda (principale) di riscatto, sia che invece si dovesse quantificare in via subordinata la misura dello “zainetto” che sarebbe altrimenti spettato ai due ricorrenti ove si fosse ritenuta illegittima la loro mancata inclusione fra i beneficiari delle disposizioni dell'accordo collettivo, che aveva consentito la trasformazione del fondo, di cui sopra si è detto, individuando (come pare di capire) in forza di un *expertise* congiunto i criteri di distribuzione del patrimonio.

Ovvio, dunque, che in una situazione come quella concretamente venuta all'esame delle Sezioni unite, le difficoltà sopra esposte non avevano ragion d'essere, tanto più se, come pare di comprendere, in forza del disposto collettivo era stato abbandonato, in maniera unitaria e generalizzata, il sistema a capitalizzazione collettiva, passando ad una realtà dotata di conti individuali (mentre non è del tutto chiaro cosa sia avvenuto delle pensioni in pagamento).

La differenza di cui ora si è detto, quindi, deve essere qui correttamente messa in evidenza già a partire dalla massima, posto che la Corte viene a pronunziarsi in relazione ad una ipotesi particolare (oramai essendosi quasi completata la trasformazione del fondo nel senso dell'adozione generalizzata di conti individuali): in assenza di questa precisazione, il principio enunziato dai giudici di legittimità finirebbe, infatti, per prendere valenza generale, così da pretendere applicazione anche in realtà dove, a mente di quanto sopra si è detto, mancano criteri univoci per poter provvedere alla quantificazione della posizione individuale¹⁹.

5. I tanti volti della previdenza preesistente.

Ed invero, a conferma che l'affermazione incondizionata del principio può apparire non condivisibile, si deve ricordare che così numerose sono le forme in cui possono presentar-

¹⁹ Anche negli interventi COVIP che più specificamente si sono interessati dei fondi preesistenti si rintraccia la sottolineatura delle difficoltà ad individuare una posizione individuale nei fondi a capitalizzazione collettiva; in part., oltre delib. 26 gennaio 2001, “Area dei destinatari dei fondi preesistenti”, si v. la delib. 15 febbraio 2001, “Orientamenti sulla disciplina dei trasferimenti, dei riscatti e delle anticipazioni nei FPE”, ove si legge di “caratteristiche strutturali assai variegata e, sovente, non del tutto riconducibili a quelle dei fondi di nuova istituzione” e si afferma che “può risultare assai meno agevole stabilire una diretta correlazione fra ammontare dei contributi via via accreditati ... e la costituzione di una posizione individuale”; a riguardo, dopo il d. lgs. 252, v. altresì delib. COVIP 23 maggio 2007.

si i fondi preesistenti, che non è neanche semplice procedere alla redazione di un elenco, posto che questi possono: a) essere configurati nella forma di soggetti di diritto privato del tutto autonomi dalle imprese che li finanziano; b) aver preso la forma di un patrimonio di destinazione all'interno dei complessivi *assets* dell'impresa finanziatrice a mente dell'art. 2117 c.c.; c) aver esaurito la loro funzione con il pagamento di una polizza vita ad una compagnia assicuratrice; d) essere rimasti allo stato di una semplice obbligazione per il pagamento degli assegni futuri, pur vedendosi attribuito un valore nell'ambito del bilancio societario.

In relazione ai quattro casi citati, differente invero è la forma giuridica che prende il fondo, posto che è solo nei primi due casi che sussiste sicuramente un capitale che può costituire oggetto di divisione, mentre nel terzo caso questo potrebbe essere stato consumato già al momento della liquidazione dell'ultima pensione attribuita. Ed ancora, nell'ultimo caso (fondi quali "poste di bilancio"), è del tutto carente un patrimonio del fondo, essendo l'importo esposto nelle scritture contabili un debito del datore esigibile in futuro, e non altro.

Ed invero nel caso "a)" si tratta (in prevalenza) di associazioni non riconosciute, di modo che la regola del riscatto della posizione individuale è costretta a misurarsi con la più generale previsione di cui all'art. 37 c.c, che impedisce ai singoli di rivendicare la propria quota in caso di recesso; e medesimo rilievo vale per il caso "b)", anche se la speciale natura del fenomeno pone delicate questioni sull'applicazione analogica delle disposizioni dettate per le persone giuridiche, come già metteva in luce la dottrina più antica. In entrambi i casi, ovviamente, il capitale può essere organizzato secondo il sistema a capitalizzazione individuale o, come si è visto, collettiva.

Eppure, a ragione dell'assolutezza della formula utilizzata dalle Sezioni unite (e dell'assenza di distinzioni nelle argomentazioni della sentenza), il *dictum* del 2022 può pretendere di essere applicato indistintamente a tutte le ipotesi, rischiando così di generare aspettative, destinate forse a rimanere frustrate, ove la giurisprudenza di merito dovesse tornare sul punto. E un rischio siffatto è tanto più concreto per i casi di cui alla precedente lettera a) dove la forma del patrimonio comune indifferenziato ben si presta ad innescare un conflitto interno alla gestione del fondo, che, a differenza che nella controversia presente, potrà vedere contrapposti i fondi ai propri iscritti, ovvero gruppi diversi che disputano in ordine ai corretti criteri di riparto del patrimonio comune. E non meno gravi sono gli equivoci che potrebbero derivare dall'applicazione della massima al caso sub d), posto che in tali casi non vi è alcun patrimonio da dividere, ma semmai un debito²⁰. A mente di tanto, dunque, si impone l'analisi del percorso argomentativo seguito dalla Corte al fine di poterne verificare la futura tenuta, in casi che dovessero presentarsi diversi in punto di fatto.

²⁰ È il succo di quanto ho sostenuto nel mio *Quandoquidem dormitat Homerus*, *supra* cit. a nota 8.

6. Le argomentazioni delle Sezioni unite.

È certo che la Corte si pone innanzi tutto il problema di definire la portata delle previsioni del decreto 252/2005 sentendosi tuttavia chiamata ad un'interpretazione non solo letterale, posto che le disposizioni, che richiamano la portabilità fra i principi da applicare alle realtà più antiche, presentano una formula così semplificata, da lasciare spazio ad un intervento selettivo dell'interprete. Tuttavia la Corte, là dove è chiamata a confrontarsi con i meccanismi di finanziamento dei fondi, appare a disagio e non sempre riesce ad andare oltre l'affermazione di (invero presunte) priorità di sistema, come quando (n. 47 della parte motiva) asserisce che il problema deve risolversi «in coerenza con la configurazione legislativa della previdenza complementare riformata che rispecchia la vocazione espansiva della portabilità, estesa a tutti i fondi, anche preesistenti, di qualunque natura, nel mutato assetto del livello di tutela del lavoratore determinato dalla sempre più accentuata flessibilità del mercato del lavoro».

L'affermazione, invero, appare fuori registro sia ove si consideri la natura aziendale del fondo, il numero e l'età dei lavoratori interessati, ma soprattutto ove si guardi davvero alle previsioni delle direttive europee richiamate in sentenza ai nn. 49 e 50, atteso che nessuna di esse ha rilievo ai fini della decisione nel caso all'esame dei giudici di legittimità. Ed invero, quanto alla dir. n. 2003/41/CE del 3 giugno 2003, relativa alle «attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP)», è pur vero (n. 50) che essa «ha introdotto norme rigorose, di carattere prudenziale, a protezione dei diritti dei futuri pensionati, valorizzando il perseguimento, all'interno dei fondi, dell'obiettivo di tutela assoluta della posizione previdenziale dei pensionandi e dei pensionati», ma si tratta di previsioni (art. 2.2, lett. c) che non si applicano «agli enti che agiscono sulla base del principio della ripartizione»²¹. Né le cose cambiano quando si passi a verificare il richiamo (n. 49) alle previsioni di cui alla dir. 1998/49/CE 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», poiché tale direttiva, all'art. 4 cit. in sentenza, non sembra affatto pronunziarsi sui diritti a pensione, ma solo parifica la condizione del lavoratore migrante a quella di chi resta nei confini dello Stato membro.

Né può darsi alcun rilievo, a differenza di quanto la Corte afferma al n. 54 della parte motiva, alla dir. 2014/50/UE del 16 aprile 2014, relativa «ai requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari», posto che anche in questo caso le previsioni si indirizzano ai fondi a capitalizzazione individuale, tanto che esplicitamente restano esclusi dal suo ambito normativo (art. 2, nn. 2, lett. a, 3 e 5) i regimi pensionistici che non accettano più nuovi

²¹ E pure si devono richiamare le successive eccezioni di cui alla lett. d), relativa ad enti pensionistici i cui iscritti non hanno diritto alle prestazioni ed in cui l'impresa promotrice può svincolare le attività in ogni momento ed e), relativa a società che utilizzano sistemi fondati sulla costituzione di riserve contabili, nonché (all'art. 5) la possibile esclusione a discrezione del legislatore nazionale per i fondi che contano meno di cento aderenti in totale.

iscritti alla data di entrata in vigore della direttiva stessa, o che assicurino prestazioni di reversibilità e, comunque, i lavoratori che non si spostano da uno Stato ad un altro.

Venuto meno il richiamo alle fonti europee, il ragionamento della Corte ne rimane profondamente indebolito, anche ove la sentenza prova a confrontarsi con le critiche raccolte dopo la pronunzia del 2015, poiché fragile e indimostrata è l'affermazione (n. 61) con cui in sentenza si replica al rischio di innescare processi di solidarietà inversa, a beneficio di chi lascia (e non di chi resta!) affermando che «il mutato assetto ordinamentale e comunitario ha conformato la portabilità da ipotesi eccezionale (conseguente alla perdita dei requisiti soggettivi di partecipazione al fondo da parte del lavoratore) a principio generale del sistema previdenziale complementare».

E pure fuor di luogo è il richiamo (n. 67) alla possibilità per i fondi di attuare «un'adeguata ristrutturazione del proprio assetto, pure imposta dalla normativa di settore» al fine di reagire, a rischi finanziari e squilibri, poiché le forma più classica di tali misure consiste, invero, proprio nella individuazione di riserve tecniche dirette a fronteggiare i possibili rischi sopravvenuti, con il risultato, invero a tutti evidente, di ridurre la quota di patrimonio suscettibile di essere svincolata in caso di richiesta individuale di riscatto o trasferimento (mentre non convince, a mente dell'atteggiamento, non certo incalzante, mantenuto dall'Autorità di vigilanza, l'argomentazione di cui al n. 68, là dove si afferma che il diritto individuale sarebbe conseguente alla mancata richiesta di «specifica deroga, anche parziale, alla portabilità medesima»).

Le conclusioni cui giunge la Corte, dunque, non sembrano sgombrare il campo dalle perplessità segnalate in dottrina e una maggiore attenzione alla realtà delle cose avrebbe giovato senz'altro a chi nella giurisprudenza di legittimità (e ancor prima in sede di amministrazione dei fondi) dovrà dare applicazione concreta al principio enunziato dalla Corte.

E tuttavia non si può chiudere questo commento senza aver prima riferito di una ulteriore (e nuova: v. n. 84) questione che pure le Sezioni unite sono state chiamate ad affrontare, a motivo della particolare storia del fondo che costituiva oggetto di pronunzia, là dove (n. 83) in sentenza ci si domanda «se nei fondi a ripartizione la posizione individuale da portare o riscattare possa essere implementata in relazione ai rendimenti effettivi o conseguibili, in virtù di investimenti non effettuati».

Si tratta di una questione sulla quale la Corte, per respingere la domanda di un incremento della posizione maturata in relazione «ai rendimenti non prodotti, ma che si sarebbe potuto realizzare» (n. 105), si intrattiene forse troppo nella parte finale della sua motivazione. Ed invero, ove mai si dovesse giungere a conclusioni differenti da quelle (negative) di cui in sentenza, l'intero sistema che la Corte esalta verrebbe ad essere caricato di responsabilità così grandi, da esporlo al rischio di estinzione, attesa l'imprevedibilità dei risultati finanziari e l'evidente rischio di riduzione del capitale versato, cui soggiacciono tutti coloro che prendono iscrizione ai fondi (di modo che è il legislatore stesso a ribadire in esordio ad entrambi i decreti che la previdenza privata è libera, riprendendo così le stesse previsioni di cui all'art. 38/V Cost.).

A riguardo, si legge in sentenza (al n. 105) che la pretesa viene da un lato ad investire «un accertamento di fatto, inammissibile in sede di legittimità, [e] dall'altro postula un interesse, difficilmente ipotizzabile in capo all'iscritto, a contestare la gestione degli investimenti o a dolersi dei mancati investimenti»: affermazione quest'ultima senz'altro condivisi-

bile, ma che, se ambisce ad avere portata generale, non può essere disgiunta dal richiamo alle misure che la legge impone in ordine alle strutture di governo, realizzando in questo modo un sistema di gestione (e condivisione) del rischio finanziario attraverso strutture dedicate e paritarie, che, nell'ambito dell'indiscutibile autonomia dei fondi di nuova costituzione, vale a riconoscere la centralità dell'azione collettiva per preservare il patrimonio raccolto e per assicurare la prosperità del singolo ente previdenziale, confermando così al fenomeno della previdenza complementare privata quella carattere di libertà consacrato dall'art. 38/V Cost.

VINCENZO FERRANTE