

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Corso di Dottorato in Diritto Comparato, privato, processuale civile e dell'impresa  
Dipartimento Di Diritto Privato E Storia Del Diritto  
XXX ciclo



*EMPLOYEE BENEFIT PLANS E PIANI DI WELFARE AZIENDALE  
NEI SISTEMI DI SICUREZZA SOCIALE STATUNITENSE E ITALIANO*

Diritto del Lavoro  
IUS/07

Dottoranda GRETA CARTOCETI  
Matr. R11047

TUTOR Chiar.ma Prof.ssa MARIA TERESA CARINCI  
CO-TUTOR Chiar.mo Prof. LUCIO IMBERTI

COORDINATORE DEL DOTTORATO  
Chiar.ma Prof.ssa MARIA TERESA CARINCI

A.A. 2016-2017



# INDICE

INTRODUZIONE.....	8
-------------------	---

## CAPITOLO I

### IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE STATUNITENSE

#### SEZIONE I

#### EMPLOYEE BENEFIT PLANS

1. Introduzione: l'evoluzione normativa degli Employee Benefit Plans.....	13
2. La promulgazione dell'Employment Retirement Income Security Act (ERISA).....	16
3. Dopo la promulgazione dell'ERISA.....	17
4. Who is an employer? .....	21
5. Single-employers .....	21
6. Separate Businesses with Some Commonality for Employee Benefit Purposes.....	23
7. Who is an employee?.....	27
8. Common Law Employee v. Independent contractors e il problema della misclassification .....	28
9. Working Owners e Self-Employed Individuals.....	30
10. Leased employees .....	32
11. Who are the beneficiaries?.....	32
12. Who is a spouse? .....	33
13. Il sistema pensionistico statunitense secondo la Three-legged Stool Doctrine .....	35
13.1. The First Stool: il Social Security System .....	35
13.1.1. I principi che informano l'attuale sistema di Social Security Statunitense .....	35
13.1.2. Full Retirement Age, Early Eligibility Age, Delayed Retirement Credit and Retirement Earnings Test .....	40
13.1.3. Disabled-worker benefits.....	43
13.1.4. Benefits for Worker's Family Members e Maximum Family Benefit .....	43
13.2. The Second Stool: i ccdd. Employer-sponsored Pension Benefit Plans .....	45
13.2.1. La natura "volontaristica" dei ccdd. Emplo-sponsored (o Employment-based) Pension Benefit Plans .....	45
13.2.2. Employee Benefit Plans Governed by ERISA .....	47
13.2.3. What is a plan?.....	49
13.2.4. Employee Benefit Plans Non-governed by ERISA .....	50
13.2.5. I requisiti di forma richiesti per i piani soggetti all'ERISA.....	50

13.2.6. Il cd. written plan document .....	51
13.2.7. Plan amendments: Oral and Informal “Amendments” to Written Plan Documents .....	53
13.2.8. Trust Requirement for Plan Assets and Types of Trustee .....	53
13.2.9. Plan Reporting and Disclosure Requirements .....	54
13.2.10. Present and Future Benefit to Employees .....	58
13.2.11. Qualified Retirement Plans .....	59
13.2.12. Types of Qualified Retirement Plans .....	61
13.2.13. Defined Contribution Plans .....	61
13.2.14. Defined Benefit Plans .....	66
13.2.15. Hybrid Plans .....	68
13.2.16. Trends on Employer-Sponsored Retirement Benefits Plans .....	69
13.2.17. I requisiti di eta’ e di anzianità di servizio per essere ammessi ad un qualified plan (o Eligibility Rules) .....	71
13.2.18. Vesting rules (o regole acquisitive) .....	73
13.2.19. Other requirements for Qualified Plans .....	74
13.2.20. Non- discrimination Requirements in Qualified Benefit Plans .....	75
13.2.21. The Minimum Coverage Rules .....	76
13.2.22. Nondiscrimination in Benefits or Contributions .....	77
13.2.23. Actual deferral percentage test (ADP) e Actual Contribution Percentage Test (ACP) .....	78
13.2.24. Requirements for Top-Heavy Plans .....	79
13.2.25. Come evitare le ccdd. Plan Disqualifications .....	80
13.3. The Third Stool: i ccdd. Individual Retirement Savings .....	81

**SEZIONE II**  
**WELFARE BENEFIT PLANS**

1. Introduzione .....	84
2. The National Health Care System .....	84
2.1. Federal Medicare Program e Medicaid Program .....	85
2.2. Welfare plans: Health Care Plans .....	86
2.2.1. The Income-tax treatment and the so-called Cafeteria Plans .....	87
2.2.2. Health Saving Accounts e High Deductible Health Plan .....	88
2.2.3. Insured and Self-insured Health Care Plans .....	90
2.2.4. ERISA Requirements for Group Health Care Plans .....	91
2.2.5. The Affordable Care Act .....	96
2.2.6. Non-discrimination Requirements in Health Care Plans .....	98

2.2.7. Welfare Benefit Plans and Other Federal Laws .....	100
2.2.8. The American With Disabilities Act (ADA) .....	100
2.2.9. Title VII of the Civil Rights Act of 1964 and The Pregnancy Discrimination Act of 1978 (PDA).....	101
2.2.10. The Family and Medical Leave Act of 1993 (FMLA) .....	102
2.2.11. The Uniformed Services Employment and Reemployment Act of 1994 (USERRA) .....	104
2.2.12. The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA).....	104
2.2.13 The Medicare as secondary payer rule (MSP rule) .....	105
2.2.14. Amending or Terminating Welfare Benefit Plans .....	106
2.3. Welfare Benefits .....	109
2.3.1. Disability plans .....	110
2.3.2. Accidental death plans & Group-Term Life Insurance plans .....	114
2.3.3. Long-term care plans .....	114
2.3.4. Dependent Care Assistance Programs & Family-Oriented Work Policies .....	115
2.3.5. Adoption Assistance Programs .....	117
2.3.6. Employee Assistance Programs (EAPs).....	118
2.3.7. Wellness and Health Promotion Programs .....	119
2.3.8. Educational Assistance Programs .....	120
2.3.9. Severance Pay Plans .....	121
2.3.10. Other Types of Welfare Benefit Programs (miscellaneous).....	122

## **CAPITOLO II**

### **IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE ITALIANO**

1. Introduzione .....	124
2. Il regime pensionistico pubblico (primo pilastro) .....	126
3. La crisi del cd. Welfare State.....	132
4. Spesa pubblica e spesa privata in Italia .....	136
5. La tutela del lavoro non standard e il principio di adeguatezza .....	138
6. La (insufficiente) risposta del legislatore e delle parti sociali .....	141
7. La cd. previdenza contrattuale .....	142
8. La previdenza complementare (secondo pilastro) ed il complicato rapporto con la previdenza obbligatoria.....	145
9. La disciplina dei fondi di previdenza complementare .....	147
10. Una fotografia dello stato della previdenza complementare in Italia .....	152

11.	Uno sguardo all'azione del legislatore odierno in materia di previdenza complementare..	157
12.	I Piani pensionistici individuali (terzo pilastro).....	158
13.	I fondi sanitari integrativi .....	160
14.	Disciplina dei fondi sanitari integrativi .....	163
15.	Spesa sanitaria pubblica e privata e stato dei fondi sanitari integrativi .....	165
16.	Gli enti bilaterali e i fondi bilaterali di solidarietà.....	169
17.	Lo sviluppo della bilateralità in Italia.....	169
18.	Gli enti bilaterali .....	170
19.	Promozione e profili problematici degli enti bilaterali.....	171
20.	I fondi di solidarietà bilaterale .....	177
21.	(segue)...dopo la Riforma Fornero .....	178
22.	I trattamenti erogati dai fondi di solidarietà bilaterale.....	180
23.	(segue)...dopo il Jobs Act .....	182

### **CAPITOLO III**

#### **IL WELFARE AZIENDALE**

1.	Introduzione .....	184
2.	La nozione di welfare aziendale .....	188
3.	«Perché fare welfare?»: le possibili filosofie alla base del welfare aziendale.....	190
4.	Aree di intervento del welfare aziendale .....	193
5.	I profili fiscali e contributivi.....	198
6.	La disciplina fiscale prima della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. Legge di stabilità 2016).....	199
7.	La disciplina fiscale dopo la Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. Legge di stabilità 2016) .....	202
8.	La disciplina fiscale dopo la Legge 11 dicembre 2016, n. 232 (cd. Legge di stabilità 2017) .....	208
9.	Pro e contro del welfare aziendale secondo la dottrina e le parti .....	212
10.	Sulla possibile collocazione sistematica del welfare aziendale .....	215
11.	Come cambia la funzione del contratto collettivo .....	224
12.	Il welfare aziendale nelle piccole e medie aziende ed il ruolo del sindacato .....	227
13.	Il contratto di rete “al servizio” del welfare aziendale .....	232
14.	Il sostegno del legislatore allo sviluppo delle reti di impresa.....	234
15.	L’esperienza della Rete Giunca .....	235
16.	Le ragioni che hanno portato alla nascita della Rete Giunca e i risultati raggiunti .....	237

17. Il ruolo del sindacato nella costruzione di reti di imprese per il welfare.....	238
---	-----

<i>Conclusioni</i> .....	242
--------------------------	-----

## BIBLIOGRAFIA

Autori .....	251
Altro .....	278
Sitografia .....	279
Accordi collettivi.....	280
Giurisprudenza .....	280

## INTRODUZIONE

Oggetto del presente studio sono i Sistemi di Sicurezza Sociale statunitense ed italiano, che vengono descritti attraverso l'analisi delle rispettive componenti, con particolare attenzione per la disciplina e la collocazione sistematica dei ccdd. *Employee Benefit Plans* e *Piani di Welfare Aziendale*.

La scelta di approfondire il Sistema di Sicurezza Sociale statunitense nasce dalla consapevolezza che tale modello - dai connotati fortemente privatistici -, rappresenti un *alter ego* delle politiche previdenziali del Vecchio Continente, di respiro prevalentemente pubblicistico. Il modello statunitense, infatti, si presenta come un sistema piuttosto complesso e altamente frammentato (**Capitolo I, Sez. I e II**), eppure sembra fornire un'indicazione piuttosto precisa della direzione che in un futuro prossimo potrebbe essere guardata con interesse anche da un'Europa messa a dura prova dalla Crisi del 2008, ove le disparità già esistenti tra i Paesi Membri (e al loro interno) risultano ulteriormente acuite.

Si consideri, infatti, che l'invecchiamento demografico, l'aumento del costo della vita, l'insostenibilità dei conti pubblici, la sperequazione sociale e la frammentazione del mercato del lavoro, sono problematiche comuni ai due contesti, per quanto diverse in quanto ad entità e impatto.

Analoghe considerazioni possono, dunque, svolgersi con riferimento al Sistema di Sicurezza Sociale italiano, alla cui analisi sono dedicati i **Capitoli II e III**.

Certamente tali fattori hanno prodotto conseguenze diverse all'interno dell'ordinamento statunitense e italiano, dal momento che i rispettivi Sistemi di Sicurezza Sociale sono costruiti in modo differente e non possono che fornire, pertanto, risposte calibrate su standard di tutela e presupposti culturali difficilmente comparabili. In proposito, si chiarisce, inoltre, che lo studio, lungi dall'essere una ricerca comparata, si presenta piuttosto come un'indagine parallela sui due diversi ordinamenti finalizzata a metterne in luce i tratti caratteristici.

La prima parte dello studio si concentra sul Sistema pensionistico statunitense, che, nella ricostruzione offerta dalla *Three-legged Stool Doctrine*, si reggerebbe su tre pilastri: la Social Security, i ccdd. *Employment-Based Benefit Plans* e i fondi pensionistici individuali.

Al primo pilastro, finanziato dai contributi versati dai datori di lavoro e dai lavoratori durante l'intero arco della carriera lavorativa, è demandato il compito di offrire trattamenti previdenziali alla quasi totalità della popolazione statunitense con età superiore ai 65 anni, nonché ai lavoratori disabili



e ai superstiti. Gli *Employment-Based Benefit Plans* rappresentano, invece, il secondo pilastro e si dividono in *Pension Benefit Plans* (o *Retirement Benefit Plans*) - che erogano prestazioni pensionistiche in epoca successiva al pensionamento ad integrazione di quelle offerte dal primo pilastro (**Capitolo I, Sez. I**) - e *Welfare Benefit Plans* - che, invece, consistono in prestazioni generalmente accessibili durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, come l'assistenza sanitaria (i.e. *Health Care Benefit Plans*) e altre tipologie di benefit (**Capitolo I, Sez. II**).

In generale, gli *Employment-Based Benefit Plans* sono costituiti per libera iniziativa del datore di lavoro, non potendosi rinvenire alcuna previsione normativa che ne imponga l'istituzione, e sono finanziati alternativamente dai datori, dai lavoratori o da entrambi.

Per quanto concerne più specificamente l'universo dei *Pension Benefit Plans*, invece, esso appare incredibilmente variegato, così come differenziati sono i livelli di tutela offerti dalla legge federale che ne regola il funzionamento (ERISA). Secondo la disciplina dettata dall'ERISA e dall'*Internal Revenue Code* (IRC), peraltro, solamente i partecipanti ai *Qualified Pension Benefit Plans* godono del più ampio ventaglio di tutele sancite nel Titolo I ERISA, laddove, invece, né gli iscritti ai *Non-Qualified Benefit Plans* né ai *Welfare Benefit Plans* possono accedervi. Essenziali sono in merito le regole dettate in materia di *Eligibility*, *Vesting*, *Accrual* e *Portability*, volte a fissare degli standard omogenei di accesso, maturazione, acquisizione e trasferibilità dei benefit. Particolarmente interessati risultano, peraltro, le *Non-discrimination rules*, concepite allo scopo di ridurre l'arbitrarietà del datore di lavoro nella fase di selezione della platea dei beneficiari all'interno della popolazione aziendale e le *Anti-cutback rules*, che, invece, tutelano i diritti quesiti dei medesimi partecipanti.

Al Sistema pensionistico statunitense – così descritto - si affianca, poi, quello Sanitario, che si compone dei Programmi federali (pubblici) di *Medicare* e *Medicaid*, nonché dai summenzionati *Health Care Benefit Plans*. Il Sistema Sanitario statunitense è stato, invero, profondamente modificato dall'*Affordable Care Act* del 2010 (meglio noto come *Obama Care*), il cui obiettivo primario era di estendere la copertura sanitaria alla più ampia fascia della popolazione, specialmente attraverso lo stanziamento di fondi federali a sostegno del programma di Medicaid, principalmente volto ad erogare trattamenti assistenziali agli individui considerati «low-income persons». Si conta, infatti, che, con l'*Affordable Care Act*, più di 24 milioni di cittadini statunitensi sono stati ammessi a beneficiare di trattamenti fino ad allora inaccessibili.

A riguardo, non sfuggono, tuttavia, le disparità ancora esistenti nel tessuto sociale statunitense e le contraddizioni rimaste irrisolte anche a seguito di tale intervento di riforma, nonostante l'introduzione di nuove misure, quali, ad esempio, il cd. *individual mandate*.

Diversamente dal Sistema di Sicurezza Sociale statunitense, quello italiano appare meno frammentato e più sistematico, nella misura in cui è la stessa Costituzione (Art. 38) a garantire a «ciascun cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» un trattamento minimo di tipo assistenziale (comma 1) e alla più ristretta categoria dei «lavoratori» una tutela di carattere previdenziale tarata sulle «esigenze di vita» (comma 2), per mezzo degli «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato» (comma 4).

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria siano concordi nell'affermare che la Carta Costituzionale delinei in tal modo due modelli strutturalmente e qualitativamente distinti, in cui Assistenza e Previdenza sono concepite allo scopo di perseguire diverse finalità, non sono mancate voci discordanti, che vedono nella universalizzazione (di aspirazione Beverigiana) delle tutele una possibile soluzione ai problemi di «adeguatezza» denunciati da più parti in ordine ai livelli di tutela correntemente offerti dal Welfare State. Un passo in tal senso, secondo alcuni, sembrerebbe già essersi compiuto con l'istituzione del Sistema Sanitario Nazionale con L. 23 dicembre 1978, n. 833, che ambisce a realizzare una tutela universalistica della salute globalmente intesa. Tuttavia, non possono trascurarsi le lacune che ancora ostacolano la realizzazione del modello di tutela concepito dai padri costituenti, i quali, certamente, non potevano presagire il declino economico cui stiamo assistendo nell'ultimo decennio né le gravi ripercussioni sociali che questo ha portato con sé. Non sfuggono, infatti, le persistenti contraddizioni che caratterizzano il Sistema di Sicurezza Sociale italiano, certamente acuite dalla crisi economica, dalla precarizzazione del mercato del lavoro, dalla flessibilizzazione dei contratti e dai mutamenti demografici. Né, tantomeno, la progressiva riduzione del potere di acquisto della forza lavoro e, quindi, dei consumi delle famiglie italiane, che hanno certamente contribuito al collasso del primo pilastro del sistema previdenziale, rappresentato dalla Previdenza obbligatoria.

Nell'ultimo decennio, tali problematiche hanno, dunque, indotto il legislatore italiano a cercare soluzioni alternative, che si sono spesso tradotte nella ricerca di un maggior sostegno da parte dei soggetti privati nella realizzazione di interessi di carattere prettamente pubblicistico. Ciò è avvenuto principalmente attraverso la valorizzazione del secondo pilastro del sistema previdenziale, rappresentato dalla cd. *previdenza contrattuale*, e dal sostegno al terzo pilastro, costituito dai fondi pensionistici individuali, cui è dedicato il **Capitolo II**.

Quanto, in particolare, alla previdenza contrattuale, che rappresenta il *focus* principale dello studio, non possono che mettersi in luce le enormi potenzialità e le evidenti vulnerabilità che ne hanno finora depotenziato il decollo, anche in ragione del ritardo con cui il legislatore vi si è accostato in un'ottica fortemente incentivante. Nella ricostruzione qui adottata, rientrerebbero in siffatta previdenza sia i fondi di previdenza complementare che i fondi sanitari integrativi, nonché gli enti bilaterali, i cd. ammortizzatori contrattuali e, infine, il welfare aziendale (**Capitolo III**).

Dal punto di vista metodologico, il filo rosso che unisce ciascuno dei paragrafi in cui si articola l'analisi della genesi, delle finalità e dei tratti principali di ciascuno di tali strumenti, è rappresentato dallo sforzo di individuarne le *funzioni* da questi in concreto ricoperte essi all'interno del Sistema di Sicurezza Sociale italiano, nonché, quindi, la loro *collocazione*, mediante un approccio che ambisce ad essere sistematico. A tale scopo, vengono altresì considerati i fattori (endogeni ed esogeni) che hanno spinto il legislatore a spostare progressivamente il baricentro delle tutele previdenziali e assistenziali tradizionalmente erogate dallo Stato verso forme di collaborazione "integrata" tra soggetti pubblici e privati, ove l'apporto dell'autonomia individuale e collettiva diventa essenziale.

In tale prospettiva deve, infatti, interpretarsi l'interesse più recentemente manifestato dal legislatore italiano per il fenomeno del welfare aziendale, che si presenta certamente come uno strumento di sostegno al reddito estremamente duttile, in un momento storico in cui le imprese faticano a garantire l'adeguamento dei salari al costo della vita, preferendo ricorrere a misure alternative, quali la conversione del salario di produttività in beni e servizi così da non gravare sui propri bilanci.

L'intento promozionale di tale forma di welfare è, in particolare, da rinvenirsi nelle Leggi di Stabilità 2016 e 2017, cui va certamente riconosciuto il merito di aver (in parte) riordinato una disciplina estremamente frammentata e disorganica mediante la revisione del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, che rappresenta la fonte di regolazione primaria della materia. Tuttavia, non possono sottacersi talune incongruenze che caratterizzano la disciplina del welfare aziendale (del quale, peraltro, manca ancora una definizione normativa) e che ne rendono difficoltosa sia la "perimetrazione" che la collocazione all'interno dell'articolo 38 della Costituzione.

Su tale profilo e sulla metamorfosi delle funzioni svolte dal contratto collettivo a seguito degli interventi normativi posti in essere dal legislatore dell'ultimo decennio, si sviluppa, infine, il **Capitolo III**, il quale offre altresì una panoramica sulle tendenze da ultimo registrate in sede di contrattazione collettiva ed espone i risultati prodotti dalla inedita sperimentazione di forme di aggregazione tra

imprese italiane di piccole e medie dimensioni allo scopo di erogare prestazioni di welfare aziendale attraverso i ccdd. contratti di rete.

L'impressione è che si stia assistendo ad un lento (e forse irreversibile) mutamento di paradigma, in cui al tramonto del protagonismo dello Stato nella gestione della «cosa pubblica» corrisponde la crescente responsabilizzazione delle imprese, dei lavoratori e delle parti sociali nel raggiungimento di un livello di tutela *adeguato* agli standard fissati dalla Carta Costituzionale, e che la lascia, dunque, presagire - *lato sensu* - una tendenziale convergenza verso il modello americano sopra descritto.

# CAPITOLO I

## IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE STATUNITENSE

### SEZIONE I

#### EMPLOYEE BENEFIT PLANS

##### *1. Introduzione: l'evoluzione normativa degli Employee Benefit Plans*

La genesi della previdenza integrativa statunitense risale al 1875, quando l'American Express Company decise di sponsorizzare il primo pension plan; prima di allora, infatti, non esistevano piani pensionistici sponsorizzati dai privati datori di lavoro in quanto la maggior parte delle aziende era a conduzione familiare<sup>1</sup>. Tuttavia, tali iniziative rimasero sporadiche fino ai primi anni '20 del secolo scorso<sup>2</sup>, dal momento che non esisteva alcuna legge, federale o statale, che riconoscesse i necessari incentivi fiscali ai datori di lavoro interessati ad istituire tali piani. Risale a quel periodo, infatti, l'iniziativa del Congresso di incoraggiare l'istituzione di piani pensionistici ad iniziativa dei datori di lavoro riconoscendo a questi la possibilità di dedurre i contributi versati, esentando i proventi derivanti dai contributi accumulati nei piani e consentendo ai lavoratori di differire il pagamento delle tasse sui loro contributi al momento del pensionamento<sup>3</sup>. Tuttavia, tali benefici fiscali si tradussero, talvolta, in abusi da parte delle società promotrici, le quali traevano vantaggio dall'operare trattamenti contributivi differenziati a favore di dirigenti e lavoratori ad alto reddito. Questo indusse il Congresso a emanare ulteriori *Revenue Acts* (tra il 1938 e il 1942), che attribuirono tali benefici fiscali ai soli *pension* (o *retirement*), *profit-sharing* e *stock bonus plans* amministrati in modo tale da prevenire trattamenti discriminatori in favore di determinate categorie di lavoratori. Tuttavia, l'illusione che un sistema pensionistico basato su tali piani potesse soddisfare le esigenze di una parte consistente della *workforce* dell'epoca venne meno a seguito della Crisi del 1929, quando i problemi generati dalla

---

<sup>1</sup> EBRI, *History of Pension Plans*, 1998 (disponibile su [www.ebri.org](http://www.ebri.org)).

<sup>2</sup> Si conta che tra il 1910 e il 1925 il numero di pension plans crebbe da 100 a 400, fino a coprire circa 4 milioni di lavoratori. Si veda STAFF OF SENATE SUBCOMM. ON LABOR, COMM. ON LABOR AND PUBLIC WELFARE, 92d Congress, 2d Sess., *Interim Report of Activities of the Private Welfare & Pension Study 1971*, p. 7. Inoltre, i piani risalenti a tale periodo erano finanziati esclusivamente dai contributi versati dai lavoratori (i quali servivano altresì a foraggiare le attività del sindacato) e, in vero, coprivano solamente una cerchia ristretta di lavoratori, si veda GORDON M.S., *Overview: Why Was ERISA Enacted? The Employee Retirement Income Security Act of 1974: The First Decade*, An information Paper of the U.S. Senate Special Committee on Aging, 98th Congress, 2d Sess. 3 (Sen. Print 1984).

<sup>3</sup> Cfr. IRC §23(p) nella formulazione del 1939, citato in *Special Project, The Pension Reform Act of 1974: Brave New World of Retirement Security*, 27 U. Fla. L. Rev., 1044, 1051 (1975). In particolare, il Revenue Act del 1926 riconobbe ai lavoratori coperti da un pension plan la possibilità di dedurre i contributi versati in un piano istituito in forma di trust fino al momento della loro distribuzione in forma di benefit.

manca di regole rigorose in materia di finanziamento e amministrazione dei piani medesimi (spesso risultanti nella scoperta finanziaria degli stessi) fecero apparire in tutta chiarezza la necessità di ulteriori e più efficaci iniziative legislative in materia. Questo portò all'emanazione nel 1935 del *Social Security Act* e del *Railroad Retirement Act*, mediante i quali vennero fissati per la prima volta degli standard minimi di tutela dei lavoratori al venire meno della fonte di reddito. Nello stesso anno fu promulgato anche il *National Labor Relations Act* (NLRA) - che fu il primo a regolare la materia sindacale, sia in termini di rapporti tra organizzazioni dei lavoratori e datoriali sia in termini di contrattazione collettiva - allo scopo di ricomprendere nei "termini e nelle condizioni di lavoro" (*terms and condition of employment*) anche i *pension* e i *welfare benefit plans*. In vero, il sistema di relazioni industriali nel periodo del secondo conflitto mondiale fu caratterizzato dalla forte presenza di un War Labor Board, costituito allo scopo di garantire un clima pacifico all'interno dei luoghi di lavoro e di promuovere la diffusione di piani pensionistici (*retirement plans*). Sebbene fino agli anni '40 molti lavoratori non erano ancora coperti da employer-sponsored benefit plans (specialmente nei settori delle costruzioni, manifatturiero, lattiero, dolciario e della piccola distribuzione, costituiti principalmente da imprese di piccole dimensioni), contribuirono alla diffusione di retirement plans, da un lato, il congelamento dei salari - dal quale, invece, tali benefit rimasero esclusi - e, dall'altro, la diffusione delle organizzazioni sindacali tra i lavoratori<sup>4</sup>. Un ulteriore passo in questa direzione venne mosso a seguito della nota sentenza<sup>5</sup> con cui la Corte federale del Settimo Distretto riconobbe per la prima volta la natura di retribuzione al trattamento pensionistico e, di conseguenza, sancì che questa venisse ricompresa tra le materie oggetto di negoziazione obbligatoria da parte della contrattazione collettiva.

Seguirono il *Labor Management Relations Act* del 1947 (LMRA o *Taft-Harley Act*), promulgato primariamente allo scopo di arginare i fenomeni di concussione, corruzione e malamministrazione dei fondi pensione istituiti dal sindacato tramite l'imposizione di speciali vincoli sui patrimoni appartenenti ai benefit plans e di sanzioni penali in caso di violazione degli obblighi riconosciuti in capo ai soggetti fiduciari (*fiduciaries*)<sup>6</sup>; nonché il *Welfare and Pension Plans*

---

<sup>4</sup> Nel 1950, la United Mined Workers of America (UMWA), operante nel settore dell'industria mineraria, concluse un contratto collettivo, noto come *The National Bituminous Coal Wage Agreement*, che dispose che i contributi versati nei UMW plans dai datori di lavoro operanti in tale settore venissero calcolati in base alle tonnellate di carbone estratto.

<sup>5</sup> *Inland Steel Co. v. National Labor Relations Board*, 170 F.2d 247 (7<sup>th</sup> Circ. 1948). La decisione seguì una serie di scioperi indetti dalla United Mined Workers of America e fu seguita da altri scioperi nell'industria dell'acciaio e delle automobili, che favorirono la crescita della partecipazione sindacale nel sistema di gestione degli employer-sponsored retirement plans. Si veda GORDON M.S., *Overview...*, p. 5.

<sup>6</sup> Ai sensi del §302 del Taft-Hartley Act, costituisce reato la condotta posta in essere dal datore di lavoro o dai suoi preposti che consista nell'attribuire ai suoi dipendenti, ad una qualsiasi organizzazione di lavoratori o ai suoi funzionari o ai rappresentanti dei lavoratori qualsiasi somma di denaro o «thing of value». Sono, tuttavia, esclusi da tale principio gli employee benefit plans che soddisfano i requisiti elencati al §302(c)(5), tra cui quello che dispone che il

*Disclosure Act* (WPPDA) del 1958, che impose obblighi informativi nei confronti dei soggetti partecipanti agli employee benefit plans e ai beneficiari di questi ultimi in merito ai termini che regolavano il piano medesimo e alle operazioni finanziarie compiute tramite essi dai suoi amministratori, nonché taluni obblighi di rendicontazione nei confronti del Dipartimento del Lavoro (DOL – U.S. Department of Labor)<sup>7</sup>.

All'inizio degli anni '60 più di 21 milioni di lavoratori erano coperti ad un pension plan<sup>8</sup>; tuttavia, la chiusura dello stabilimento della Studebaker Company nel 1963<sup>9</sup> e la conseguente perdita dei benefit maturati tramite i pension plans sponsorizzati dalla compagnia, subita da più di 7.500 dipendenti, fece maturare la convinzione che l'esistente legislazione in materia di employee benefits plans non garantisse le adeguate tutele ai relativi partecipanti e beneficiari e che, quindi, fosse necessaria una riforma strutturale del sistema pensionistico.

Nonostante la forte opposizione dell'amministrazione Nixon e delle organizzazioni datoriali, tuttavia - anche grazie ai risultati degli studi condotti dall'*Executive Committee* sul funzionamento dei fondi pensionistici e “sulle altre forme [private] di retirement and welfare programs”<sup>10</sup>, nominato dal presidente Kennedy nel 1963, e all'iniziativa di alcuni membri del Senato (primo tra tutti il Senatore Jacob Javits, leader del *Pension Reform Movement*), nel 1973 venne presentato alla Camera e al Senato il progetto di legge a firma dei Senatori Williams e Javits, nonché del membro del Congresso Dent, che pose le basi per l'emanazione dell'ERISA nell'anno seguente.

---

piano debba essere amministrato da un consiglio di amministrazione in cui i rappresentanti dei datori di lavoro equivalgano in numero ai rappresentanti dei lavoratori.

<sup>7</sup> Le modifiche apportate al WPPDA nel 1962 riconobbero alcuni limitati poteri investigativi ed esecutivi al DOL e introdussero la responsabilità solidale degli amministratori dei piani.

<sup>8</sup> STAFF OF SENATE SUBCOMM. ON LABOR, COMM. ON LABOR AND PUBLIC WELFARE, 92d Congress, 2d Sess., *Interim Report of Activities of the Private Welfare & Pension Study 1971*, p. 10.

<sup>9</sup> Più di 10.500 lavoratori dello stabilimento della Studebaker Company, sito nella città di South Bend nel nord dell'Indiana erano coperti da un pension plan negoziato dalla United Automobile Workers Union (UAW), che, al momento della chiusura dello stabilimento, nel 1963, concertò con la Studbacker un piano per la sua cessazione, in ragione del quale solamente 3.600 dipendenti ottennero l'intero importo dei benefit maturati tramite il piano, mentre i restanti 7.500 lavoratori ricevettero solo una parte, se non alcuna, dei trattamenti spettantegli a causa dell'inadeguatezza del sistema di finanziamento del piano medesimo. Il caso Studebaker divenne ben presto il simbolo della “insecurity of pension plan benefits” e fece rafforzare il sentimento comune della necessità di una riforma del sistema pensionistico.

<sup>10</sup> L'Executive Committee ebbe modo di appurare che non esistevano alcune regole effettive che governassero la materia dei welfare e pension plans, che le previsioni in materia di acquisizione dei benefit maturati attraverso il piano fossero estremamente restrittive, che la mancanza di principi generali fissati a livello di legislazione federale in materia di finanziamento di tali piani contentisse agli amministratori di questi ultimi di cessarli prematuramente pur in assenza di qualsivoglia assicurazione che tutelasse i benefit già maturati dai partecipanti, e che l'impossibilità di trasferire i crediti pensionistici già acquisiti fosse deleteria per l'economia in generale, in quanto immobilizzava la forza lavoro (si veda S. Rep. No. 93-127 (1993), reprinted in *Legislative History of the Employee Retirement Income Security Act of 1974*, 593 (1976). Sicchè il Comitato suggerì che venissero imposti *mandatory minimum vesting and funding standards*; che venisse introdotto un sistema di portabilità volontaria; che venisse apprestata un'assicurazione in caso di cessazione del piano; e che venissero imposti dei limiti in ordine agli investimenti effettuabili sui titoli azionari del datore di lavoro.

## 2. La promulgazione dell'*Employment Retirement Income Security Act (ERISA)*

Nelle intenzioni del *Committee on Education and Labor*, cui venne affidato il compito di rivedere il *Welfare and Pension Plan Disclosure Act*<sup>11</sup> del 1958, fu chiaro sin dal principio che l'*Employment Retirement Security Act* del 1974 fu emanato allo scopo primario di tutelare i diritti dei lavoratori partecipanti agli *employee benefit plans* sponsorizzati dai propri datori di lavoro mediante la previsione di regole stringenti in materia di ammissibilità, maturazione, acquisizione e distribuzione dei relativi benefit, nonché di finanziamento dei piani, di obblighi informativi, di rendicontazione e di responsabilità dei soggetti incaricati di amministrarli<sup>12</sup> attraverso la predisposizione di regole operanti a livello federale in un'ottica di armonizzazione e omogenizzazione delle normative statali. Si deve, inoltre, all'ERISA la creazione del *Pension Benefit Guaranty Corporation (PBGC)*, Agenzia Indipendente del Dipartimento del Lavoro costituita nella forma di una *pension insurance company* allo scopo di garantire la tempestiva e ininterrotta corresponsione dei pension benefits maturati dai lavoratori attraverso *defined benefit pension plans*, anche in caso di insolvenza da parte del datore di lavoro. Inizialmente il PBGC fu finanziato dai premi versati dai piani coperti da tale forma di assicurazione, nonché dai capitali accumulati nei piani cessati e dalle somme versate da quei datori di lavoro che non avessero opportunamente finanziato taluni piani successivamente cessati di esistere<sup>13</sup>. Tuttavia, la scelta di assicurare tramite il PBGC anche piani istituiti in epoca precedente alla costituzione di tale Agenzia creò problemi di tenuta del sistema, che indussero il legislatore ad emanare, nel 1980 il *Multiemployer Pension Plan Amendments Act (MPPAA)*<sup>14</sup> e, sei anni dopo, il *Single Employer Pension Plan Amendments Act (SEPPAA)*<sup>15</sup>.

Peraltro, secondo quanto stabilito in un primo momento dall'ERISA, il PBGC avrebbe dovuto coprire sin da subito i cc.dd. *single-employer defined benefit pension plans*<sup>16</sup> (ovverosia quei piani pensionistici a trattamento definito sponsorizzati da un singolo datore di lavoro) e solo dal 1° gennaio 1978 anche i cc.dd. *multiemployer plans*. In vero, però, tale data venne in seguito posticipata al 1° maggio 1980, a causa delle preoccupazioni manifestate dal PBGC al Congresso in ordine a presunti effetti indesiderati che l'implementazione di tale assicurazione (*termination insurance program*) avrebbe potuto causare con riferimento a tale tipologia di piani, tenuto conto della fallimentare

---

<sup>11</sup> Pub. L. No. 85-836, Stat. 72 (1958).

<sup>12</sup> ERISA §2.

<sup>13</sup> 29 U.S.C. §4007 (1974), successivamente modificato da 29 U.S.C. §1307.

<sup>14</sup> Act 94 Pub. L. No. 96-364, Stat. 1210 (1980). Per una lettura sulla genesi dei *multiemployer plans* e delle modifiche apportate dal MPPAA ai *group pension plans* si veda ETNA D.A., *MPPAA Withdrawal Liability Assessment: Letting the Fox Guard the Henhouse*, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 14, No. 1, 1985, p. 211 e ss.

<sup>15</sup> Act 100 Pub. L. No. 99-272 Stat. 237 (1986).

<sup>16</sup> 29 U.S.C. §4062 (1974), successivamente modificato da 29 U.S.C. §1362.



esperienza registrata con i single-employer plans, che, prima dell'emanazione del SEPPA, potevano essere liberamente cessati dai datori di lavoro, essendo, peraltro, garantiti dal PBGC (senza considerare che, in tal modo, sarebbe incrementato notevolmente il valore dei premi assicurativi e delle *insurance obligations* della stessa PBGC). Le modifiche introdotte dal MPPAA e dal SEPPAA consentirono, dunque, al Ministero del Tesoro di richiedere al datore di lavoro talune garanzie patrimoniali a condizione della concessione di deroghe rispetto agli standard minimi di finanziamento dei piani fissati dalla legge e di riconoscere ai pension plans lo status di «creditori privilegiati» del datore medesimo, in tal modo scongiurando la reiterazione delle ingenti perdite registrate prima dell'entrata in vigore del SEPPAA (pari a circa \$93 milioni)<sup>17</sup>.

### 3. Dopo la promulgazione dell'ERISA

La seguente stagione legislativa fu caratterizzata dall'intento di liberalizzare e flessibilizzare la disciplina dettata dall'ERISA in un'ottica di ampliamento delle tutele riconosciute ai partecipanti agli employee benefits plans: ad esempio, con l'*Economy Recovery Tax Act* del 1981 (ERTA)<sup>18</sup> venne riconosciuta ai lavoratori la possibilità di versare contributi esentasse in determinate tipologie di conti deposito individuali (denominati IRAs), a prescindere dalla contestuale partecipazione a piani sponsorizzati dal rispettivo datore di lavoro<sup>19</sup>. Al 1984 risale il *Retirement Equity Act*<sup>20</sup>, attraverso cui fu riconosciuto ai lavoratori che cessassero di lavorare alle dipendenze del precedente datore di lavoro per un periodo, ma che poi vi facessero ritorno in un secondo momento, il diritto a non perdere i crediti pensionistici maturati in virtù del rapporto lavorativo inizialmente svolto, a condizione che il periodo di interruzione del rapporto non superasse i 5 anni consecutivi<sup>21</sup>; parimenti, venne sancito il diritto delle donne ad assentarsi dal lavoro «because of pregnancy, birth, adoption, or the care of the child immediately after birth or adoption placement» per un certo numero di ore, comunque considerate «lavorate» ai fini dei crediti pensionistici. Seguirono il *Considated Omnibus Budget Reconciliation Act (COBRA)*<sup>22</sup>, che ha imposto la continuazione - per un periodo compreso tra i 18 e i 36 mesi - della copertura assicurativa offerta dai *group health insurance plans* sponsorizzati dal datore di lavoro al verificarsi di determinati eventi (che pendono il nome di «qualifying events»), che

---

<sup>17</sup> SCHNEIDER P.J-PINHEIRO B.M., *ERISA: A Comprehensive Guide*, IV Ed., Wolters Kluwer, 2016, pp. 1-12.

<sup>18</sup> Pub. L. No. 97-34, 95 Stat. 172 (1981).

<sup>19</sup> ERTA §311.

<sup>20</sup> Pub. L. No. 98-397, 98 Stat. 1426 (1984).

<sup>21</sup> REA §102(c).

<sup>22</sup> Pub. L. No. 99-272, 100 Stat. 82 (1986).

altrimenti comporterebbero la cessazione della copertura<sup>2324</sup>; e l'*Omnibus Budget Reconciliation Act* (OBRA)<sup>25</sup>, che ha introdotto l'obbligo per i datori di lavoro di garantire l'accumulo dei benefit a quei lavoratori che decidano di continuare a prestare il proprio lavoro pur avendo raggiunto l'età pensionabile<sup>26</sup>. L'*Uniformed Services Employment and Reemployment Act* (USERRA)<sup>27</sup> sottoscritto dal Presidente Clinton dopo la Guerra del Golfo, ha ampliato il novero degli *health benefits* che il datore di lavoro deve garantire ai dipendenti impegnati a svolgere il servizio militare e imposto ai datori di lavoro i cui dipendenti siano impegnati in missioni militari ulteriori obblighi di finanziamento per determinate tipologie di piano (i.e. defined contribution benefit plans). Lo *Small Business Job Protection Act* del 1996 (SBJPA)<sup>28</sup> ha invece introdotto una nuova tipologia di piani, cc.dd. SIMPLE plans, concepita per le piccole aziende e semplificata rispetto ai normali pension plans<sup>29</sup>. Nello stesso anno furono emanati alcuni provvedimenti in materia di tutela della salute dei lavoratori, quali l'*Health Insurance Portability and Accountability Act* del 1996 (HIPAA)<sup>30</sup>, che ha riconosciuto ai lavoratori con polizze sanitarie con franchigie più alte (*high-deductible health insurance coverage*) la possibilità di effettuare spese mediche non previste dalla propria assicurazione attraverso un trattamento fiscale agevolato; nonché il *Newborn's and Mothers' Health Protection Act* (NMHPA), che ha introdotto un numero minimo di giorni di ricovero ospedaliero per le madri e i neonati, ed, infine, il *Mental Health Parity Act* (MHPA), che ha, invece, imposto standard di tutela uniformi per tutti i lavoratori affetti da disturbi mentali.

Nel 2001, a seguito della bancarotta della Enron Corporation<sup>31</sup>, che costò migliaia di posti di lavoro e larga parte dei risparmi investiti dai dipendenti nelle *stock options* della società, il Congresso dovette affrontare il diffuso problema delle ingenti perdite che la concentrazione degli investimenti dei lavoratori nei titoli azionari del proprio datore di lavoro potesse comportare in caso di bancarotta. L'anno seguente allo scandalo della Enron, venne, dunque, promulgato il *Sarbanes-Oxley Act* (SOX)

---

<sup>23</sup> COBRA §1001.

<sup>24</sup> A tali aspetti è dedicato il paragrafo 2.2., sez. II, cap. I.

<sup>25</sup> Pub. L. No. 99-509, 100 Stat. 1874 (1986).

<sup>26</sup> OBRA §9202.

<sup>27</sup> Pub. L. No. 103-353, 108 Stat. 3149 (1994).

<sup>28</sup> Pub. L. No. 104-188, 110 Stat. 1755 (1996).

<sup>29</sup> Per approfondire tale tipologia di piani, si rinvia al paragrafo 13.3, sez. II, cap. I.

<sup>30</sup> Pub. L. No. 104-191, 110 Stat. 1936 (1996).

<sup>31</sup> La Enron Corporation, una delle più grandi compagnie energetiche degli Stati Uniti, era una società di capitali quotata in borsa che aveva istituito un 401(k) plan per i suoi dipendenti, ai quali era tuttavia stato richiesto di conservare le proprie *matching contributions* nella forma di *stock options* aziendali fino al compimento dei 50 anni (momento a partire dal quale essi avrebbero potuto diversificarli in altri investimenti). Quando le azioni della Enron cominciarono a perdere significativamente di valore, la compagnia invitò i dipendenti a diversificare i propri investimenti, fornendo loro un ventaglio di *mutual funds* verso cui indirizzare i loro contributi. Tuttavia, una larga parte di essi decise di mantenere i propri investimenti presso le *stock options* della compagnia; sicchè, a seguito del periodo di cd. blackout imposto dalla società – in cui vennero congelati gli acquisti e le vendite delle azioni per circa due settimane, mentre avveniva un cambio di amministrazione del 401(k) plan – migliaia di lavoratori si ritrovarono senza lavoro e senza risparmi. Si veda REECE S., *Enron: The Final Straw & How to Build Pensions of Brick*, 41 DUQ L. Rev., 2002, p. 70.

del 2002, grazie al quale venne imposto agli amministratori di una qualsiasi tipologia di piano di comunicare ai partecipanti per iscritto, con almeno 30 giorni di anticipo, l'eventuale intenzione di imporre un periodo di *blackout* di almeno tre giorni lavorativi, durante i quali non è consentito effettuare delle modifiche in termini di investimento e la possibilità di ottenere distribuzioni o prestiti è limitata o del tutto sospesa.

Sono seguiti il *Medicare, Prescription Drug, Improvement and Modernization Act* del 2003<sup>32</sup>, che ha riconosciuto la possibilità di istituire i ccdd. *health savings account* (HSA), ovvero sia *tax-exempt trusts* o *custodial account* in cui entrambi i datori di lavoro e i lavoratori possono versare contributi per sostenere future spese mediche nell'interesse del titolare del conto o dei suoi familiari<sup>33</sup>; ed il *Deficit Reduction Act* del 2005, che ha imposto ai datori di lavoro di versare un contributo pari a \$1,250 per ciascun partecipante ad un piano di tipo single-employer in caso di cessazione del medesimo per bancarotta.

Risale, invece, al 2006 la riforma pensionistica più significativa dall'entrata in vigore dell'ERISA. Numerose sono, infatti, le novità introdotte dal *Pension Protection Act* (PPA), che hanno inciso sensibilmente sulla disciplina dei ccdd. *defined benefit plans* e *defined contribution plans*<sup>34</sup>. Quanto ai primi, in particolare, il PPA ha introdotto nuovi standard minimi di finanziamento, ha imposto *accelerated contribution requirements* per quelli considerati «a rischio» (*at risk*, ovvero sia con più di 500 partecipanti) e specifici obblighi di informazione (*disclosure requirements*) nei confronti dei partecipanti, dei beneficiari, del Dipartimento del Lavoro e del PBCG. Quanto ai secondi, invece, ha introdotto la possibilità per il datore di lavoro di optare per il cd. automatic enrollment dei propri dipendenti al piano dallo stesso sponsorizzato (salva espressa volontà di non aderirvi), ai quali, tuttavia, devono essere altresì offerte almeno tre alternative opzioni di investimento con determinate caratteristiche di rischio e rendimento.

Più di recente, è stato emanato il *Preservation of Access to Care for Medicare Beneficiaries and Pension Relief Act* (2010), che ha inteso garantire un supporto economico ai defined benefit pension plans, sia quando lo sponsor sia un single-employer sia quando sia un multiemployer. In particolare, con riferimento alla prima categoria di employer, è stato introdotto il beneficio di ammortizzazione delle perdite registrate dal piano (cd. *principle of shortfall amortization base: assets*

---

<sup>32</sup> Pub. L. No. 108-173, 117 Stat. 2066.

<sup>33</sup> Si tenga, inoltre, presente che la legge ha altresì reso trasferibili tali contributi e stabilito che i proventi derivanti dagli investimenti effettuati in HSAs non siano tassabili (al pari dei prelievi effettuati per talune "qualified" spese mediche). Tali tipologie di conti, tuttavia, sono generalmente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina contenuta nell'ERISA.

<sup>34</sup> A tale tipologia di piani sono dedicati i paragrafi 13.2.12. e seguenti, sez. I, cap. 1, che ne illustrano le differenze e la disciplina.

- *liabilities*) su un periodo di tempo fino a 15 anni; con riferimento alla seconda categoria, invece, è stata rifeonosciuta la possibilità di ammortizzare le perdite in un periodo di tempo non superiore ai 30 anni. In entrambi casi, tuttavia, il datore è obbligato ad informare i partecipanti e i relativi beneficiari, nonché il PBGC, della scelta di ricorrere a tali misure.

Nello stesso anno è entrato in vigore il cd. *Affordable Care Act*<sup>35</sup>, tramite cui sono state attuate una serie di riforme, che ha inciso profondamente sul sistema sanitario statunitense. In particolare, la legge è intervenuta sui programmi di Medicare e il Medicaid, sul mercato delle polizze sanitarie sottoscritte direttamente dai singoli individui con le compagnie assicurative e sui piani sanitari sponsorizzati dai privati datori di lavoro<sup>36</sup>.

In vero, i più recenti interventi legislativi in materia di Employee Benefits non hanno inciso significativamente sul quadro normativo generale, trattandosi, per lo più, di previsioni volte a detassare talune tipologie di distribuzioni - è il caso dell'*American Taxpayer Relief* del 2013, che ha escluso da tassazione i versamenti del valore non superiore ai \$100,000 effettuati da un individuo con età superiore ai 70½ ad un'associazione di beneficenza - o ad estendere previsioni già esistenti - come nel caso del *Multiemployer Pension Reform Act* del 2014, che ha modificato e reso permanente le norme contenute nel §432 dell'Internal Revenue Code (in seguito anche IRC o Code o U.S.C. 26) in materia di multiemployer plans in «critical status».

Sono, tuttavia, attese significative riforme del sistema sanitario a seguito dell'insediamento del nuovo Presidente Trump, il quale aveva manifestato sin dal principio della sua campagna elettorale una profonda insoddisfazione rispetto alle politiche introdotte nel 2010 dalla precedente amministrazione Obama con l'*Affordable Care Act*<sup>37</sup>. Tuttavia, i più recenti avvenimenti registrati con riferimento al Ddl presentato al Congresso e successivamente ritirato per mancanza di voti<sup>38</sup>, hanno messo in luce le difficoltà che l'abrogazione della disciplina attualmente in vigore può comportare e la necessità di un ampio consenso per il raggiungimento di tale scopo; sicché sembra lecito ritenere che, almeno per il momento, ulteriori iniziative legislative in tal senso siano sospese.

---

<sup>35</sup> L'*Affordable Care Act* comprende la Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119 (2010) (ACA) e la Pub. L. No. 111-152, 124 Stat. 1029 (Health Care and Education Act - HRCA).

<sup>36</sup> A tali aspetti è dedicato la sezione II, cap. I, cui si rimanda.

<sup>37</sup> Cui è dedicato il paragrafo 2.2.2., sez. II, cap. 1.

<sup>38</sup> La bozza del Bill presentato dal Governo Trump è disponibile sul: <http://www.cnn.com/2017/03/06/politics/house-republicans-obamacare-repeal-replace-text/>.

#### 4. *Who is an employer?*<sup>39</sup>

In materia di employee benefit plans, la forma giuridica assunta dall'impresa per svolgere la propria attività commerciale incide profondamente sulle scelte che il datore di lavoro può operare in materia di benefit da fornire ai propri dipendenti, nonché sul regime fiscale applicabile in relazione ai medesimi. I «for-profit employers», infatti, possono scegliere liberamente il tipo di piano che più si adatta alle proprie esigenze e sono soggetti alla disciplina dettata dall'ERISA. I piani sponsorizzati da questa tipologia di datori prendono il nome di *Qualified Benefit Plans*, in quanto soddisfano i requisiti stabiliti al §401(a) dell'Internal Revenue Code e sono soggetti ad un trattamento fiscale più vantaggioso sia per il datore che per i lavoratori, come meglio illustrato più avanti.

In vero, anche i piani pensionistici che non rispondono ai requisiti dettati dal §401(a) IRC, ma ad altri stabiliti dall'IRC presentano vantaggi fiscali per i lavoratori, ma li escludono per i datori. Le regole dettate in materia di employee benefit plan dall'ERISA e dal Code of Federal Regulation (in seguito, CFR), tuttavia, differiscono a seconda che il datore di lavoro sia un single-employer ovvero rientri nella categoria dei «*separate businesses with some commonality for employee benefit purposes*» (quali sono, ad esempio, i *multiemployers* o *multiple-employer groups*, su cui si veda *infra*). Diversamente, i piani sponsorizzati da altre tipologie di datori, quali i Governmental employer, Church employer, Non-profit or Charitable Organization e Educational Institution) non sono soggetti alla disciplina contenuta nel Titolo I ERISA, come chiarito in seguito.

#### 5. *Single-employers*

Ai sensi del §3(41) per single-employer plan si intende «qualsiasi piano di welfare (*employee benefit plan*) diverso da un multiemployer plan», di guisa che qualunque datore di lavoro che decida di sponsorizzare tale tipologia di piano è da considerarsi un «single employer»<sup>40</sup>.

In vero, un single-employer plan è un piano sponsorizzato da un unico datore di lavoro nell'interesse dei propri dipendenti, mentre un multi-employer plan coinvolge necessariamente due o più datori di lavoro, pur essendo istituito al medesimo scopo.

---

<sup>39</sup> *Employee Benefit Plans and Issues of Small Employers*, 353-4th, BNA Portfolios, 2014; *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, 399-3rd, BNA Portfolios, 2016.

<sup>40</sup> ERISA §3(41), secondo cui «The term “single-employer plan” means an employee benefit plan other than a multiemployer plan. (41) The term “single-employer plan” means a plan which is not a multiemployer plan».

Ai sensi del § 3(9) ERISA, per “persona” (*person*) si intende qualsiasi individuo, impresa collettiva, impresa comune, società, società di tipo mutualistico, società per azioni, trust, agenzia immobiliare, entità non costituita in forma di società (*unincorporated business*), associazione e organizzazione dei lavoratori<sup>41</sup>. Per “datore di lavoro” (*employer*) si intende qualsiasi persona che agisce direttamente in qualità di datore di lavoro o indirettamente nell’interesse di quest’ultimo rispetto ad un determinato employee benefit plan. Rientrano in quest’ultima categoria anche i gruppi e le associazioni datoriali che agiscono per conto del datore di lavoro<sup>42</sup>. È bene specificare, inoltre, che l’ERISA è stata promulgata allo scopo di regolare i piani sponsorizzati solamente da quei datori di lavoro che operano a livello interstatale (*interstate commerce*)<sup>43</sup>.

Ai sensi dell’IRC, e con specifico riferimento alla categoria dei qualified retirement plans, per single employer si intende qualsiasi attività o business (organizzato o meno in forma di società) che soggiace ad un medesimo centro di comando (*under common control*)<sup>44</sup>. Le norme in materia di controllo consentono altresì di individuare il trattamento fiscale cui è soggetto il datore di lavoro che rientri nella categoria del single-employer, nonché i relativi limiti di deducibilità. Sicchè, ai fini dell’applicabilità della normativa relativa agli employee benefit plan, qualsiasi «separate legal business», per quanto «under common control», è da considerarsi single employer.

All’interno della categoria dei single employers rientrano i lavoratori autonomi (*Self-Employed individuals*), le società semplici (*Sole Proprietorships*)<sup>45</sup>; le società di persone

---

<sup>41</sup> Ai sensi del § 3(9) ERISA, infatti, «The term “person” means an individual, partnership, joint venture, corporation, mutual company, joint-stock company, trust, estate, unincorporated organization, association, or employee organization».

<sup>42</sup> Ai sensi del §3(5) ERISA, «The term “employer” means any person acting directly as an employer, or indirectly in the interest of an employer, in relation to an employee benefit plan; and includes a group or association of employers acting for an employer in such capacity».

<sup>43</sup> Vedi ERISA §§2 e 3.

<sup>44</sup> Vedi §414 IRS

<sup>45</sup> La maggior parte delle piccole imprese negli Stati Uniti (*small businesses*) è costituita in forma di società semplice (*Employee Benefit Plans and Issues of Small Employers*, 353-4th, BNA Portfolios, 2014, A-14), il cui titolare è proprietario di tutti i beni della società, nonché unico beneficiario dei profitti generati da questa. Il Sole Proprietor è illimitatamente responsabile per ogni obbligazione assunta in qualità di titolare della società, con il quale si identifica dal punto di vista giuridico. Sia i lavoratori autonomi sia gli imprenditori individuali titolari di società semplici possono sponsorizzare employee benefit plans e beneficiare dei vantaggi fiscali stabiliti dall’IRC. Si tenga, inoltre, presente che, con riferimento ai plan sponsors delle società non costituite sotto forma di società per azioni (*unincorporated organization*), trova applicazione una diversa nozione di employer. Si veda in proposito 29 U.S.C. §401(c)(4), secondo cui è «an individual who owns the entire interest in an unincorporated trade or business shall be treated as his own employer. A partnership shall be treated as the employer of each partner who is an employee within the meaning of paragraph (1)».

(Partnerships)<sup>46</sup>; le *C Corporations*<sup>47</sup> e le *S Corporations*<sup>48</sup>; le LLPs (*Limited Liability Partnership*, affini alle nostre società in accomandita semplice) e le LLCs (*Limited Liability Companies*, affini alle nostre società a responsabilità limitata)<sup>49</sup>.

## 6. *Separate Businesses with Some Commonality for Employee Benefit Purposes*

Rientrano in questa categoria i *Members of a Controlled Group*, i *Members of an Affiliated Service Group*, ma anche i *Multiemployers to a Collectively Bargained Agreement* e i cdd. *Multiple Employer Groups*.

### 6.1. *Members of a Controlled Group*

Con specifico riferimento ai qualified retirement plans<sup>50</sup>, tutti i dipendenti delle società che fanno parte di un gruppo di imprese ai sensi del §414(b), nonché tutti i dipendenti di imprese commerciali e businesses (istituiti sia nella forma delle corporated organizations che in quella delle unicorporated) soggette ad un unico centro di controllo (*common control*) sono considerati dipendenti

---

<sup>46</sup> Nelle società di persone, uno o più individui sono titolari della medesima attività e, al pari delle proprietorships, si identificano con quest'ultima dal punto di vista giuridico. Anche le partnerships possono sponsorizzare employee benefit plans nell'interesse dei propri dipendenti; tuttavia, al fine di stabilire se tali piani possano rientrare nella categoria dei qualified plans e, quindi, godere dei benefici fiscali riservati dall'ERISA a tale tipologia di piani, è necessario individuare la natura dei pagamenti ricevuti dal lavoratore da parte della partnership al momento della cessazione del rapporto (si veda in merito *Kellough v. Commissioner., T.C. Memo 1995-282, 19 EBC 1880*).

<sup>47</sup> Le C Corporations sono società «chartered by the state in which its headquartered is considered by law to be unique entity, separate and apart from those who own it». Infatti, dal punto di vista fiscale, le C Corporations sono tassate separatamente dai loro titolari. La vita di questa tipologia di imprese è indipendente da quella dei suoi titolari, sicché non cessa quando avviene un cambio di proprietà della società medesima. Per quanto concerne i piani welfaristici, non esistono regole né limitazioni speciali, fatta eccezione per le cosiddette professional corporation, i cui qualified defined benefit retirement plan non sono coperti dalla PBGC (Pension Benefit Guarantee Corporation).

<sup>48</sup> Le S Corporations differiscono dalle C Corporations in quanto consentono allo shareholder di trattare i guadagni e i profitti come distributions e, in quanto tali, di farle rientrare direttamente nel proprio patrimonio ai fini fiscali. Con riferimento a questa tipologia di società trovano applicazione alcune regole e limiti speciali in materia di Employee Stock Ownership Plans e di health and welfare benefits.

<sup>49</sup> Questa tipologia di società, ammessa in quasi tutti gli stati degli U.S. in tempi relativamente recenti, è considerata una struttura di business “ibrida” in quanto presenta i caratteri di una società a responsabilità limitata e la flessibilità operativa propria di una partnership, nonostante la modalità di costituzione sia più complessa. I titolari della LLCs sono considerati suoi members e, solitamente, ne stabiliscono anche la durata (tuttavia, la società può rimanere in vita anche dopo il termine inizialmente stabilito se i suoi membri votano a favore della sua prosecuzione «at the time of expiration»). Caratteristiche fondamentali di questo tipo di società sono: responsabilità limitata al proprio patrimonio, «continuity of life», concentrazione del management e libera trasferibilità degli «ownership interests». Alcuni stati consentono altresì la creazione delle LLPs; mentre non esistono regole speciali in materia di employee benefit plans.

<sup>50</sup> Si vedano in proposito IRC §§ 401, 408 (k), 408 (p), 410, 411, 415 e 416.

di un unico datore di lavoro. Tale “aggregazione” è richiesta sia nel caso in cui il common control sia stato istituito volontariamente dalle parti mediante un *affirmative corporate transaction* (i.e. *intentional*) sia che sia “*unintentional*”, ovvero frutto dell’alienazione di quote della società. Ai sensi del CFR, si è in presenza di una controlled group sia allorquando un gruppo di corporations, trades o businesses sia posseduto almeno all’80% da una «common parent» (è il caso della cd. *parent-subsidiary group*<sup>51</sup>) sia quando un numero pari o inferiore a cinque persone detenga almeno l’80% di ciascun trade o business (cd. *brother-sister group*<sup>52</sup>)<sup>53</sup>.

## 6.2. Members of an Affiliated Service Group

Diversamente dalle regole di aggregazione delle controlled groups basate essenzialmente sul requisito della common ownership, le ccdd. Affiliated Service Groups si servono di “*functional tests*” volti a verificare il tipo di relazioni sussistenti tra le diverse entità che fanno parte del gruppo. Questa tipologia di gruppo è costituita da una FO (*First Organization*) e da qualsiasi altra *service organization* che rivesta il ruolo di shareholder o partner della FO ovvero che fornisca regolarmente servizi a quest’ultima, cui si aggiunge qualsiasi altra organizzazione che fornisca una porzione significativa di servizi alla FO e che sia posseduta almeno per il 10% da HCEs (*Highly compensated employees*)<sup>54</sup> della FO medesima<sup>55</sup>. Ai sensi dell’IRC, inoltre, si è in presenza di una affiliated service group anche nella diversa ipotesi in cui un’organizzazione operi primariamente come fornitrice di servizi di management per un’altra organizzazione<sup>56</sup>. Al pari delle controlled group, tutti i dipendenti di ciascuna impresa facente parte di un affiliated service group sono considerati alle dipendenze di un unico datore di lavoro<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> Vedi Regs. § 1.414 (c)-2(b)(2) e 1.414(c)-2(e) esempi nn. 1-6.

<sup>52</sup> Vedi Regs. § 1.414 (c)-2(c) e 1.414(c)-2(e) esempi nn. 1-6.

<sup>53</sup> Per una più dettagliata ricostruzione in merito alla modalità di calcolo e di attribuzione delle quote appartenenti a ciascun individuo ai fini della classificazione in oggetto si vedano Regs. §§ 1.414(c)-4(b)(2)(i), (b)(3), (4), (5) e (6).

<sup>54</sup> Ai sensi dell’IRS §414(q)(1) è considerato un HCE sia il lavoratore – ovvero il suo coniuge, i suoi figli, i suoi nipoti o i suoi genitori - che sia titolare o sia stato titolare nell’anno precedente di una quota di azioni dell’azienda presso cui lavora pari ad almeno il 5% del totale («was a 5-percent owner at any time during the year or the preceding year») sia il lavoratore che abbia percepito nell’anno precedente una retribuzione annuale superiore agli \$80,000 (indicizzati ogni anno in base al tasso di inflazione e fissati a \$120,000 per il 2017). Chi non soddisfa tali criteri è, invece, considerato un nonhighly compensated employee (NHCE).

<sup>55</sup> IRC § 414 (m)(2).

<sup>56</sup> IRC § 414 (m)(5).

<sup>57</sup> IRC § 414 (m)(1).



### 6.3. *Multiemployers to a Collectively Bargained Agreement*

In termini generali, un multiemployer plan è definito dalla legge come un piano che richiede la partecipazione di più datori di lavoro e che è regolato da uno o più contratti collettivi stipulati tra uno o più organizzazioni di lavoratori e uno o più organizzazioni di datori di lavoro e che soddisfa i requisiti dettati dal Ministro del Lavoro ai sensi dell'IRC§414(f) e dell'ERISA §3(37). In vero, i qualified retirement plans sponsorizzati da multiemployer groups sono regolati da regole speciali, che differiscono da quelle dettate per i single employer plans<sup>58</sup> e di cui, tuttavia, si è preferito non dare conto nel presente elaborato, intendendosi rimandare ad ulteriori e future ricerche l'approfondimento di questa particolare tipologia di piano.

### 6.4. *Multiple Employer Groups*

Un multiple employer groups retirement plan è un piano gestito da uno o più datori di lavoro che differisce da un multiemployer plan per l'assenza di un contratto collettivo. Inoltre, diversamente da un multiemployer plan - che soggiace a regole speciali -, i multiple employer plans sono considerati dall'IRC alla stregua dei single employer plans e, pertanto, sono soggetti alle norme dettate per questi ultimi. Inoltre, come chiarito in premessa, l'ERISA considera datore di lavoro anche un gruppo o un'associazione di datori che agiscano in tale qualità<sup>59</sup>; ne deriva che l'ERISA riconosce la possibilità che un single plan sia costituito per opera di una *bona fide group*<sup>60</sup> o di un'associazione di datori, ogniquale volta questi agiscano nell'interesse del datore di lavoro iscritto al gruppo o alla associazione medesima e forniscano benefits ai dipendenti di quest'ultimo. Tuttavia, allo scopo di prevenire abusi, il DOL ha stabilito che, ai fini della configurabilità di un gruppo o di un'associazione

---

<sup>58</sup> Si vedano ERISA §§ 304-305, 703, 4022a, 4041a, il Titolo IV Sub. E, §§ 4231 2 4232.

<sup>59</sup> Vedi nota 42, paragrafo 5, della presente sezione.

<sup>60</sup> Il concetto di bona fide evocato in relazione ai multiemployer groups è da interpretarsi nel senso di "genuino", ovvero, come chiarito dal Dipartimento del Lavoro «[...] where several unrelated employers merely execute identically worded trust agreements or similar documents as a means to fund or provide benefits, in the absence of any genuine organizational relationship between the employers, no employer group or association exists for purposes of Section 3(5). Similarly, where membership in a group or association is open to anyone engaged in a particular trade or profession regardless of their status as employers (i.e., the group or association members include persons who are not employers) or where control of the group or association is not vested solely in employer members, the group or association is not a bona fide group or association of employers for purposes of Section 3(5)». Si veda, inoltre, U.S. DEPARTMENT OF LABOR EMPLOYEE BENEFITS SECURITY ADMINISTRATION, *MEWAs Multiple Employer Welfare Arrangements under the Employee Retirement Income Security Act (ERISA): A Guide to Federal and State Regulation*, 2013, p. 8.

di datori di lavoro nell'accezione stabilita nell'ERISA, è necessario verificare la genuinità della relazione organizzativa esistente tra i vari datori e, dunque, il suo carattere di *bona fide*<sup>61</sup>.

Quanto invece ai welfare benefit plans sponsorizzati da un multiple employer group, essi prendono il nome di «multiple employer welfare arrangement» (MEWA) e consistono in ogni employee welfare plans (o altro tipo di accordo) costituito e mantenuto allo scopo di fornire, attraverso l'acquisto di un'assicurazione o tramite altro mezzo, trattamenti medici, chirurgici o cure ospedaliere, o benefit in caso di malattia, infortunio, disabilità, morte o disoccupazione, o ferie, apprendistato o altri programmi di formazione, o asili nido, borse di studio, o servizi di consulenza legale offerti ai dipendenti di uno o più datori di lavoro (ivi compresi uno o più lavoratori autonomi) o ai beneficiari di questi ultimi, a condizione che il piano non sia istituito per mezzo di un contratto collettivo<sup>62</sup>.

### 6.5. *No-for-profit Employers*

Regole speciali trovano, infine, applicazione per alcune particolari tipologie di datori di lavoro, quali i *Governmental employers*<sup>63</sup>, i *Church employers*<sup>64</sup>, le *Non-profit or Charitable*

---

<sup>61</sup> Posto che la mera adozione di modelli di accordo istitutivi di piani di welfare identici o del tutto simili è solitamente indice di non genuinità della relazione esistente tra i vari datori. Allo stesso modo il DOL ha chiarito che, ai fini della disciplina dettata dall'ERISA, non è qualificabile come un bona fide group o associazione di datori di lavoro quel gruppo che consenta a qualsiasi datore di lavoro operante in qualsivoglia settore commerciale di aderire al gruppo o all'associazione medesima a prescindere dal suo "status" (si veda DOL Adv. Op. 2003-17A).

<sup>62</sup> ERISA § 3(40), ai sensi del quale «The term "multiple employer welfare arrangement" means an employee welfare or maintained for the purpose of offering or providing any benefit described in paragraph (1) to the employees of two or more employers (including one or more self-employed individuals), or to their beneficiaries [...]».

<sup>63</sup> Ai sensi dell'IRC §§457 (b) e (f), anche i datori di lavoro governativi possono fornire piani pensionistici caratterizzati da un trattamento fiscale agevolato (per quanto rimangano esclusi dal trattamento riservato ai qualified retirement plan ai sensi del §401(a)); tuttavia, ai sensi del §4 (b)(1), ERISA, tali piani non sono soggetti alle regole contenute nel Titolo I né nel Titolo IV, ERISA. Per piano governativo si intende «un piano costituito e mantenuto nell'interesse dei propri dipendenti dal Governo degli Stati Uniti, o dal governo di qualsiasi Stato o suddivisione del medesimo, o da qualsiasi agenzia o ente pubblico di ciascuno dei precedenti [ed anche ] qualsiasi piano rispetto al quale trova applicazione il Railroad Retirement Act del 1935-1937 e che sia finanziato dai contributi stabiliti da questo, nonché... ogni piano istituito e mantenuto da un governo tribale indiano (Indian tribal government)...una suddivisione del governo tribale indiano... o un'agenzia o un ente di uno dei due, e la cui totalità di partecipanti è alle dipendenze di tale ente...» (si veda IRC §414 (d)). Per una più dettagliata analisi relativa ai Governmental Plan Regulation si consiglia la lettura de *Church and Governmental Plans*, 372-4th, BNA Portfolios, 2013, A-5 e ss. e KOZAK B., *Employee Benefit Plans*, Carolina Academic Press, 2010, p. 51 e ss.

<sup>64</sup> Ai sensi del §414(e), per «church plan» si intende qualsiasi piano costituito e mantenuto da una chiesa o da una convenzione o associazione di chiese, che non è soggetto a tassazione. Tuttavia, non rientrano in tale categoria i piani costituiti o mantenuti primariamente allo scopo di fornire benefit ai dipendenti (o ai beneficiari di questi ultimi) della chiesa o convenzione o associazione di chiese medesime (e)(1), quando essi siano stati assunti alle dipendenze di uno o più «unrelated trades or businesses» ovvero quando il piano è destinato a fornire benefit anche a categorie di lavoratori diversi da quelli indicati ai paragrafi (e)(1) e (3)(B), cui si rimanda, (o ai beneficiari di questi ultimi). Come chiarito dal §4(b)(2), ERISA, anche tale tipologia di piano è generalmente esclusa dall'ambito di applicazione dei Titoli I e IV, ERISA

*Organizations*<sup>65</sup> e le *Educational Institutions*<sup>66</sup>, i quali possono sponsorizzare piani denominati *Non-qualified plan*, che differiscono dai *Qualified Plans* - propri dei for-profit employers - in quanto non garantiscono trattamenti fiscali di favore nei confronti del datore di lavoro, ma solamente nei confronti del lavoratore. Nella quasi totalità dei casi, tale tipologia di piani è esclusa dall'ambito di applicazione dei Titoli I e IV dell'ERISA; è bene chiarire, tuttavia, che la presente analisi prenderà in esame solamente i *qualified plans*, che, invece, sono interamente soggetti alla disciplina dettata dall'ERISA e che, per la tipologia di datori da cui possono essere sponsorizzati, ricopre necessariamente una porzione più consistente della forza lavoro statunitense.

## 7. *Who is an employee?*

Occorre innanzitutto chiarire che la disciplina contenuta nell'ERISA si applica solamente ai piani che forniscono *pension benefits* ai propri dipendenti (*employees*)<sup>67</sup> ovvero *welfare benefits* ai propri partecipanti e beneficiari (*participants and beneficiaries*)<sup>68</sup>; sicchè diventa fondamentale comprendere il significato del termine *employee* - poiché da tale qualifica discende lo status di "participant" - del quale, tuttavia, la legge fornisce una definizione sorprendentemente lacunosa<sup>69</sup>.

---

– a meno che non sia disposto altrimenti. Come chiarito dai §§ 401(a), 403(b) e 457(b), anche i datori di lavoro religiosi possono fornire ai propri dipendenti piani pensionistici caratterizzati da trattamenti fiscali agevolati. Per una più dettagliata analisi relativa ai *Governmental Plan Regulation* si consiglia la lettura de *Church and Governmental Plans*, 372-4th, BNA Portfolios, 2013, A-14 e ss.

<sup>65</sup> Gli istituti di beneficenza non sono soggetti a tassazione ai sensi del §501(c)(3) e possono fornire piani pensionistici agevolati dal punto di vista fiscale ai propri dipendenti, come specificato ai §§403(b) e 457(b). Tali tipologie di piani sono generalmente disciplinate dall'ERISA, fatta eccezione per i piani mantenuti da particolari tipi di società - *ex* §§501(c)(8) e (9) - o trusts - *ex* §§501(c)(18), che sono esclusi dall'applicazione del Titolo IV della legge medesima.

<sup>66</sup> Per istituto scolastico pubblico (*public school*) si intende qualsiasi organizzazione scolastica (*educational organization*) che normalmente gestisce una facoltà (*regular faculty*) o un programma di studio (*curriculum*) frequentato da studenti o allievi che vi sono regolarmente iscritti e che partecipano alle attività formative ivi svolte. Anche gli istituti scolastici pubblici non sono soggetti a tassazione ai sensi del §501(c)(3), ma possono fornire piani pensionistici ad un regime fiscale agevolato a propri dipendenti, come specificato al §403(b). Al pari degli istituti di beneficenza, anche le *public schools* sono soggette alla disciplina generale contenuta nell'ERISA, in quanto non trova applicazione nei loro confronti alcuna regola speciale. Si veda KOZAK B., *Employee Benefit Plans*, Carolina Academic Press, 2010, pp. 60-61.

<sup>67</sup> Per *pension plan* si intende qualsiasi programma che garantisce ai dipendenti di un datore un trattamento pensionistico (*retirement income*) o che risulta nel differimento della retribuzione da parte del lavoratore stesso fino al momento della cessazione del rapporto di lavoro o in un momento successivo. Si vedano ERISA § 3(2)(A) nonché 29 U.S.C. §1002(2)(A), ai sensi dei quali «Except as provided in subparagraph (B), the terms "employee pension benefit plan" and "pension plan" mean any plan, fund, or program which was heretofore or is hereafter established or maintained by an employer or by an employee organization, or by both, to the extent that by its express terms or as a result of surrounding circumstances such plan, fund, or program— (i) provides retirement income to employees, or (ii) results in a deferral of income by employees for periods extending to the termination of covered employment or beyond, regardless of the method of calculating the contributions made to the plan, the method of calculating the benefits under the plan or the method of distributing benefits from the plan....».

<sup>68</sup> ERISA § 3(1), 29 U.S.C. §1002(1).

<sup>69</sup> Quanto alla nozione di "employee", la stessa Corte d'Appello in *Darden* ha sottolineato che tale definizione «is completely circular and explains nothing». Quanto, invece, alla determinazione dello status di "participant", si segnala

L'ERISA e l'U.S.C. definiscono, infatti, "dipendente" «qualsiasi individuo alle dipendenze di un datore di lavoro»<sup>70</sup>. La circolarità della definizione rende il termine ambiguo e di scarsa utilità pratica; tuttavia, lo sforzo interpretativo operato dalla giurisprudenza ha contribuito nel tempo a meglio definirne i confini, laddove è servito a chiarire nei confronti di quali categorie di lavoratori trova applicazione la legge federale in materia di benefits, come si vedrà meglio in seguito.

In questa prospettiva, occorre da subito chiarire che, sotto il profilo tributario e lavoristico, trovano applicazione regole diverse a seconda che il lavoratore sia classificato come *common law employee*, *independent contractor*, *self-employed individual* o *leased employee*.

#### 8. *Common Law Employee v. Independent contractors e il problema della misclassification*

La scelta operata dal datore di lavoro (o committente, nel caso di rapporti di lavoro diversi da quello subordinato) di qualificare un individuo come dipendente è essenziale ai fini previdenziali, dal momento che, come chiarito in premessa, solamente i lavoratori subordinati (ccdd. *common law employees*) possono partecipare a pension e welfare benefit plans, mentre gli *independent contractors* ne sono esclusi.

Nel tracciare la distinzione tra la categoria dei *common law employees* e quella degli *independent contractors*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha avuto modo di chiarire in una nota sentenza<sup>71</sup> che occorre tenere in considerazione più fattori (si tratta del *common-law test*), tra cui

---

in particolare la posizione assunta dalla Corte Suprema in *Firestone Tire & Rubber Co. v. Brunch*, 489 U.S. 101 (1989), in cui la Corte ha affermato il principio secondo cui «The term "participant" is naturally read to mean either employees in, or reasonably expected to be in, currently covered employment or former employees who have a reasonable expectation of returning to covered employment or who have a colorable claim to vested benefits. In order to establish that he or she may become eligible for benefits, a claimant must have a colorable claim that (1) he or she will prevail in a suit for benefits, or that (2) eligibility requirements will be fulfilled in the future. This view attributes conventional meanings to the statutory language since all employees in covered employment and former employees with a colorable claim to vested benefits 'may become eligible.' A former employee who has neither a reasonable expectation of returning to covered employment nor a colorable claim to vested benefits, however, simply does not fit within the [phrase] 'may become eligible'».

<sup>70</sup> «Any individual employed by an employer», ERISA §3(6) e 29 U.S.C. §1002(6).

<sup>71</sup> *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 U.S. Supreme Court 318, 1992. Darden vendeva polizze in qualità di agente assicurativo per conto della compagnia assicurativa Nationwide, con cui aveva stipulato un accordo finalizzato al riconoscimento da parte di quest'ultima di un trattamento pensionistico (Agent's Security Compensation Plan) alla duplice condizione che entro un anno dall'eventuale cessazione del rapporto con Nationwide egli si sarebbe astenuto dal vendere polizze di altri competitors e che non avrebbe mai indotto clienti della Nationwide a recedere dalle polizze stipulate con essa. Alcuni anni dopo, Nationwide recedeva dal rapporto con Darden, il quale decideva di aprire una propria agenzia e vendere polizze di altre compagnie operanti nel settore delle assicurazioni. In seguito, Darden, vedendosi negato il trattamento pensionistico maturato attraverso l'Agent's plan, decideva di agire in giudizio contro Nationwide ai sensi del §502(a) ERISA, che riconosce ad un qualsiasi soggetto partecipante ad un benefit plan di ottenere l'adempimento forzoso (*enforcement*) dei diritti riconosciutegli dall'ERISA. Tuttavia, la Corte Suprema motivava l'impossibilità di

rilevano le competenze del lavoratore, la provenienza degli strumenti di cui questo si serve per svolgere la propria prestazione, la postazione di lavoro, la durata del rapporto lavorativo in essere tra le stesse parti, la facoltà della parte che ha assunto di assegnare ulteriori e diversi compiti alla parte che è stata assunta durante lo svolgimento del rapporto, il margine di discrezionalità che la parte assunta può vantare in ordine ai tempi di lavoro (quando e per quanto tempo deve svolgere la prestazione), le modalità retributive, il ruolo ricoperto dalla parte che ha assunto in relazione alle modalità di assunzione e di pagamento dei propri collaboratori/dipendenti, se il tipo di prestazione svolta dalla parte assunta rientra o meno tra quelle normalmente svolte dall'attività gestita dalla parte che ha proceduto all'assunzione, la previsione di employee benefits e il trattamento fiscale riservato alla parte assunta<sup>72</sup>.

Problemi sorgono anche quando è il piano stesso a specificare le categorie di lavoratori ammesse a partecipare al piano. Infatti, talvolta il piano indica come destinatari tutti gli employees, talaltra solo i lavoratori dipendenti. È bene tenere presente, infatti, che la copertura garantita dall'ERISA non è generalizzata e che, pertanto, il datore di lavoro ben può decidere di includere in un piano taluni lavoratori ed escluderne altri<sup>73</sup>. Ne deriva che l'accertamento giudiziale del carattere

---

riconoscere a Darden la qualifica di *participant* sulla base della natura autonoma del rapporto di lavoro intrattenuto da questo con Nationwide e risultante dall'applicazione del cd. common law test (v. *supra*). Di opposto avviso si veda *Ruttenberg v. U.S. Life Insurance Co.*, 413 F.3d 652, 662 (7th Circ., 2005), in cui la Corte ha deciso di dare applicazione all'ERISA – invece che alla legge statale – ad una polizza assicurativa per disabili i cui destinatari erano independent contractors (independent commodities traders).

<sup>72</sup> Tra le diverse tipologie di test impiegate dai Tribunali per verificare il corretto inquadramento giuridico del rapporto posto in essere tra le parti, si segnala in particolare l'IRS (Internal Revenue Service) 20-factors test, che si basa su i seguenti fattori: instructions; training; integration; services rendered personally; hiring, supervising and playing assistants; continuing relationship; set hours of work; full time required; doing work on employer's premises; order o sequence set; oral or written reports; payment by hour, week, month; payment of business and/or travelling expenses; furnishing of tools and materials; significant investment; realization of profit or loss; working for more than one firm at a time; making service available to general public; right to discharge; right to terminate. Per un'analisi più dettagliata dei singoli fattori summenzionati si veda <https://www.irs.gov/pub/irs-utl/x-26-07.pdf>. Tali fattori, peraltro, sono stati individuati sulla base dell'ampia casistica giurisprudenziale in materia di qualificazione del rapporto di lavoro ed è bene chiarire che il grado di importanza attribuita ai fini decisionali a ciascuno di essi varia a seconda della tipologia di rapporto e dal contesto lavorativo in cui il rapporto di è svolto. Si segnala, inoltre, l'IRS Workers Classification Training Guidelines che si basa sull'analisi di diversi fattori raggruppabili in tre macro-categorie: *behavioral* (incisività del controllo operato dal datore), *financial* (modalità di pagamento della retribuzione) e *type of relationship* (che si basa sulla verifica circa l'esistenza di un contratto scritto tra le parti, nonché la sponsorizzazione di employee benefits). Si veda in merito <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee> (ultimo accesso 28/02/2017). Di frequente utilizzo sono anche il cd. *Economic Reality Test*, che mira principalmente a verificare il grado di dipendenza economica del lavoratore rispetto al proprio datore, l'*Hybrid Test*, che si basa sull'analisi di entrambi i fattori presi in considerazione dal Common Law Test e dall'Economic Reality Test, ovverosia l'entità del potere di controllo esercitato dal datore e il livello di dipendenza economica del lavoratore e i ccdd. *Multi Factor Test*. Per un approfondimento sulle diverse tipologie di test sopra menzionate si veda *Worker Classification and the Contingent Workforce*, in *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, 399-3rd, BNA Portfolios, 2016, A-11 ss.

<sup>73</sup> Con riferimento ai pension plans, solamente taluni requisiti di eleggibilità legati ai fattori dell'età e dell'anzianità di servizio sono vietati dall'ERISA, mentre, con riferimento ai group health care plans è vietato subordinare la partecipazione di un lavoratore al piano alla presenza (o all'assenza) di taluni fattori indicanti l'health status dello stesso, come si dirà meglio più avanti.

subordinato del rapporto di lavoro non comporta l'automatico riconoscimento dei benefit al lavoratore erroneamente qualificato come independent contractor<sup>74</sup>.

E', infine, consentito ad un individuo di rinunciare a partecipare ad un employee benefit plan; tuttavia, affinché la rinuncia sia ritenuta valida e possa dunque esplicare i suoi effetti, è necessario che sia consapevole e volontaria (*knowing and voluntary*) - come specificato in *Rodriguez-Abreu v. Chase Manhattan Bank* dalla Corte del Primo Circuito<sup>75</sup> - e secondo una valutazione che tenga conto della totalità delle circostanze<sup>76</sup>.

### 9. *Working Owners e Self-Employed Individuals*

Sono considerati *working owners* sia lo shareholder di una professional corporation, sia il partner di una società di persone (partnership) che il sole proprietor, in quanto tali figure possono contemporaneamente essere titolari dell'impresa e prestarvi la propria attività<sup>77</sup>. Tali tipologie di lavoratori sono, inoltre, considerati employees dal punto di vista fiscale e possono, dunque, partecipare ai benefit plans.

Nella classificazione operata dall'Internal Revenue Code, peraltro, anche i *self-employed individuals* sono considerati alla stregua dei lavoratori dipendenti e, pertanto, possono partecipare in

---

<sup>74</sup> Ad esempio, in *Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 120 F.3d 1006 (Court of Appeal 9th Circ. 1997), dove alcuni programmatori informatici - inizialmente assunti in qualità di *freelancers* e successivamente inquadrati come employees dall'Internal Revenue Service - hanno agito contro Microsoft rivendicando il loro diritto a partecipare al 401(k) plan istituito dalla società per i propri dipendenti, il Tribunale del Nono Circuito ha stabilito che l'ambiguità del linguaggio adottato nel documento istitutivo di tale piano con riferimento ai criteri di eleggibilità dei lavoratori interessati a parteciparvi, imponeva necessariamente l'intervento chiarificatore dei suoi amministratori, dal momento che ad essi soli spetta il compito di determinarne i criteri di ammissibilità. Nello stesso senso *Burrey v. PG&E*, 159 F.3d, 388-394 (9th Circ. 1998). Nel senso opposto *Wolf v. Coca-cola Company*, 200 F.3d 1337, 142 (11th Circ. 2000), in cui la ricorrente, formalmente inquadrata come leased-employee, ma qualificabile come common law employee di Coca-Cola alla luce della "joint employers doctrine", si è vista negato il riconoscimento dei benefit riconosciuti dal plan istituito dalla medesima società, in quanto escludeva specificamente sia i "temporary employees" che i "leased employees" i quali "prestassero il proprio servizio nell'interesse dalla compagnia in virtù di un accordo/contratto con la agenzia di leasing".

<sup>75</sup> *Rodriguez-Abreu v. Chase Manhattan Bank*, 986 F.2d 580, 587 (1<sup>st</sup> Circ. 1993).

<sup>76</sup> *Leavitt v. Northwestern Bell Tel. Co.*, 921 F.2d 160 (8<sup>th</sup> Circ. 1990). In *Laniok v. Advisory Comm. Of the Brainerd Mfg. Co. Pension Plan*, 935 F.2d 1368 (1991), la Corte d'Appello del Secondo Circuito ha, inoltre, elencato i fattori da considerare in relazione alla rinuncia: "1) the plaintiff's education and business experience, 2) the amount of time the plaintiff has possession of or access to the agreement before signing it, 3) the role of plaintiff in deciding the terms of the agreement, 4) the clarity of the agreement, 5) whether the plaintiff is represented by or consults with an attorney, as well as whether an employer encourages the employee to consult an attorney and whether the employee has a fair opportunity to do so, and 6) whether the consideration given in exchange for the waiver exceeds employee benefits to which the employee is already entitled by contract or law".

<sup>77</sup> Ai sensi del 26 U.S.C. §401(c)(3) è inoltre considerato owner-employee quel lavoratore che possiede la totalità delle quote (interest) di una unincorporated trade or business o un partner (socio) che possiede più del 10% degli interessi del capitale (capital interest) o degli interessi del profitto (profit interest) di una società.

employer-sponsored plans<sup>78</sup> a condizione che i contributi versati per mantenere il piano derivino esclusivamente dal reddito prodotto dal «trade or business» che sponsorizza il piano<sup>7980</sup>.

Al contrario, secondo il Department of Labor Regulation, un piano è considerato «*without employee plan*» - ed è quindi escluso dall'applicazione del Titolo I dell'ERISA - quando gli unici soggetti destinatari dei trattamenti forniti tramite esso sono i partners o il sole proprietor di un business (o i coniugi di questi)<sup>81</sup>. Viceversa, l'ERISA trova applicazione ogniqualvolta partecipi a tale piano almeno un common law employee della medesima azienda<sup>82 83</sup>.

In vero, la questione se il proprietario dell'impresa o i partners di questa possano accedere alle tutele riconosciute dall'ERISA agli altri soggetti partecipanti al piano<sup>84</sup>, è stata affrontata dalla U.S. Supreme Court in *Raymond B. Yates, M.D., P.C. Profit Sharing Plan v. Heldon*<sup>85</sup>, in cui è stato chiarito che «se un piano copre uno o più dipendenti, oltre al titolare dell'impresa stessa e il suo coniuge, il titolare può partecipare al piano negli stessi termini in cui partecipano gli altri soggetti partecipanti al medesimo piano. A tale soggetto, al pari dei suoi dipendenti, sono riconosciute le

---

<sup>78</sup> 26 U.S.C. §401(c)(1)(a).

<sup>79</sup> 26 U.S.C. §401(d).

<sup>80</sup> Sono, inoltre, considerati self-employed individuals i venditori diretti (direct sellers) e gli agenti immobiliari autorizzati (licensed real estate agents), 26 U.S.C. §3508.

<sup>81</sup> DOL Regs. §2510.3-3(b).

<sup>82</sup> DOL Regs. §2510.3-3(c), ai sensi del quale “(1)An individual and his or her spouse shall not be deemed to be employees with respect to a trade or business, whether incorporated or unincorporated, which is wholly owned by the individual or by the individual and his or her spouse, and (2) A partner in a partnership and his or her spouse shall not be deemed to be employees with respect to the partnership”.

<sup>83</sup> DOL Regs. §2510.3-3(c). Nel diverso caso in cui una società (corporation) sia posseduta interamente da un unico soggetto (ovvero da uno soggetto e il rispettivo coniuge), un benefit program volto a beneficiare solamente tale individuo e nessun'altro, è escluso dalla disciplina contenuta nell'ERISA, quand'anche questi sia allo stesso tempo un common law employee della società medesima. Tale previsione, tuttavia, non trova applicazione nei confronti delle ccdd. closely held corporations (ovverosia di quelle società che prevedono un numero limitato di shareholders e le cui azioni sono vendute sul mercato finanziario solo occasionalmente) ai cui piani partecipino solamente i propri shareholder-employees. In *Leckey v. Stephano*, 263 F.3d 267 (3rd. Circ. 2001), ad esempio, la Corte ha ritenuto che l'ERISA si applicasse al fondo pensione di una società interamente posseduta dal soggetto partecipante al fondo, dalla moglie di questo, nonché dalla sua figlia adottiva.

<sup>84</sup> Ai sensi di ERISA §3(7), U.S.C. 29 §1002(7) per “participant” si intende qualsiasi “employee or a former employee of an employer...who is or may become eligible to receive a benefit of any type from an employee benefit plan...”.

<sup>85</sup> *Raymond B. Yates, M.D., P.C. Profit Sharing Plan v. Heldon*, 541 U.S. 1, 2004. La decisione riguarda il caso di Yates, un unico shareholder - nonché presidente - di una società professionale (professional corporation), il quale mateneva un plan di tipo profit sharing, i cui benefit erano destinati non solo a se stesso e alla sua coniuge, ma anche ad alcuni dei suoi dipendenti. Nel momento in cui alcuni creditori agivano contro Yates per soddisfare i propri crediti attraverso il piano da lui sponsorizzato, quest'ultimo replicava che la sua partecipazione al piano impediva ai propri creditori di aggredire il piano medesimo in virtù della cd. *anti-alienation rule*, ai sensi dell'ERISA §206(d)(1), che stabilisce che “each pension plan shall provide that benefits provided under the plan may not be assigned or alienated”. In tale occasione, inoltre, la Corte ha specificato che il principio affermato in *Yates* è applicabile altresì ai titolari di unincorporated businesses, quali i partners, LLCs' members e sole proprietors. Secondo WIEDENBECK P.J., *ERISA Principles of Employee Benefit Law*, Oxford University Press, 2010, p. 40, peraltro, il portato di tale decisione è particolarmente significativo in quanto evita “l'inefficienza, la confusione e la percezione di iniquità che sarebbe altrimenti prodotta se venisse attribuita alla legge statale [invece che a quella federale] la competenza a regolare i diritti e i doveri dei partners e dei proprietors, laddove invece la sorte dei common law employees sarebbe stata regolata dalla legge federale, che vanta un numero più limitato di remedies (strumenti di tutela giurisdizionale)”.

medesime tutele che l'ERISA riconosce agli altri partecipanti, nonché dei medesimi diritti e tutele giurisdizionali (*remedies*)».

### 10. *Leased employees*

Quanto un datore di lavoro ricorre a contratti di fornitura di manodopera come il *leasing*, il *leased employee* è considerato a tutti gli effetti un common law employee ai fini della disciplina dettata in materia di employee benefits e questo lo rende idoneo a partecipare ad un employer plan. Generalmente il leased employee è considerato dipendente del soggetto nell'interesse del quale egli presta il proprio servizio (il cd. *recipient*) anche quando lo stesso sia assunto alle dipendenze della agenzia di leasing (*leasing organization*)<sup>86</sup>. Il leased employee è considerato un soggetto che svolge il proprio servizio nei confronti di un recipient quando i servizi sono prestati in virtù di un accordo raggiunto tra il recipient e un soggetto terzo (la leasing organization), se tale soggetto ha svolto la propria prestazione a tempo pieno per almeno un anno e se il tipo di servizio prestato dal leased employee rientra tra quelli storicamente svolti dal recipient<sup>87</sup>. In ogni caso, qualora il leased employee sia coperto da un *safe harbor plan*<sup>88</sup> mantenuto dalla leasing organization, non è necessario che egli sia oltremodo coperto dal piano sponsorizzato dal recipient-employer.

### 11. *Who are the beneficiaries?*

Ai sensi del §3(8) ERISA, per “beneficiary” si intende «una persona designata dal *participant* o dal piano stesso, che ha o alla quale potrebbe essere riconosciuto il diritto di beneficiare dei trattamenti stabiliti dal piano medesimo». Rientrano nella categoria di *beneficiaries* i coniugi (*spouses*), i figli (siano essi legittimi, derivanti da altro matrimonio o adottivi)<sup>89</sup>, i ccdd. *dependents*

---

<sup>86</sup> Si veda IRS Notice 84-11, 1984-2, C.B. 469, Q&A-1 e, più recentemente, IRS, *Employee benefit plans, Employee Leasing*, Worksheet n. 8, 2016 disponibile sul <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p7003.pdf> (ultimo accesso, 28/02/2017)

<sup>87</sup> Si veda IRS Notice 84-11, 1984-2, C.B. 469, Q&A-5.

<sup>88</sup> In termini generali, per *safe harbor plan* si intende quel piano che, pur discostandosi dal modello legale, presenta delle caratteristiche che lo rendono compatibile ai sensi della disciplina generale, con la conseguenza che il datore di lavoro che decida volontariamente di ricorrere a tale tipologia di piano risulti esonerato dai profili di responsabilità che potrebbero altrimenti sorgere in ordine a determinate tipologie di investimento effettuabili attraverso il piano medesimo. Nella letteratura in materia di employee benefit plans, il termine ricorre di frequente sia con riferimento alle antidiscrimination rules sia in relazione ai 401(k) plans, di cui si dirà meglio più avanti.

<sup>89</sup> IRC §152.



(ovverosia figli o parenti che presentano determinate caratteristiche e che prendono il nome di *qualifying children and relatives*)<sup>90</sup> e altre categorie di individui, quali i coniugi dello stesso sesso<sup>91</sup> o il partner in un'unione civile - ma solo se espressamente previsto dal piano medesimo.

## 12. *Who is a spouse?*

Nonostante l'ERISA riconosca al coniuge un'ampia gamma di diritti in materia di employee benefits, non è possibile rinvenire all'interno del testo statutario alcuna definizione di *spouse*. Tale lacuna è stata, tuttavia, colmata nel 1996, quando il Congresso ha promulgato il *Defense of Marriage Act* (DOMA), il quale aveva inizialmente stabilito che per "matrimonio" si intendesse solamente «l'unione tra un uomo e una donna in qualità di moglie e marito», mentre per "coniuge" solamente «la persona di diverso sesso che sia marito o moglie»<sup>92</sup>. Tale previsione è stata, tuttavia, dichiarata incostituzionale da una recente pronuncia della Corte Suprema<sup>93</sup>, in quanto ritenuta in violazione «[del]la libertà dell'individuo protetta dal Quinto Emendamento della Costituzione»; cui ne è seguita una seconda<sup>94</sup>, ove, peraltro, la Corte Suprema è giunta ad affermare che, ai sensi del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, individui dello stesso sesso hanno il diritto di

---

<sup>90</sup> Ai sensi del IRC §152(c), per *qualifying child* si intende qualunque figlio del lavoratore o discendente del figlio, nonché qualunque fratello o sorella del lavoratore, ovvero figlio o figlia di altro matrimonio, che abbia risieduto nella stessa abitazione per almeno sei mesi, che sia più giovane della persona rispetto alla quale rivendica lo status di dependent e che sia di età inferiore ad anni 19 o, se studente, inferiore ad anni 24, che non sia in grado di autosostentarsi (who did not provide more than one-half of his or her support) e che, se sposata, non abbia fatto una dichiarazione congiunta dei redditi nel corso di quello stesso anno. Ai sensi del IRC §152(d), per *qualifying relative* si intende quel parente che ha un reddito lordo inferiore a quello esente, che abbia ricevuto dal soggetto di cui richiede di essere considerato dependent più della metà delle sue risorse economiche e che non sia classificabile come *qualifying child* nei confronti dello stesso o di altri soggetti. Si tenga inoltre, presente che dal 2010, a seguito dell'entrata in vigore del Affordable Care Act, i group health plan devono riconoscere una copertura anche ai figli dei partecipanti al piano fino all'età di 26 anni, come si dirà meglio più avanti.

<sup>91</sup> Si veda in proposito HALTZEL-PURCELL, *The Effect of State-Legalized Same-Sex Marriage on Social Security Benefits and Pensions*, Congressional Research Service, Library of Congress, 2008, disponibile su [http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key\\_workplace/476/](http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/476/).

<sup>92</sup> DOMA §3(a), ai sensi del quale "In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife".

<sup>93</sup> *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

<sup>94</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), in cui la Corte ha dichiarato, in primis, che «Under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment, same-sex couples have a fundamental right to marry. Laws of Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee were held invalid to the extent they excluded same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples» e, in secundis, che «Because same-sex couples can exercise the fundamental right to marry in all states, it follows that there is no lawful basis for a state to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another state on the ground of its same-sex character».

sposarsi e che non esiste alcuna valida giustificazione (*lawful basis*) al rifiuto opposto da un qualsiasi stato al riconoscimento di tale diritto.

La questione è stata altresì affrontata dal DOL, il quale ha avuto modo di chiarire che «per *coniugi* si intendono quegli individui che sono legalmente sposati secondo una legge di uno Stato, compresi quelli sposati con persone dello stesso sesso secondo la legge di uno Stato che ne riconosce la validità, anche quando siano domiciliati presso uno Stato che non la riconosce» e che «il termine *matrimonio* si riferisce anche ai matrimoni contratti tra persone del medesimo sesso quando sia considerato tale dalla legge di un qualsiasi Stato»<sup>95</sup>. È, tuttavia, rimasto in vigore il §2 DOMA, il quale riconosce ai singoli Stati la facoltà di non riconoscere la validità dei matrimoni contratti tra individui dello stesso sesso secondo le leggi di un altro Stato.

---

<sup>95</sup> U.S. DOL Technical Release n. 2013-14, Settembre 2013. Tale interpretazione è stata peraltro confermata, dapprima, dal Revenue Ruling 2013-17 del settembre 2013 (disponibile sul <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rr-13-17.pdf>) e, successivamente, dall'IRS Notice 2014-2019, in cui è stato chiarito che qualsiasi norma relativa ai *qualified plan rule* applicabile ai *married participants* deve essere applicata anche ai *participants* legalmente sposati con un individuo dello stesso sesso.

### 13. Il sistema pensionistico statunitense secondo la *Three-legged Stool Doctrine*

Il Sistema pensionistico statunitense è spesso<sup>96</sup> definito come un *three-legged stool*<sup>97</sup>, ovvero un sistema tripartito composto dalla Previdenza sociale (cd. Social Security), dalle pensioni integrative e dai ccdd. personal savings, alla cui analisi si procederà nei paragrafi che seguono nell'ordine con cui sono stati menzionati.

#### 13.1. *The First Stool: il Social Security System*

Rientra nel primo pilastro del Sistema pensionistico statunitense la Social Security, alla cui trattazione si procederà nei paragrafi che seguono.

##### 13.1.1. *I principi che informano l'attuale sistema di Social Security Statunitense*

Sin dalla promulgazione del *Social Security Act* del 1935, alla Social Security è stata riconosciuta la natura di assicurazione sociale<sup>98</sup> (*social insurance*) volta a «prevenire le avversità, la povertà e lo stato di dipendenza che potrebbero colpire i lavoratori idonei a partecipare al programma nazionale (i.e. la Social Security) insieme ai propri datori di lavoro e al Governo degli Stati Uniti al verificarsi delle circostanze protette»<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> *Ex multis*, HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool: Guiding New Employers to the Right Retirement Plan*, 78 UMKC L. Rev. 504 2009-2010; BEFORT S.F., *The perfect Storm of Retirement Insecurity: Fixing the Three-Legged Stool of Social Security, Pensions, and Personal Savings*, 91 Minn. L. Rev., 2006-2007, p. 938; EASON J.K., *Retirement Security Through Asset Protection: the Evolution of Wealth, Privilege, and Policy*, 61 Wash & Lee L. Rev., 2004, p. 176.

<sup>97</sup> Sebbene non vi abbia mai fatto espressamente ricorso in alcuno dei suoi discorsi, la paternità di tale espressione è stata attribuita al Presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, “il quale aveva chiaramente in mente tale concetto quando attuò il programma di Social Security”, si veda DEWITT L., *Origins of the Three-Legged Stool Metaphor for Social Security*; SSA Historian's Office, 1996 (disponibile sul [www.ssa.gov/history/stool.html](http://www.ssa.gov/history/stool.html), ultimo accesso 12/03/2017).

<sup>98</sup> Nell'accezione specificata in THOMPSON L.H.- UPP M.M., *The Social Insurance Approach and Social Security*, in *Social Security in the 21<sup>st</sup> Century*, edited by KINGSON E.R.-SCHULZ J.H., 1997, 3, secondo cui l'assicurazione sociale è caratterizzata dalla presenza di sette elementi: 1) partecipazione obbligatoria; 2) finanziamento e regolamentazione statale (government sponsorship and regulation); 3) finanziamento mediante contribuzione (contributory financing); 4) dipendenza della titolarità/idoneità al trattamento dalla contribuzione (eligibility derived from contributions); 5) benefici prescritti dalla legge; 6) benefici non direttamente rapportati ai contributi versati (benefits not directly related to contributions); 7) contabilità separata e finanziamento sul lungo periodo (separate accounting and explicit long-range financing).

<sup>99</sup> DOUGLAS BROWN J., *Essays on Social Security*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1977, pp. 57-58.

Si tratta invero di un trattamento obbligatorio (*mandatory*) e contributivo (*contributory*) a prestazione definita (*defined benefit program*) basato sul sistema a ripartizione<sup>100</sup> - e, dunque, alimentato dai contributi versati dai lavoratori e datori di lavoro attivi- che garantisce una copertura quasi universale, ed è stato concepito allo scopo di assicurare ai lavoratori in pensione una forma di reddito minimo, che deve essere necessariamente integrata da altre forme di reddito<sup>101102</sup>. In origine, la Social Security era stata concepita al solo scopo di garantire un trattamento pensionistico a cadenza mensile e una somma di denaro *una tantum* (*lump-sum*) in caso di morte del lavoratore<sup>103</sup>. A seguito degli Amendments del 1939, tuttavia, i benefici riservati al lavoratore in pensione sono stati ampliati e la lump-sum è stata sostituita da benefits specificamente riconosciuti alla moglie e al figlio minore del lavoratore in pensione, nonché alle vedove, ai figli e ai genitori a carico<sup>104</sup>.

Più specificamente, il sistema di Social Security statunitense è informato a nove principi guida<sup>105</sup>: 1) copertura universale, o quasi universale<sup>106</sup>; 2) diritto meritato/guadagnato (*earned right*)<sup>107</sup>; 3) legato al salario (*wages related*)<sup>108</sup>; 4) basato su sistema contributivo e autofinanziato<sup>109</sup>;

---

<sup>100</sup> Si tratta infatti di un sistema di tipo *pay-as-you-go*, ovverosia a ripartizione, secondo la terminologia usata per descrivere il modello di Previdenza Sociale dell'ordinamento italiano.

<sup>101</sup> Vedi più avanti nota 121 del presente paragrafo.

<sup>102</sup> MOORE K.L., *An overview of the U.S. Retirement Income Security System and the Principles and Values It reflects*, 33 Comp. Lab. L. & Pol'y J., 2011-2012, p. 7.

<sup>103</sup> MOORE K.L., *The Future of Social Security: Principles to Guide Reform*, 41 J. Marshall L. Rev., 2007-2008, p. 1063.

<sup>104</sup> Social Security Act Amendments of 1939 §§202(b)(c).

<sup>105</sup> MOORE K.L., *An overview...*, p. 8, si riferisce alle parole del Commissario della Sicurezza Sociale sotto le amministrazioni Kennedy, Jhonson e Nixon riprodotte in BALL R.M., *Insuring the Essentials. Bob Ball on Social Security: A Selection of Articles and Essays from 1942 Through 2000*, edited by BETHELL T.N., 2000, pp. 5-10.

<sup>106</sup> Vedi *infra* nota 116.

<sup>107</sup> Secondo Rober Ball, Commissario della Sicurezza Sociale sotto le amministrazioni Kennedy, Jhonson e Nixon, questa caratteristica è ciò che distingue la Social Security dal Welfare e che la accomuna agli altri "earned rights", quali i salari, i fringe benefits e le pensioni private, in BALL R.M., *Insuring the Essentials...*, 6. Secondo MOORE K.L., in *An overview...*, p. 9, invece, tale caratterizzazione deriva dal fatto che la Social Security è finanziata principalmente dalle imposte sui salari.

<sup>108</sup> Come noto, i benefits della Social Security sono calcolati in base alla contribuzione versata dal datore e dal lavoratore in relazione alla retribuzione percepita durante il corso della carriera lavorativa. Tale impostazione garantisce peraltro il perseguimento della cd individual equity, che rappresenta uno degli obiettivi principali della Social Security e che è riassumibile nel concetto secondo cui ogni lavoratore dovrebbe ricevere un trattamento pari (dal punto di vista attuariale) all'ammontare delle contribuzioni da esso effettuate nel corso della sua carriera lavorativa (si veda MOORE K.L., *Privatization of Social Security: Misguided Reform*, 71 Temp. L. Rev., 1998, p. 163).

<sup>109</sup> Si veda *infra* il sistema di finanziamento di SECA, FICA e OASDI.

5) redistributivo<sup>110</sup>; 6) non proporzionato al reddito<sup>111</sup>; 7) indicizzato al salario<sup>112</sup>; 8) protetto dall'inflazione<sup>113</sup> e 9) obbligatorio<sup>114</sup>; e copre la quasi totalità della forza lavoro statunitense<sup>115</sup><sup>116</sup> per

---

<sup>110</sup> Come meglio illustrato nelle pagine che seguono, infatti, il primary insurance amount – ovvero il primo trattamento percepito dal lavoratore pensionato – si calcola applicando alla media delle retribuzioni percepite dal lavoratore nell'arco di un determinato periodo di tempo un coefficiente progressivo; in tal modo il sistema sarebbe dunque improntato al principio della redistribuzione, in quanto dovrebbe garantire ai lavoratori a basso reddito (lower-wages workers) un tasso di sostituzione maggiore rispetto a quelli ad alto reddito (higher-wages workers). Secondo i dati contenuti nel 2013 *Annual Report of Board of Trustees of the Federal Old-Age and Survivors Insurance and Federal Disability Insurance Trust Funds*, 2013, 146, Tabella n. V.C.7, per coloro che sono andati in pensione all'età di 65 anni nel 2015, la Social Security ha sostituito una percentuale pari al 56,3% del reddito di un lavoratore a basso reddito, al 41,7% di un lavoratore di medio reddito e al 34,6% di un lavoratore ad alto reddito. Tale coefficiente consente, invero, di perseguire il fine della cd. adeguatezza sociale (*social adequacy*), che secondo MOORE K.L., *Privatization of Social Security*, p. 163, si realizza quando viene garantito un certo standard di vita a tutti i contribuenti, a prescindere dall'ammontare dei contributi versati e passa necessariamente dalla redistribuzione dei redditi. Tuttavia, come evidenziato dallo stesso A. esistono altri elementi del sistema che sono invece “regressivi”, come ad esempio la scelta di applicare una tassa fissa ai redditi inferiori al reddito massimo tassabile (pari nel 2017 a \$127,200) e di non applicarne alcuna ai redditi superiori a tale soglia. Allo stesso modo, la scelta di liquidare i benefit sotto forma di rendita è pregiudizievole per i lavoratori a basso reddito, che normalmente hanno un'aspettativa di vita più bassa (si veda sul punto MOORE K.L., *An overview...*, p. 12).

<sup>111</sup> I trattamenti erogati tramite la Social Security sono *earned right* e sono liquidati a prescindere dai redditi derivanti dai risparmi individuali, dai fondi pensione, dalle polizze assicurative o da qualsiasi altra forma diversa di reddito (vedi AA.VV., *Social Insurance Program*, in *Social Security Programs in United States*, Social Security Administration Office of Research, Evaluation and Statistics, 1997, 10). Secondo ALTMAN N.J., *The Battle for Social Security: From FDR's Vision to Bush's Gamble*, Wiley Ed., 2005, p. 32, peraltro, tale principio distinguerebbe la Social Security dai programmi di Welfare laddove “Welfare programs are designed for people who are already poor. Social insurance prevents workers from becoming poor in the first place”.

<sup>112</sup> Ai sensi del 42 U.S.C. §415(b)(3), il valore del trattamento da erogare viene calcolato nel modo seguente: il reddito percepito dal lavoratore ogni anno della sua carriera lavorativa viene moltiplicato per un fattore derivante dal rapporto tra il valore della retribuzione media nazionale registrata nel secondo anno civile antecedente al momento in cui il lavoratore è deceduto o ha raggiunto i requisiti necessari per essere ammesso al godimento del trattamento di vecchiaia o invalidità.

<sup>113</sup> I benefit sono indicizzati sulla base dei prezzi al consumo in modo tale da garantire che l'ammontare dei benefit inizialmente quantificato non diminuisca nel tempo in ragione dell'aumento dei prezzi al consumo e allo stesso tempo, dunque, il potere d'acquisto.

<sup>114</sup> Come meglio illustrato nei paragrafi che seguono, il FICA e il SICA obbligano lavoratori subordinati, datori e lavoratori autonomi a contribuire al programma di Social Security. È infatti di tutta evidenza che solamente un sistema improntato sul principio dell'obbligatorietà impedisce ai contribuenti di decidere arbitrariamente quanto e quando versare e consente di monitorare i costi attraverso le entrate garantite dal suo carattere (quasi) universale.

<sup>115</sup> Di norma qualsiasi lavoratore subordinato o autonomo è coperto dalla Social Security a meno che non sia espressamente stabilito altrimenti (v. in generale 42 U.S.C. §410 e, in particolare, il sottoparagrafo (a), ai sensi del quale per “lavoro” (*employment*) si intende qualsiasi prestazione, di qualunque natura essa sia, svolta nel territorio degli Stati Uniti da un lavoratore per il suo datore di lavoro).

<sup>116</sup> Secondo l'Annual Statistical Supplement to the Social Security Bulletin 2015 della Social Security Administration, nel 2015, circa 167 milioni di lavoratori (dipendenti e autonomi) era coperta dall'Old-Age, Survivors, and Disability Insurance (OASDI) program, pari a circa il 94% della forza lavoro statunitense. Sono, tuttavia, escluse dalla copertura della Social Security le seguenti categorie di lavoratori: 1) i dipendenti federali civili (civilian federal employees) assunti prima del 1 Gennaio 1984; 2) i lavoratori delle ferrovie (Railroad workers) coperti dal Railroad Retirement System, che è coordinato con la Social Security; 3) alcuni dipendenti dello Stato o delle amministrazioni locali coperti dai piani pensionistici sponsorizzati dai propri datori di lavoro (their employers' retirement systems) in virtù di un accordo stipulato tra lo Stato e la Social Security Administration (chiamato Section 218 Agreement) ai sensi del 42 U.S.C. §418; 4) i lavoratori domestici (domestic workers) e i lavoratori agricoli i cui redditi non soddisfano certi requisiti minimi (diversamente, i lavoratori dell'industria e del commercio sono coperti a prescindere dall'ammontare del reddito percepito) e 5) i lavoratori autonomi che hanno percepito un reddito inferiore ai \$400 annui. (Fonte: Annual Statistical Supplement to the Social Security Bulletin 2015, SSA; April 2016, p. 10).

un valore di benefit che, secondo le stime della Social Security Administration<sup>117</sup>, ha raggiunto i \$918 miliardi nel 2016; inoltre, la Social Security fornisce benefits alla quasi totalità delle popolazione con età superiore ai 65 anni<sup>118</sup>, rappresentando peraltro la fonte primaria di reddito da pensione<sup>119</sup>.

In termini generali, la Social Security è un programma autofinanziato (*self-financed program*) che fornisce una rendita mensile (*annuity*) ai lavoratori in pensione, ai lavoratori disabili e alle loro famiglie, nonché alle famiglie dei lavoratori deceduti<sup>120</sup>. Il trattamento economico riconosciuto a tali lavoratori attraverso la Social Security serve a sostituire parte del reddito percepito durante lo svolgimento del rapporto di lavoro<sup>121</sup> (e non già la sua totalità, cui dovrebbe, invece, provvedere la previdenza integrativa, di cui si dirà nei paragrafi che seguono) ed è infatti calcolato sulla base della retribuzione percepita durante la carriera lavorativa, cui è applicato un coefficiente (*progressive formula*) finalizzata a garantire un trattamento adeguato ai lavoratori con «low career-average earnings».

La Sicurezza Sociale negli Stati Uniti è finanziata primariamente dalle tasse stabilite dal *Federal Insurance Contributions Act* (FICA) e dal *Self-Employment Contributions Act* (SECA), che riguardano rispettivamente i lavoratori subordinati e i lavoratori autonomi<sup>122</sup>. Nei rapporti di lavoro di natura subordinata, sia lavoratore che datore sono soggetti alle FICA taxes, ma è il secondo a doverle versare al Ministero del Tesoro a cadenza regolare (che può essere settimanale, mensile,

---

<sup>117</sup> SSA, *Basic Fact Sheet on Social Security*, June 2016 (disponibile su <https://www.ssa.gov/news/press/factsheets/basicfact-alt.pdf>). Secondo la Social Security Administration, nove individui su dieci di età superiore o uguale a 65 anni riceve Social Security benefits.

<sup>118</sup> SSA, *Basic Fact Sheet on Social Security*, June 2016.

<sup>119</sup> Secondo la INVESTMENT COMPANY INSTITUTE, *A Look at Private-Sector Retirement Plan Income After ERISA*, 2015, p. 2 ss.) la Social Security rappresenta la componente più significativa del reddito dei lavoratori in pensione e quella predominante per i pensionati a basso reddito. Negli ultimi 40 anni i benefit forniti dalla Social Security hanno rappresentato circa il 51% dei redditi dei lavoratori in pensione (nel 2015, in media, più del 52% del totale del trattamento pensionistico dei lavoratori in pensione, con picchi dell'85% per i pensionati a basso reddito; mentre per i pensionati con i redditi più alti, la Social Security ha rappresentato il 28% del reddito nel 2015).

<sup>120</sup> Secondo la SSA, all'ottobre 2016 hanno beneficiato dei trattamenti forniti dalla Social Security circa 61 milioni di cittadini statunitensi, di cui 44 milioni (73%) sono lavoratori in pensione e i loro familiari, 11 milioni (18%) sono lavoratori disabili e i loro familiari e i restanti 6 milioni (10%) sono i superstiti dei lavoratori deceduti. Fonte: SSA, *Monthly Statistical Snapshot*, Ottobre 2016, Tabella n. 2.

<sup>121</sup> Cfr. l'intervento del Presidente ROOSEVELT F.D. al III Anniversario dalla promulgazione del Social Security Act (15 Agosto 1938), in *50th Anniversary Edition of the Report of the Committee on Economic Security of 1935 and Other Basic Documents relating to the Development of the Social Security Act*, 148, 1995, in cui afferma che «questa legge non garantisce a chiunque, sia individualmente che collettivamente, una vita semplice (*easy life*), né è mai stata concepita a tale scopo. Nessuna delle somme di denaro versate agli individui in forma di assistenza o di assicurazione si avvicinerà all'abbondanza. Quanto piuttosto fornirà quel minimo necessario a garantire un punto di appoggio; e infatti questo è il tipo di protezione che gli Americani desiderano».

<sup>122</sup> Si tenga presente che in questa categoria rientrano altresì i ministri del culto (inclusi preti e rabbini), i membri di un qualsiasi ordine religioso e gli individui praticanti gli insegnamenti della Christian Science e sono pertanto tenuti a versare i contributi, a meno che non abbiano fatto voto di povertà. Possono tuttavia chiedere di essere esclusi (*exempted*) dai trattamenti erogati attraverso la Social Security mediante l'invio di uno speciale modulo all'IRS contenente la dichiarazione che essi sono coscienziosamente contrari o impossibilitati ad accettare *public benefits* in ragione del loro credo e che di tale contrarietà hanno informato i loro rispettivi organi direttivi (si veda *Exemptions from Self-Employment Coverage*, in *Social Security Online Handbook*, §1131.4).

quadrimestrale o annuale a seconda del valore complessivo delle tasse che il datore deve versare alla Social Security, al Medicare program e al fisco tramite l'imposta federale sul reddito delle persone fisiche "federal individual income tax withholding"). La FICA tax (pari al 7,65% della retribuzione per ciascun datore e lavoratore) è composta al 6,2% dalle somme destinate alla Social Security e all'1,45% alle somme destinate al Medicare Hospital Insurance. La percentuale totale delle tasse versate sulla retribuzione percepita ammonta dunque a 12,4%, mentre quella destinata a finanziare il Medicare program è pari a 2,9%. Allo stesso modo, i lavoratori autonomi versano il 12,4% del loro reddito netto annuale alla Social Security, ma la metà delle SECA taxes versate da questa categoria di lavoratori è deducibile ai fini dell'imposta federale sul reddito. Si tenga inoltre presente che per entrambe le categorie di lavoratori il reddito massimo annuale tassabile (cd. *Social Security Taxable Wage Base – SSTWB*) è pari a \$127,200 nel 2017<sup>123</sup>.

Il sistema è altresì finanziato dalle entrate (*tax revenue*) provenienti delle tasse federali (*federal income taxes*) pagate sui *social security benefits* da alcune categorie di beneficiari in proporzione ai benefici ricevuti<sup>124</sup>, nonché dalle rendite (*interest income*) derivanti dagli investimenti effettuati in speciali *bond* del Governo Statunitense maturate presso il Ministero del Tesoro, il cui Segretario, in qualità di Manager Trustee of the Social Security trust funds, deve necessariamente investire in titoli di Stato fruttiferi (ccdd. interest-bearing federal government securities) dei fondi medesimi<sup>125</sup>.

Secondo le proiezioni del Social Security Board of Trustees, l'ammontare delle spese sostenute dalla Social Security supererà le entrate ogni anno a partire dal 2015 fino al 2089<sup>126</sup>, ma risulterà solvente fino 2034, con la conseguenza che i benefit riconosciuti dalle leggi attualmente in vigore saranno garantiti fino ad allora. Dopodiché il programma continuerà ad operare con i ricavi

---

<sup>123</sup> Il reddito massimo annuale tassabile (che, nel caso dei lavoratori autonomi, è quello netto) è calcolato (*adjusted*) annualmente in base al tasso di crescita dei salari.

<sup>124</sup> Dall'entrata in vigore dei Social Security Amendments, nel 1983, i benefit forniti tramite la Social Security sono tassati fino al 50% nel caso in cui il beneficiario percepisca un reddito annuale lordo (*provisional income*) superiore a \$25,000 (o a \$32,000, se si tratta di una coppia che fa la dichiarazione congiunta dei redditi) e le somme versate servono a finanziare i Social Security trust funds. L'Omnibus Budget Reconciliation Act del 1993 ha invece previsto che tali benefit fossero tassati fino all'85% per i redditi complessivi superiori a \$34,000 (o \$44,000, se si tratta di una coppia che fa la dichiarazione congiunta dei redditi) al fine di finanziare il Medicare HI program. Secondo il Congressional Budget Office (CBO) attualmente circa la metà dei beneficiari di trattamenti sponsorizzati dalla Social Security sono soggetti a tale sistema di tassazione (Si veda LIU W-WHITTAKER J.M., *Social Security: Calculation and History of Taxing Benefits*, CRS Report RL32552, Ottobre 2016).

<sup>125</sup> Trattasi dei due fondi fiduciari (trust fund) autorizzati dal Titolo II del Social Security Act del 1935: il Federal Old-Age and Survivors Insurance (OASI) e il Federal Disability Insurance (DI), i cui ricavi, nel 2015, se complessivamente considerati, sono state parti a 920 milioni di dollari, le uscite a 897 milioni di dollari e i patrimoni accumulati (accumulated holdings) pari a 2,8 trilioni di dollari (Fonte: SSA, *Trust Fund Data*, disponibile su <http://www.ssa.gov/OACT/STATS/table4a3.html>).

<sup>126</sup> Trattasi del cd. 75-year valuation period. Si veda in merito, NUSCHLER D., *Social Security: The Trust Funds*, CRT Report RL33028, Agosto 2015, p. 4 ss.

accumulati dalla Social Security, garantendo i benefit al 79% della totalità dei beneficiari aventi diritto nel 2034 e al 74% nel 2090<sup>127</sup>. In vero, numerose sono state le proposte di riforma che hanno animato il dibattito dottrinale dell'ultimo decennio alla luce delle difficoltà finanziarie manifestate dai Trust Funds e degli evidenti problemi di sostenibilità del sistema di Social Security generati dal fenomeno dell'invecchiamento della popolazione (*ageing population*)<sup>128</sup>, da una parte, e dall'incremento del costo della vita, dall'altra. Alcuni Autori hanno messo in luce le conseguenze derivanti dalla scelta di improntare la Social Security ad un approccio collettivista piuttosto che individualista<sup>129</sup>; altri hanno voluto evidenziare le criticità che deriverebbero dalla privatizzazione della Social Security<sup>130</sup>; altri ancora hanno inteso fornire delle possibili soluzioni ai problemi appena esposti<sup>131</sup>.

In termini generali, pare lecito ipotizzare che, da quel momento in cui i Fondi diventeranno insolventi, i benefit erogati dalla Social Security verranno ridotti o versati con ritardo rispetto alle scadenze prestabilite, oppure, come più probabile, verranno operate delle Riforme volte ad aumentare il gettito fiscale e a selezionare la platea dei beneficiari in senso restrittivo; tuttavia, allo stato, tale intervento non sembra ricoprire una posizione prioritaria nell'agenda politica del Governo in carica.

### *13.1.2. Full Retirement Age, Early Eligibility Age, Delayed Retirement Credit and Retirement Earnings Test*

Secondo la normativa attualmente in vigore, il lavoratore che raggiunga la cd. *Full Retirement Age* (FRA) (o *Normal Retirement Age* - NRA) – attualmente fissata ai 67 anni - ha diritto al 100% del trattamento pensionistico maturato; tuttavia, non tutta la platea di beneficiari ha il medesimo FRA dal momento che esso è aumentato gradualmente negli anni, passando da 65 per i nati nel 1937 fino

---

<sup>127</sup> SOCIAL SECURITY AND MEDICARE BOARD OF TRUSTEES, *Status of the Social Security and Medicare Programs: A Summary of the 2016 Annual Reports*, Giugno 2016, p. 11.

<sup>128</sup> KREISWIRTH B.J., *The Role of the Public Pension in a Retirement Income Security System*, 19 Comp. Lab. L. & Pol'y J., 1997-1998, p. 440 ss.

<sup>129</sup> MOORE K.L., *The Future of Social Security: Principles to Guide Reform*, 41 J. Marshall L. Rev., 2007-2008, p. 1073 ss.; HOLSTEIN M.- PAVLE K., *The "Crisis" in Retirement Security: Social Security Is the Answer, Not The Problem*, 46 J. Marshall L. Rev. 719 2012-2013, p. 727, secondo cui la Social Security è una "moral necessity".

<sup>130</sup> MOORE K.L., *Privatization of Social Security: Misguided Reform*, 71 Temp. L. Rev. 1998, 131; per una lettura critica sulla proposta di riforma della Social Security attraverso la creazione di *personal social security accounts* avanzata dalla President's Commission del 2001 si veda MEDILL C.E., *Challenging the Four "Truths" Of Personal Social Security Accounts: Evidence from The World Of 401(k) Plans*, 81 N.C. L. Rev., 2002-2003, p. 901.

<sup>131</sup> BEFORT S.F., *The Perfect Storm of Retirement Insecurity: Fixing the Three-Legged Stool of Social Security, Pension and Personal Savings*, 91 Minn. L. Rev., 2006-2007, p. 962 ss.; TEMPLIN B.J., *Social Security Reform: Should the Retirement Age Be Increased?*, 89 Or. L. Rev., 2010-2011, p. 1201 ss.



a raggiungere l'età di 66 per i nati tra il 1943 e il 1954 ed, infine, l'età di 67 per i nati dopo il 1960 o successivamente<sup>132</sup>.

Tuttavia, il diritto ai benefit matura già all'età di 62 anni, quando il lavoratore raggiunge la cd. *Early Eligibility Age* (EEA), che gli consente di godere del trattamento spettantegli decurtato permanentemente dello 0,0056% rispetto al normale PIA<sup>133</sup> per ciascun mese che lo separa dal raggiungimento della FRA fino a 36 mesi e pari, dunque, ad una riduzione annua del 6,7%; nonchè dello 0,0042% al mese per ogni mese eccedente il 36°, per un totale di 5% all'anno<sup>134</sup>.

È, inoltre, incentivata la permanenza in servizio anche dopo il raggiungimento del FRA tramite il cd. *Delayed Retirement Credit* (DRC), tramite cui viene riconosciuto un aumento dei benefit spettanti pari all'1% per ogni mese di posticipo del pensionamento (pari, dunque, all'8% di incremento per ogni anno di posticipo). In ogni caso, il limite massimo previsto per tale tipologia di incremento si raggiunge all'età di 70 anni, momento in cui, peraltro, non rileva più il dato della permanenza in servizio o meno<sup>135</sup>.

Per avere diritto ai benefit un lavoratore deve aver maturato 40 *earning credits*<sup>136</sup>, che corrispondono a 10 anni di lavoro svolto sotto la copertura della Social Security. Il PIA è calcolato sulla base della retribuzione più alta percepita nell'arco dei 35 anni di carriera, indicizzata in base al tasso di crescita dei salari<sup>137</sup>. I 35 anni di retribuzione più alta, così indicizzati, vengono prima sommati e successivamente divisi per 420 (35 anni x 12 mesi) per ottenere l'AIME (*average indexed monthly earnings*). Per calcolare il PIA di un lavoratore viene, infine, applicato un coefficiente (*progressive formula*) all'AIME che varia a seconda della fascia di reddito<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> TEMPLIN B.A., *Social Security Reform: Should the Retirement Age Be Increased?*, 89 Or. L. Rev., 2010-2011, p. 1195, secondo cui l'innalzamento graduale dell'età pensionabile ha consentito a coloro che erano vicini al momento del pensionamento di meglio pianificare la loro uscita dal mercato del lavoro, evitando loro lo shock che sarebbe derivato da un aumento repentino della stessa.

<sup>133</sup> Per PIA si intende il *primary insurance amount*, ovvero sia il primo trattamento mensile che il lavoratore avrebbe percepito se fosse andato in pensione quando aveva già raggiunto la full retirement age.

<sup>134</sup> Sono, in vero, previste altre forme di decurtazione dei benefit nelle ipotesi in cui il soggetto beneficiario sia idoneo a ricevere più di un trattamento contemporaneamente (si tratta, ad esempio, del caso in cui il coniuge del lavoratore pensionato percipiente già altri benefit in ragione del suo rapporto di lavoro, perché pensionato o disabile, ecc.). Si veda NUSCHLER D., *Social Security Primer*, CRS Report R42035, December 2016, p. 9.

<sup>135</sup> TEMPLIN B.A., *ivi*, p. 1196.

<sup>136</sup> Si consideri che un lavoratore può maturare fino a 4 *earning credits* all'anno, dal momento che ogni credito corrisponde ad un quarto di anno. Nel 2017, un lavoratore ha maturato un credito ogni \$1,300 percepiti (trattasi naturalmente di *covered earnings*, ovvero dei redditi soggetti alla tassazione di cui si è già detto in apertura di questo paragrafo).

<sup>137</sup> Se un lavoratore vanta meno di 35 anni di *covered employment*, gli anni "scoperti" valgono come zero ai fini del calcolo dell'AIME. Ne deriverà, dunque, una AIME più bassa e, di conseguenza, un trattamento economico inferiore.

<sup>138</sup> Come meglio illustrato in NUSCHLER D., *Social Security Primer*, 2016, pp. 8-9.

Nei confronti del lavoratore che decida di andare in pensione prima del raggiungimento del FRA, pur continuando a lavorare, trova, infine, applicazione il cd. *Retirement Earnings Test* (RET), che ha la funzione di ridurre il *quantum* dei benefits spettantegli in relazione ai mesi che lo separano dal raggiungimento FRA, tenuto conto altresì del reddito percepito dall'attività svolta<sup>139</sup>. In vero, prima del 1983, il RET trovava applicazione nei confronti di qualsiasi lavoratore in pensione percipiente un reddito dall'attività svolta dopo il pensionamento fino all'età di 71 anni a prescindere dal fatto che il pensionamento fosse avvenuto prima o dopo il raggiungimento del FRA; dal 1983, tuttavia, il limite per l'applicazione del RET è stato ridotto all'età di 69 anni. Ciononostante, il RET è stato a lungo percepito come un disincentivo a rimanere in servizio<sup>140</sup> fino a quando, nel 2000, ne è stata esclusa l'applicazione e sono stati eliminati i limiti reddituali dal momento in cui il lavoratore-pensionato raggiunge il FRA<sup>141</sup>.

\*\*\*

Il Social Security Act tutela, inoltre, il diritto dei lavoratori al godimento dei benefit loro spettanti, proibendone l'alienazione ed escludendo l'applicazione agli stessi delle previsioni dettate dalla legge fallimentare<sup>142</sup>. Costituiscono, tuttavia, eccezioni a tale principio le seguenti circostanze: possono essere pignorati i Social Security benefit quando essi servano a garantire il supporto economico al figlio o l'erogazione dell'assegno alimentare<sup>143</sup>, nonché a pagare tasse federali arretrate<sup>144</sup>; inoltre, l'IRC consente ai beneficiari di chiedere che una parte dei benefit venga trattenuta per soddisfare il pagamento delle tasse federali per l'anno corrente<sup>145</sup>; similmente il *Debt Collection Act*<sup>146</sup> consente la trattenuta dei benefit e il versamento degli stessi a favore di altre agenzie federali nei confronti delle quali il beneficiario abbia contratto un debito non soggetto a tassazione (*nontax debt*); infine, il *Taxpayer Relief Act*<sup>147</sup> autorizza l'Internal Revenue Service a riscuotere i debiti sorti

---

<sup>139</sup> Ad esempio, i lavoratori che al 2017 non abbiano ancora raggiunto il FRA, ma decidano di andare in pensione pur continuando a lavorare, non subiranno alcuna diminuzione a condizione che il loro reddito sia inferiore o pari a \$16,920; per quelli che maturino il FRA nel 2017 l'equivalente invece a \$44,880 (fonte: SSA, *Exempt Amounts Under The Earnings Test*, disponibile su <https://www.ssa.gov/oact/cola/rtea.html>).

<sup>140</sup> BOARD OF TRUSTEES, *The 2010 Annual Report of the Board of Trustees of the Federal Old-Age and Survivors Insurance and Federal Disability Insurance Trust Funds*, 2010, pp. 2-3.

<sup>141</sup> TEMPLIN B.A., *ivi*, p. 1198, secondo cui lo scopo perseguito dal legislatore mediante l'introduzione di tale previsione è stato di garantire un flusso di entrate al trust fund mediante l'incentivazione della permanenza in servizio, di guisa che «the outflow in benefits would be partially replaced by the inflows from working beneficiaries».

<sup>142</sup> Cfr. 42 U.S.C. §1717, dove è altresì stabilito che «nessuna delle somme di denaro liquidate o liquidabili... può essere soggetta a procedure esecutive, esazione (*levy*), sequestro, pignoramento o altra procedura legale».

<sup>143</sup> 42 U.S.C. §659.

<sup>144</sup> 26 U.S.C. §6334(c).

<sup>145</sup> 26 U.S.C. §3402(p).

<sup>146</sup> Pub. L. No. 104-134 (1996).

<sup>147</sup> Pub. L. No. 105-34 (1997).

per il tardivo pagamento di imposte federali (*overdue federal tax debts*) prelevando fino al 15% dell'ammontare del trattamento mensile spettante al beneficiario debitore.

### *13.1.3. Disabled-worker benefits*

Ai fini della Social Security, per disabilità (*disability*) si intende «l'incapacità/impossibilità di svolgere qualsivoglia *substantial gainful activity* (SGA) per ragioni psichiche o fisiche medicalmente accertate che si protrarranno per un periodo di tempo superiore ai 12 mesi o che comporteranno il decesso dell'individuo»<sup>148</sup>. Diversamente da quanto stabilito per i retirement benefits, un lavoratore disabile matura il diritto a ricevere i ccdd. disable-worker benefits anche se non ha raggiunto i 40 crediti richiesti per le altre tipologie di benefits (il numero di crediti dipende dall'età in cui il lavoratore è diventato disabile, ma non può essere inferiore a 6 crediti); allo stesso modo, il numero di anni di lavoro tenuti in considerazione ai fini del calcolo dell'AIME è inferiore nel caso di un lavoratore disabile<sup>149</sup>. Inoltre, dal momento che il trattamento non è decurtato nel caso in cui il lavoratore disabile smetta di lavorare prima di raggiungere il FRA, esso corrisponderà al suo PIA<sup>150</sup>.

### *13.1.4. Benefits for Worker's Family Members e Maximum Family Benefit*

Sebbene la maggior parte dei beneficiari della Social Security siano lavoratori pensionati e disabili, circa 1 milione (pari al 18% del totale) sono individui a loro carico e superstiti. Infatti, possono essere titolari dei benefits forniti dalla Social Security anche il coniuge, il coniuge divorziato, nonché il figlio di un lavoratore in pensione o disabile. Inoltre, i benefit maturati dalla madre o dal padre spettano rispettivamente al giovane vedovo o alla giovane vedova che si occupino del figlio del lavoratore deceduto, purchè di età inferiore a 16 anni o disabile e idoneo a ricevere i benefit della madre o del padre<sup>151</sup>. I benefit erogabili ai membri della famiglia del lavoratore corrispondono ad una percentuale del PIA di quest'ultimo e sono soggetti ad alcuni limiti a seconda dell'età della persona

---

<sup>148</sup> 42 U.S.C. §423(d)(1)(A).

<sup>149</sup> Si veda in merito MOULTA-ALI U., *Social Security Disability Insurance (SSDI): Becoming Insured, Calculating Benefit Payments, and the Effect of Dropout Year Provisions*, CRS Report R43370, Gennaio 2014.

<sup>150</sup> Si veda in merito MOULTA-ALI U., *Ibidem*.

<sup>151</sup> NUSCHLER D., *Social Security Primer*, p. 11.

destinataria del trattamento, dei contributi da questa versati durante la carriera lavorativa e di altri fattori<sup>152</sup>.

È, infine, previsto un limite massimo di benefit per ciascuna famiglia (*Maximum Family Benefit*), che prescinde dal numero dei beneficiari (i.e. componenti del nucleo familiare) e dai contributi versati dal lavoratore durante la carriera; sicché, qualora i benefit eccedano tale massimo, saranno ridotti nella misura necessaria per rimanere al di sotto di esso<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> NUSCHLER D., *ivi.*, Tabella 3, p. 12.

<sup>153</sup> Per la famiglia di un lavoratore che raggiunge l'età di 62 anni nel 2017 o decede nello stesso anno prima di raggiungere i 62 anni, il valore complessivo dei benefit che possono essere liquidati equivale a: 150% dei primi \$1,131 del PIA del lavoratore, più il 272% del PIA del lavoratore superiore a \$1,131 ed inferiore a \$1,633; più il 134% del PIA del lavoratore superiore a \$1,633 ed inferiore a \$2,130 e, infine il 175% del PIA del lavoratore superiore a \$2,130. (Fonte: <https://www.ssa.gov/oact/cola/familymax.html>).

### 13.2. *The Second Stool: i ccdd. Employer-sponsored Pension Benefit Plans*

Rientrano nel secondo pilastro del Sistema pensionistico statunitense i ccdd. Employer-sponsored Pension Benefit Plans, alla cui trattazione si procederà nei paragrafi che seguono.

#### 13.2.1. *La natura “volontaristica” dei ccdd. Employer-sponsored (o Employment-based) Pension Benefit Plans*

I piani pensionistici sponsorizzati dal datore di lavoro (ccdd. *Employment-based Pension Benefit Plans*) sono a base volontaristica; non esiste, infatti, alcuna norma nella Costituzione degli Stati Uniti, né alcuna legge che prescriva l'obbligo in capo al datore di lavoro di garantire alcun trattamento pensionistico ai propri dipendenti né che imponga ai lavoratori di investire una porzione dei loro salari in fondi pensione<sup>154</sup>. Il datore di lavoro è, infatti, libero di decidere se e quale tipo di piano sponsorizzare, nonché, in alcuni casi – di cui si dirà meglio in seguito – in che misura contribuire a tali piani; ciò non significa, tuttavia, che egli sia libero di comportarsi in modo arbitrario, specialmente nella misura in cui tali piani presentino i requisiti dettati dall'ERISA e non siano da questa (né da altre leggi) esclusi dal suo ambito di applicazione.

Le ragioni per cui, dunque, un datore di lavoro decida di sponsorizzare piani di welfare per i propri dipendenti possono essere molteplici, ma poggiano sostanzialmente su due ordini di motivi: uno organizzativo, l'altro economico. Rientrano nel primo ordine di motivi sia la volontà del datore di attrarre, mantenere alle proprie dipendenze e ripagare i «good employees» e di distinguersi sul mercato del lavoro in senso positivo dai propri *competitors* sia l'atteggiamento paternalistico volto a tutelare la salute e, più in generale, le condizioni di vita dei propri dipendenti nel corso della loro carriera lavorativa e in epoca successiva. Appartiene, invece, al secondo ordine di ragioni la scelta di

---

<sup>154</sup> Come chiarito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S., 887 (1996) «Nothing in ERISA requires employers to establish employee benefits plans. Nor does ERISA mandate what kind of benefits employers must provide if they choose to have such a plan» (nello stesso senso *Shaw v. Delta Air Lines, Inc.*, 463 U.S. 85, 91, 77 L. Ed. 2d 490, 103 S. Ct. 2890 (1983) e *Alessi v. Raybestos-Manhattan, Inc.*, 451 U.S. 504, 511, 68 L. Ed. 2d 402, 101 S. Ct. 1895 (1981) «[...] ERISA does, however, seek to ensure that employees will not be left emptyhanded once employers have guaranteed them certain benefits. As we said in *Nachman Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corporation*, 446 U.S. 359, 64 L. Ed. 2d 354, 100 S. Ct. 1723 (1980), when Congress enacted ERISA it “wanted to mak[e] sure that if a worker has been promised a defined pension benefit upon retirement -- and if he has fulfilled whatever conditions are required to obtain a vested benefit -- he actually will receive it”. Accordingly, ERISA tries to “make as certain as possible that pension fund assets [will] be adequate” to meet expected benefits payments».

istituire benefits plans per godere dei vantaggi fiscali riconosciuti in relazione a talune tipologie di piani, come si vedrà meglio nei paragrafi che seguono.

In vero, non sono mancate nel tempo proposte da parte del mondo politico<sup>155</sup> e di analisti esperti nel settore<sup>156</sup> finalizzate a rendere obbligatoria la sponsorizzazione di employment-based pension plans, tuttavia, pare lecito affermare che, allo stato, non si registri alcuna la volontà politica di compiere una svolta in tal senso<sup>157</sup>.

Secondo il Bureau of Labor Statistics, nel 2016 circa il 49% dei lavoratori del settore privato era coperto da un employer-sponsored pension plan, mentre la percentuale è molto più alta nel settore pubblico dove circa l'81% dei lavoratori ha partecipato nello stesso anno alla medesima tipologia di piani<sup>158</sup>. In termini generali è possibile affermare che il livello di copertura dipende da una molteplicità di fattori, tra cui certamente quello della retribuzione, dell'età, della tipologia di rapporto e della dimensione dell'azienda. Risulta, infatti, che il tasso di adesione a employment-based pension plans è maggiore tra i lavoratori più anziani, i lavoratori percipienti redditi più alti<sup>159</sup> e quelli impiegati presso imprese con più di 500 dipendenti<sup>160</sup>; al contrario i lavoratori più giovani, quelli a più basso reddito, nonchè assunti con un contratto diverso dal full-time sono meno propensi ad investire una parte del proprio stipendio per garantirsi un reddito al momento del pensionamento<sup>161</sup>. In generale, tuttavia, secondo i dati pubblicati nell'Annual Social and Economic Supplement to the Current Population Survey (CPS), condotto dall'U.S. Census Bureau, la popolarità di queste tipologie di piano

---

<sup>155</sup> PRESIDENT'S COMM'N ON PENSION POLICY, *Coming of Age: Toward a National Retirement Income Policy*, 1981, pp. 42-43.

<sup>156</sup> GHILARDUCCI T., *When I'm Sixty-four: The Plot Against Pensions and The Plan to Save Them*, Princeton University Press, 2008; STABLE S.J., *It Is The Time To Admit The Failure of Employer-Based Pension System?*, 11 Lewis & Clark L. Rev. 305, 2007, pp. 328-329; WOLK B., *Discrimination Rules for Qualified Retirement Plans: Good Intentions Confront Economic Reality*, 70 Va. L. Rev. 419, 1984.

<sup>157</sup> MOORE K.L., *An Overview...*, p. 18.

<sup>158</sup> BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Employee Benefits in United States*, March 2016 (disponibile su <https://www.bls.gov/news.release/pdf/ebs2.pdf>). Si chiarisce, tuttavia, sin da ora che il presente elaborato si focalizza solamente sugli employer-sponsored benefit plans nel settore privato.

<sup>159</sup> *Retirement Plan Participation: Survey of Income and Program Participation (SIPP) Data*, 2012, p. 4.

<sup>160</sup> COPELAND C., *Another Year After the Current Population Survey Redesign and More Questions About the Survey's Retirement Plan Participation Estimates*, Ebri Issue, November 21, 2016, Vol. 37, No. 12, p. 5.

<sup>161</sup> COPELAND C., *Another Year After...*, p. 3. Per un'analisi che tenga conto altresì dei fattori di genere e di provenienza etnica, si vedano anche COPELAND C., *Employment-Based Retirement Plan Participation: Geographic Differences and Trends*, Ebri Issue, October 2014, No. 405, p. 12 ss. e BEFORT S.F., *The Perfect Storm...*, 91 Minn. L. Rev., 2006-2007, pp. 947-948.

è in costante diminuzione<sup>162</sup> nonostante il 75% dei lavoratori la consideri di estrema o di grande importanza nella scelta del proprio datore di lavoro<sup>163</sup>.

### 13.2.2. *Employee Benefit Plans Governed by ERISA*

La materia degli employees benefits plans - e, più nello specifico dei retirement pension plans - è regolata principalmente a livello federale dalla normativa contenuta nell'ERISA e dall'Internal Revenue Code. In vero, anche le leggi statali sono chiamate a regolare taluni aspetti della materia, ma, fatta eccezione per alcuni casi specifici in materia di health care plans - di cui diremo a suo tempo, la prima prevale sulla seconda in ossequio alle ccdd. *preemption rules* dettate dall'ERISA.

Ai sensi del §4(a) ERISA, il Titolo I dell'ERISA, rubricato «*Protection of Employee Benefit Rights*», trova applicazione nei confronti di qualsiasi *employee benefit plan* (in seguito anche solo piano) costituito o mantenuto da un datore<sup>164</sup> o da un'organizzazione di lavoratori<sup>165</sup> che siano impegnati in un'attività commerciale interstatale (*interstate commerce*). Sono considerati employee benefit plans, sia i *welfare benefit plans* che i *pension benefit plans*<sup>166</sup>, intendendo per i primi «qualsiasi piano, fondo o programma che è stato fino a quel momento o da quel momento in poi costituito o mantenuto da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi allo scopo di fornire ai suoi partecipanti o ai soggetti beneficiari di questi ultimi, attraverso l'acquisto di un'assicurazione o tramite altro mezzo, (A) trattamenti medici, chirurgici o cure ospedaliere, o benefit in caso di malattia, infortunio, disabilità, morte o disoccupazione, o ferie, apprendistato o altri programmi di formazione, o asili nido, borse di studio o assistenza legale o (B) qualsiasi tipo di benefit descritto al §302(c) del Labor Management Relations Act del 1974 (diverso dalla pensione on

---

<sup>162</sup> Con particolare riferimento agli anni 2013-2015 si veda COPELAND C., *Another Year After...*, p. 3 ss. Secondo STEIN N.P., *An Alphabet Soup Agenda for Reform of the Internal Revenue Code and ERISA. Provisions Applicable to Qualified Retirement Deferred Compensation Plans*, 56 SMU L. Rev. 627, 2003, p. 650, peraltro, lo scarso livello di copertura registrato in relazione agli employer-sponsored retirement plans è dovuto principalmente alla natura volontaristica che caratterizza il sistema delle pensioni private nel suo complesso.

<sup>163</sup> FRONSTIN P., *Views on the Value of Voluntary Workplace Benefits: Findings from the 2015 Health and Voluntary Workplace Benefits Survey*, Ebri Issue, November 2015, Vol. 36, No. 11 Tab. p. 5.

<sup>164</sup> ERISA §3(5), ai sensi del quale «The term “employer” means any person acting directly as an employer, or indirectly in the interest of an employer, in relation to an employee benefit plan; and includes a group or association of employers acting for an employer in such capacity».

<sup>165</sup> ERISA §3(4), ai sensi del quale «The term “employee organization” means any labor union or any organization of any kind, or any agency or employee representation committee, association, group, or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning an employee benefit plan, or other matters incidental to employment relationships; or any employees' beneficiary association organized for the purpose in whole or in part, of establishing such a plan».

<sup>166</sup> ERISA §3(3).

retirement or death e dall'assicurazione stipulata per erogare tale pensione)»<sup>167</sup>; per i secondi, invece, «qualsiasi piano fondo o programma che è stato fino a quel momento o da quel momento in poi costituito o mantenuto da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi, nella misura in cui tale piano, fondo o programma, espressamente o dalle circostanze, (i) fornisca un trattamento pensionistico (*retirement income*) ai lavoratori o (ii) risulti in un differimento del reddito (*a deferral of income*) da parte degli stessi lavoratori fino al momento della cessazione del rapporto di lavoro e oltre, a prescindere dal metodo di calcolo dei contributi o dal metodo di distribuzione dei benefit adottati dal piano medesimo»<sup>168</sup>. Parimenti, sono considerati employee benefit plan quei piani che presentano le caratteristiche di entrambe le tipologie di piano appena descritte.

Ne deriva che destinatari dei benefit previsti da un welfare plan saranno i soggetti individuati come «i partecipanti e i loro beneficiari» dal piano medesimo, diversamente si dovrà fare riferimento ai «dipendenti», così come individuati nel piano, per individuare i beneficiari dei trattamenti forniti da un pension plan<sup>169</sup>.

La distinzione tra pension plan e welfare plan è fondamentale in quanto le più importanti tutele riconosciute dalle Parti 1 e 2, del Titolo I dell'ERISA, relative ai requisiti di partecipazione, maturazione e acquisizione dei diritti derivanti dalla partecipazione al piano, nonché di finanziamento del piano medesimo, trovano applicazione solamente in riferimento ai pension plans, mentre sono esclusi nei confronti dei welfare plans. Un pension plan è normalmente finalizzato a garantire al lavoratore un trattamento pensionistico o un differimento del reddito durante lo svolgimento del rapporto lavorativo e in un'epoca successiva al suo pensionamento; mentre un welfare plan è pensato per fornire altre tipologie di servizi (anche) durante lo svolgimento del rapporto, quali l'assistenza sanitaria (*health care benefits*), talune tipologie di indennità durante i periodi di assenza dal lavoro o

---

<sup>167</sup> ERISA §3(1), letteralmente, «any plan, fund, or program which was heretofore or is hereafter established or maintained by an employer or by an employee organization, or by both, to the extent that such plan, fund, or program was established or is maintained for the purpose of providing for its participants or their beneficiaries, through the purchase of insurance or otherwise, (A) medical, surgical, or hospital care or benefits, or benefits in the event of sickness, accident, disability, death or unemployment, or vacation benefits, apprenticeship or other training programs, or day care centers, scholarship funds, or prepaid legal services, or (B) any benefit described in section 302(c) of the Labor Management Relations Act, 1947 (other than pensions on retirement or death, and insurance to provide such pensions)».

<sup>168</sup> ERISA §3(2)(A), fatta esclusione per le categorie di benefit indicate alla lettera B del medesimo sottoparagrafo. Ovverosia «any plan, fund, or program which was heretofore or is hereafter established or maintained by an employer or by an employee organization, or by both, to the extent that by its express terms or as a result of surrounding circumstances such plan, fund, or program—(i) provides retirement income to employees, or (ii) results in a deferral of income by employees for periods extending to the termination of covered employment or beyond, regardless of the method of calculating the contributions made to the plan, the method of calculating the benefits under the plan or the method of distributing benefits from the plan». Con la specificazione che «A distribution from a plan, fund, or program shall not be treated as made in a form other than retirement income or as a distribution prior to termination of covered employment solely because such distribution is made to an employee who has attained age 62 and who is not separated from employment at the time of such distribution».

<sup>169</sup> Per una più approfondita analisi dei termini “employee”, “participant” e “beneficiary”, si rimanda ai paragrafi che seguono.



ancora servizi di work-life balance e wellness program, ecc., di cui si dirà conto nei paragrafi seguenti. Tuttavia, la distinzione tra le due tipologie di piano non è sempre agevole, in quanto alcune tipologie di piani possono presentare caratteri comuni alle due categorie<sup>170</sup>.

### 13.2.3. *What is a plan?*

In *Donovan v. Dillingham*<sup>171</sup> la Corte Suprema, oltre a chiarire che la mera decisione di un datore di lavoro di fornire alcuni dei benefit elencati nell'ERISA non è di per sé sufficiente ad integrare il requisito di cui al §3(1) ERISA (i.e. il piano deve essere “*established*”), ha chiarito altresì quali siano gli elementi che devono essere tenuti in considerazione al fine di stabilire la reale esistenza di un “piano” ai sensi del Titolo I ERISA. Tali elementi, meglio conosciuti come *Dillingham factors*, fanno riferimento alla capacità di una persona di normale diligenza (*reasonable person*) di identificare i benefit predisposti dal piano, la rispettiva classe di beneficiari, la fonte del finanziamento e le procedure previste per ottenere i benefit (quand'anche tali elementi emergano da fonti diverse rispetto ai documenti che regolano il funzionamento del piano stesso, come, ad esempio, una *insurance claim procedure*)<sup>172</sup>.

In una sentenza<sup>173</sup> di qualche anno successiva a *Dillingham*, peraltro, la stessa Corte ha ritenuto opportuno aggiungere un ulteriore fattore di analisi ai quattro precedentemente individuati - il cd. *Fifth Factor* - che consiste nella «ininterrotta amministrazione del piano» (*ongoing plan administration*) che si estrinseca nella determinazione dei criteri di ammissibilità al piano, nella

---

<sup>170</sup> Ci si riferisce, ad esempio, al severance pay plan, come meglio specificato nel paragrafo 2.3.1., sez. II, cap. I, nella parte decisa a tale tipologia piano.

<sup>171</sup> *Donovan v. Dillingham*, 688 F.2d 1367, (Court of Appeal, 11th Cir. 1982).

<sup>172</sup> Letteralmente «In determining whether a plan, fund, or program, pursuant to a writing or not, is a reality a court must determine whether from the surrounding circumstances a reasonable person could ascertain the intended benefits, beneficiaries, source of financing, and procedures for receiving benefits. Some essentials of a plan, fund, or program can be adopted, explicitly or implicitly, from sources outside the plan, fund, or program. But no single act in itself necessarily constitutes the establishment of the plan, fund, or program». Nel caso di specie, avente ad oggetto l'accertamento della esistenza di un welfare plan contestata da parte della società datrice e rivendicata dai suoi dipendenti, la Corte ha, inoltre, precisato che «per essere considerato un welfare plan, i benefit predisposti dal piano devono essere legati a motivi di salute, infortunio, morte, disabilità, disoccupazione o ferie, apprendistato o altro programma di formazione, asili nido, borse di studio, consulenza legale prepagata o severance benefits; che i beneficiari del piano devono includere le seguenti categorie di lavoratori: quelli iscritti al sindacato, employees, lavoratori precedentemente alle dipendenze del datore di lavoro o i loro beneficiari; e, infine, che tale piano, fondo o programma sia istituito o mantenuto da un datore o un'organizzazione di datori, o entrambe, e non da singoli lavoratori (individual employees) o entrepreneurial businesses».

<sup>173</sup> *Fort Halifax Packing Co. v. Coyne*, 482 U.S. Supreme Court, 1 (1997).

quantificazione dei benefit, nonché nel controllo costante delle fonti di finanziamento del piano per garantire un adeguato livello di copertura e, quindi, di prestazioni.

In *Musmeci*, invece, la Corte ha chiarito che anche un *voucher program* istituito al fine di consentire agli ex dipendenti di una grande catena di distribuzione l'acquisto di beni alimentari a prezzi vantaggiosi in un momento successivo al loro pensionamento può essere considerato un pension benefit plan, nella misura in cui il *voucher* è considerabile alla stregua di una forma di reddito (*income*) e, pertanto, corrisponde alla descrizione di cui al §3(2)(A)(i) ERISA<sup>174</sup>.

#### 13.2.4. *Employee Benefit Plans Non-governed by ERISA*

Ai sensi del ERISA §4(b) sono, invece, escluse dalla copertura del Titolo I - e sono quindi soggette alle leggi statali operanti nello stato in cui il datore svolge la propria attività- le seguenti tipologie di piano<sup>175</sup>: «(1) individual retirement annuities or account (IRAs); (2) church plan; (3) governmental plans; (4) unfunded excess benefit plans; (5) plans outside the United States for the benefit of nonresident aliens; (6) plans maintained solely for compliance with applicable workman's compensation and unemployment law; e (7) certain tax-sheltered annuity programs with limited employer involvement».

#### 13.2.5. *I requisiti di forma richiesti per i piani soggetti all'ERISA*

L'esistenza del piano non è subordinata al rispetto di alcune particolare formalità; sicchè un piano può essere istituito anche in forma orale, dal momento che né la sezione dell'ERISA relativa alla copertura (*coverage*)<sup>176</sup> né quella relativa alle “definizioni” prescrivono speciali requisiti di

---

<sup>174</sup> In *Musmeci v. Schwegmann Giant Super Mkts., Inc.*, 332 F. 3d 339 (Court of Appeal, 5<sup>th</sup> Circ. 2003), con riferimento al termine “income”, la Corte chiarisce che nell'ERISA non ne esiste alcuna definizione e che, pertanto, ben può essere impiegata la nozione di income contenuta nell'IRC ai §§ 63 e 61(a) e 63, ai sensi del quale per gross income si intende «all income from whatever source derived, including (but not limited to) the following items: (1) Compensation for services, including fees, commissions, fringe benefits, and similar items; (2) Gross income derived from business; (3) Gains derived from dealings in property; (4) Interest; (5) Rents; (6) Royalties; (7) Dividends; (8) Alimony and separate maintenance payments; (9) Annuities; (10) Income from life insurance and endowment contracts; (11) Pensions; (12) Income from discharge of indebtedness; (13) Distributive share of partnership gross income; (14) Income in respect of a decedent; and (15) Income from an interest in an estate or trust».

<sup>175</sup> Di tali tipologie di piano non si darà conto nella presente trattazione, fatta eccezione per i cd IRAs, cui è invece dedicato il paragrafo intitolato *Individual Retirement Savings*.

<sup>176</sup> ERISA § 4(a), 29 U.S.C. § 1003(a).

forma<sup>177</sup>. Tuttavia, come chiarito dalla Corte in *Dillingham*<sup>178</sup>, «una volta che è stato accertato che un piano è soggetto (*covered*) dalla disciplina dettata dall'ERISA, le previsioni relative al soggetto fiduciario (*fiduciary*) e alle procedure di report prevedono che il piano venga istituito in forma scritta»<sup>179</sup>.

Inoltre, dal momento che l'ERISA è stata concepita allo scopo di salvaguardare le legittime aspettative (*reasonable expectations*) dei lavoratori, il mancato rispetto del requisito della forma scritta nelle ipotesi appena menzionate, può condurre a esiti diversi, che dipendono in larga parte dalle informazioni in possesso dei lavoratori medesimi. Ne deriva che ogniqualvolta le azioni o omissioni del datore di lavoro abbiano ingenerato nei suoi dipendenti l'aspettativa legittima di essere destinatari di benefit futuri, il piano potrebbe essere considerato operante (ma solo) nei confronti di quei lavoratori rispetto ai quali «*a reasonable expectation could arise*»<sup>180</sup>. Talvolta, i giudici hanno riconosciuto l'esistenza e, quindi, l'operatività un piano (ma solo) nei confronti del personale manageriale di un'azienda in quanto i lavoratori di tale azienda erano a conoscenza - per le informazioni ricevute dallo stesso datore di lavoro o per prassi consolidata - del fatto che il personale manageriale dell'azienda fosse destinatario di taluni specifici benefit<sup>181</sup>.

### 13.2.6. Il cd. *Written Plan Document*

Ai sensi del §402 ERISA, un employee benefit plan, soggetto al Titolo I ERISA, deve essere istituito e mantenuto in conformità al cd. plan document (o *written instrument*)<sup>182</sup>. In vero, le ragioni

---

<sup>177</sup> ERISA § 3(1), 29 U.S.C. § 1002(1).

<sup>178</sup> *Dillingham*, 688 F.2d 1367, (11th Cir. 1982).

<sup>179</sup> ERISA §§ 102 and 402, 29 U.S.C. §§ 1022 and 1102. Si tenga presente, in ogni caso, che tali obblighi riguardano solamente gli amministratori e i soggetti fiduciari del piano. Nella stessa pronuncia, peraltro, la Corte afferma che «because the policy of ERISA is to safeguard well-being and security of working men and women and to apprise them of their rights and obligations under any employee benefit plan (cfr. ERISA § 2,29 U.S.C. § 1001), it would be incongruous for persons establishing or maintaining informal or unwritten employee benefit plans, or assuming the responsibility of safeguarding plan assets, to circumvent the Act merely because an administrator or other fiduciary failed to satisfy reporting or fiduciary standards».

<sup>180</sup> *Belanger v. Wyman-Gordon Co.*, 71 F.3d 451 (1<sup>st</sup> Cir. 1995).

<sup>181</sup> Si veda in proposito *Henglein v. Informal Plan for Plant Shutdown Benefits for Salaried Employees*, 974 F.2d 391, 396, 400 (3rd Cir. 1992), in cui l'esistenza del piano è stata accertata sulla base dell'omessa chiarificazione da parte del datore di lavoro ai propri dipendenti dell'inesistenza di un severance plan in cui invece questi ultimi erano convinti. Nel senso opposto si veda *Diak v. Dwyer, Costello & Knox, P.C.*, 33 F.3d 809, 811, 813 (7th Cir. 1994).

<sup>182</sup> Tipi di written documents utilizzati per istituire qualified retirement plans sono: Master and Prototype Plan Documents, Volume Submitter Plan Documents, Individually Designed Plan Documents. Tali tipi di documenti garantiscono un diverso grado di adattabilità e flessibilità rispetto alle esigenze del singolo datore, laddove i primi si basano su modelli più standardizzati e, quindi, abbattano sensibilmente i costi di gestione, mentre i documenti del terzo tipo sono modellati sulle necessità del singolo datore di lavoro e quindi sono più onerosi in termini di costi (si veda KOZAK B., *Employee Benefit Plans*, p. 70).

per cui tali tipologie di piano necessitano della forma scritta sono state illustrate dall'Education and Labor Committee<sup>183</sup> in occasione del 93th Congresso del 1973, quando è stato chiarito che è ritenuto di primaria importanza consentire ai lavoratori di prendere visione del piano al duplice scopo di comprendere i propri diritti e i propri doveri in merito a quest'ultimo e di individuare i soggetti responsabili del medesimo (ccdd. *named fiduciaries*), ai quali spetta il compito di verificare che il piano sia gestito in conformità a quanto stabilito nel written document<sup>184185</sup>. A tale scopo, infatti, il documento deve indicare la procedura istitutiva e di mantenimento della policy di finanziamento del piano, le modalità di attribuzione e di delega delle responsabilità fiduciarie (*fiduciary responsibilities*) relative alla gestione del piano, la procedura per modificare il piano ed i soggetti autorizzati a tale scopo, nonché le modalità di pagamento per e dal piano medesimo<sup>186</sup>.

Inoltre, nella misura in cui – come spesso accade - è il datore di lavoro ad amministrare l'employee benefit plan, spetta a quest'ultimo il compito di verificare che tutta la documentazione sia regolarmente tenuta, che il fondo sia gestito in conformità alle «fiduciary rules» che disciplinano i trusts, che ai partecipanti e al Ministero del Lavoro siano fornite le opportune indicazioni nelle modalità e secondo le scadenze stabilite dalla legge<sup>187</sup>. E' importante chiarire, infatti, che la violazione di tali obblighi può comportare la perdita dei benefici fiscali riconosciuti dalle legge ai contributi versati dal datore di lavoro ai benefit plans soggetti al Titolo I ERISA, la perdita del beneficio di escludere il valore dei benefit stessi (ivi compresi i contributi e i proventi derivanti dalle somme depositate nel fondo) dal gross income del lavoratore, la condanna al pagamento di tasse aggiuntive e di sanzioni pecuniarie (e, nei casi più gravi, persino la pena della detenzione) e può esporre ciascun fiduciario alla responsabilità personale per le perdite in cui il piano è incorso. Per prevenire ciò, tuttavia, il datore di lavoro può inserire nel plan document le ccdd. *optional fiduciary features*, attraverso cui i compiti di gestione del piano sono distribuiti tra diverse figure professionali anche al fine di limitare la sua responsabilità in relazione agli investimenti effettuati<sup>188</sup>. Tali sono le clausole che autorizzano una o più persone ad agire «in more than one fiduciary capacity» rispetto al piano; che autorizzano un fiduciario ad assumere un consulente che lo assista nelle operazioni di gestione

---

<sup>183</sup> Cfr. H.R. Conf. Rep. No. 93-1280 (1973) disponibile su <https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/2>.

<sup>184</sup> ERISA §402(a)(1).

<sup>185</sup> Secondo la Corte Suprema, peraltro, l'esistenza stessa di un documento scritto assicura al datore di lavoro un'ottimale gestione del piano, specialmente per quanto concerne i costi di gestione. In *Varity Corp. v. Howe*, 516 U.S. 489, 497 (1996), infatti, la Corte ha affermato che «...this focus on the written terms of the plan is the linchpin of a “a system that is not so complex that administrative costs, or litigation expenses, unduly discourage employers from offering plans in the first place”».

<sup>186</sup> ERISA §402(b).

<sup>187</sup> Si veda sul punto il paragrafo 13.2.9, sez. I, cap. I.

<sup>188</sup> Per un approfondimento sul tema si veda HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool: Guiding New Employers to the Right Retirement Plan*, 78 UMKC L. Rev., 2009-2010, pp. 535-537.

del piano, nonché quelle che autorizzano un fiduciario a nominare un *investment manager* per la gestione dei beni appartenenti al piano<sup>189</sup>.

### 13.2.7. *Plan amendments: Oral and Informal “Amendments” to Written Plan Documents*

Per quanto la modifica dei termini di un piano sia ammessa dalla legge, in materia di employee benefit plans non trovano applicazione i principi generali che regolano il diritto contrattuale (*contract law*) secondo cui le parti ben possono modificare le condizioni di un contratto (anche tacitamente) in un momento successivo alla conclusione dello stesso. Infatti, come noto, il §402 ERISA stabilisce che i benefit plans debbano essere istituiti e mantenuti in conformità al *plan document*; ciò comporta che siano ammesse solamente le modifiche apportate per iscritto<sup>190</sup> e in ossequio alle procedure di modifica indicate nel documento medesimo<sup>191</sup>.

È, tuttavia, opportuno operare un importante distinguo tra pension plans e welfare plans, laddove i primi sono soggetti ai più stringenti requisiti dettati dall’ERISA in materia di *vesting and benefit accrual* – di cui si darà ampiamente conto nei paragrafi che seguono; mentre i secondi sono soggetti alla cd. *Settlor Function Doctrine*, secondo la quale un datore di lavoro è normalmente libero di istituire, modificare o cessare un welfare plan per qualsiasi ragione o in ogni momento<sup>192</sup>.

### 13.2.8. *Trust Requirement for Plan Assets and Types of Trustee*

Ai sensi del §403 ERISA, peraltro, tutti i beni (*assets*) che formano un employee benefit plan devono essere istituiti nella forma di un trust da uno o più trustees, i cui nomi devono figurare nel plan document (o nell’accordo istitutivo del trust) oppure devono essere nominati dal fiduciario del piano stesso. L’ampiezza dei poteri riconosciuti al trustee variano a seconda che si tratti di un *discretionary trustee* o un *directed trustee*. Nel primo caso il trustee ha l’assoluta discrezionalità

---

<sup>189</sup> Per un approfondimento sulle altre figure professionali da cui il datore di lavoro può farsi assistere nella gestione del piano (namely, attorney, accountant, actuary, insurance advisor, invest advisor, record keepers, thir party administrators and enrollment retirement plan agents) si veda KOZAK B., *Employee Benefit Plans*, Carolina Academic Press, 2010, p. 37 ss.

<sup>190</sup> Si veda *Orth v. Wisconsin State Employees Union*, 546 F.3d 868, 872 (7th Circ. 2008).

<sup>191</sup> Si veda *Curtiss-Wright Corp. v. Schoonejongen*, 514 U.S. 73, 83, 115 S. Ct. 1223, 131 L. Ed. 2d 94. (1995) e *Livick v. Gillette Co.*, 524 F.3d 24, 31 & n. 7 (1<sup>st</sup> Circ. 2008).

<sup>192</sup> *Curtiss-Wright*, 514 U.S., 78.

nell'amministrare il piano e i suoi beni, nonché fare gli opportuni investimenti; nel secondo, il trustee è soggetto alle direttive impartite dal plan fiduciary, il quale, peraltro, non può essere un altro trustee né (nel caso di un 401(k) plan), un soggetto partecipante al piano<sup>193</sup>. Tuttavia, nell'esercizio delle sue funzioni, il directed trustee deve sempre verificare che le direttive impartite dal plan fiduciary siano conformi ai termini e alle condizioni stabilite nel piano e che non siano in contrasto con i requisiti stabiliti nel Titolo I ERISA, dal momento che egli, pur non essendo considerato dalla legge come un fiduciary, svolge delle funzioni di natura fiduciaria (*fiduciary functions*)<sup>194</sup>.

### 13.2.9. Plan Reporting and Disclosure Requirements

Prima dell'entrata in vigore dell'ERISA, gli obblighi di informazione prescritti nel *Welfare and Pension Plans Disclosures Act* del 1958 erano limitati, in quanto imponevano ai soggetti che amministravano i benefit plans di rendere note ai rispettivi partecipanti e ai beneficiari solo talune generiche informazioni relative alle operazioni effettuate tramite il piano medesimo. La Parte 1, Titolo I, ERISA, al contrario, detta una serie di obblighi informativi cui l'amministratore del piano deve attenersi nell'interesse dei partecipanti e dell'Amministrazione. In particolare, i documenti che l'amministratore deve predisporre a tale scopo sono diversi e comprendono la descrizione sommaria del piano (*Summary Plan Description* - SPD) e delle modifiche apportate al piano (*Summary of any Material Modifications* - SMM), le quali devono essere trasmesse a ciascun partecipante e beneficiario, devono essere scritte in modo tale da essere comprese dal partecipante "medio" e devono essere sufficientemente accurate da assicurare la comprensione dei loro diritti e dei doveri rispetto al piano<sup>195</sup>. In vero, l'ERISA non prevede alcuna sanzione civile in caso di violazione di tale obbligo da parte dell'amministratore del piano; tuttavia, nel caso in cui un SPD o un SMM dovesse risultare

---

<sup>193</sup> ERISA §403(a)(1).

<sup>194</sup> Cfr. DOL Advisory Opinion 1997-15A, nota 6, disponibile sul <https://www.dol.gov/agencies/ebsa/employers-and-advisers/guidance/advisory-opinions/1997-15a>, dove emerge con chiarezza che «it is the view of the Department that a directed trustee necessarily will perform fiduciary functions». Inoltre, in assenza di una precisa indicazione relative a cosa la legge intenda per direttive "proper" e "in accordance with" le previsioni dettate dall'ERISA, il DOL ha fornito alcune indicazioni relative ai doveri riconosciuti in capo al directed trustee, si veda DOL Field Assistance Bulletin No. 2004-3.

<sup>195</sup> ERISA §102(a). Ai sensi del §102(b), tale documento deve indicare, inter alia, i requisiti di ammissibilità al piano; i benefit riconosciuti dal piano; le circostanze che possono comportare la squalificazione dal piano, nonché la perdita dei requisiti di ammissibilità, il rifiuto o la perdita dei benefit e la cessazione del piano; nel caso di piani pensionistici, le regole per la maturazione, l'acquisizione e la distribuzione dei benefit; le procedure per agire per il riconoscimento dei benefit o per impugnarne l'eventuale rifiuto; le generalità dei plan fiduciaries e l'indicazione dell'Ufficio del Dipartimento del Lavoro cui eventualmente i partecipanti possano rivolgersi in caso necessitino di assistenza o informazioni relative ai loro diritti. Per un elenco dettagliato del contenuto di un SPD di un pension o welfare plan si veda altresì DOL Reg. §2520.102-3.

inaccurato, incompleto o errato, il partecipante può fare comunque valere i suoi diritti attraverso una *cd. Estoppel Claim*, la quale, pur non figurando tra le *civil actions* che posso essere intraprese dai soggetti elencati al §502(a) ERISA, è stata riconosciuta dalle corti federali come strumento giudiziale di cui il partecipante può servirsi per rivendicare la presunta violazione di un diritto acquisito. In considerazione della sua genesi - di natura prettamente giurisprudenziale - tale tipo di azione presenta requisiti differenti a seconda delle corti presso cui è instaurata; tuttavia, alcuni di essi sono considerati essenziali dalla totalità delle corti federali che si sono espresse sul punto: innanzitutto occorre che vi sia stata una falsa rappresentazione di un fatto materiale e che tale rappresentazione sia sufficientemente credibile da ingenerare un sentimento di affidamento nel partecipante; inoltre, è necessario che l'affidamento in tale rappresentazione abbia comportato un pregiudizio nei confronti del partecipante.

In generale, due sono le situazioni ricorrenti in cui il partecipante decide di intraprendere una *Estoppel Claim*: (1) quando il SPD riconosce un trattamento più favorevole di quello stabilito nel *written plan document* e (2) quando un fiduciario ha fatto delle promesse – oralmente o tramite comunicazioni di tipo informale – che risultano incompatibili con i termini indicati nel *plan document*. Nel primo caso, le corti federali hanno dimostrato di essere più inclini a pronunciarsi a favore del partecipante-attore, sia quando i termini del *plan document* risultino “*unambiguous*”<sup>196</sup>, sia, a maggior ragione, quando ambigui o silenti<sup>197</sup>. Quanto poi all’onere della prova in ordine all'affidamento (*actual reliance*) ingenerato nel partecipante, a seguito di talune contrastanti pronunce<sup>198</sup>, la Corte Suprema<sup>199</sup> ha chiarito che questo grava sull’attore, il quale deve altresì provare il pregiudizio subito da tale affidamento<sup>200</sup>. Nel secondo caso, invece, le corti si sono dimostrate più

---

<sup>196</sup>Si veda *Washington v. Murhpy Oil USA, Inc.*, 497 F.3d 454, 456 (5<sup>th</sup> Circ. 2007), in cui il Tribunale afferma che l’SPD è una versione più breve e semplificata del piano, finalizzata a fornire ai lavoratori informazioni che altrimenti risulterebbero troppo complesse, se non incomprensibili. Nello sforzo di semplificare il contenuto del piano, può, tuttavia, capitare che termini dell’SPD risultino in conflitto con quelli più dettagliati contenuti del piano. In tali ipotesi, afferma la corte, i termini dell’SPD prevalgono e sono vincolanti (“the terms of the SPD control and are binding”). Nello stesso senso, *Burstein v. Retirement Account Plan for Employees of Allegheny Health Education and Research Foundation*, 334 F.3d 365, 377-78 & n. 18 (3<sup>rd</sup> Circ. 2003).

<sup>197</sup> In *Halsen v. Continental Ins. Co.*, 940 F.2d 971, 982 (5<sup>th</sup> Circ. 1991), ad esempio, il Tribunale ha chiarito che l’incertezza causata da un SPD non accuratamente compilato non può penalizzare il singolo lavoratore, il quale non ha alcun potere in ordine alla redazione di tale documento, quanto piuttosto chi lo ha redatto, che dovrà rispondere delle difficoltà economiche in cui il primo è incorso quando tale documento risulti errato o poco chiaro.

<sup>198</sup> In *Collins v. American Cast Iron Pipe Co.*, 105 F.3d 1368, 1371 (1997), il Tribunale del 1<sup>st</sup> Circuito ha respinto la domanda del ricorrente in quanto difettava degli elementi necessari a provare il suo effettivo affidamento nei termini dell’SPD, nonché del pregiudizio che ne è derivato. In *Burstein*, 334 F.3d, 381, invece, tale onere non è stato richiesto ai fini dell’accoglimento della domanda attorea.

<sup>199</sup> *Cigna Corp. v. Amara*, 131 S. Ct. 1866 (2001), in cui la Corte afferma che “quando una corte agisce in virtù dei poteri conferitegli dal §502(a)(3) ... è richiesta la prova del danno causato dall’affidamento”.

<sup>200</sup> Quando alle *ccdd. clausole limitative della responsabilità del datore (disclaimer clauses)* – ovverosia di quelle clausole che affermano che in caso di conflitto tra i termini dell’SPD e del *plan document*, il secondo prevalga sul primo - talvolta inserite dal datore di lavoro nell’SPD per prevenire *estoppel claims* da parte dei suoi dipendenti, la giurisprudenza è divisa tra chi ritiene che esse siano totalmente precluse (si veda, ad esempio, *Pisciotta v. Teledyne Indus.*,

refrattarie a riconoscere al partecipante il diritto di instaurare una estoppel claim in quanto le comunicazioni informali tra amministratore e partecipante non possono essere considerate alla stregua delle modifiche apportate in ossequio alle procedure indicate nel document plan, fatta eccezione per quelle situazioni in cui è stata ravvisata la presenza di «circostanze straordinarie» (*extraordinary circumstances*)<sup>201</sup>. Peraltro, la minore possibilità di successo di questo tipo di azioni – specialmente nell'ipotesi di conflitto tra le comunicazioni informali e plan document – ha indotto i lavoratori a ricorrere ad una diversa tipologia di azione, fondata sul riconoscimento del cd. dovere di informazione (*Duty to Inform Claim*), talvolta riconosciuto dalla giurisprudenza<sup>202</sup> in capo al fiduciario del piano nei confronti dei suoi partecipanti con riferimento alle ccdd. relevant information. Tale dovere, in vero, cadrebbe al di fuori delle disclosure requirements dettate dal Titolo I, Parte I dell'ERISA e sorgerebbe sia quando il partecipante rivolga all'amministratore domande relative al normale funzionamento del piano (i.e. richiesta di chiarificazioni in merito alla summary plan description, quando il linguaggio risulti ambiguo; o, in generale, in merito ai benefit spettategli o ancora in merito alle procedure da seguire per ottenerne il riconoscimento) e compia delle scelte in base alle informazioni da questi ottenute - anche se errate, incomplete, inaccurate o false – che risultino pregiudizievoli<sup>203</sup>; sia nella specifica ipotesi in cui, per incentivare le dimissioni dei propri

---

91 F.3d, 1326, 1331 (9th Circ. 1996)) e chi, invece, ritiene che attribuire un'efficacia preclusiva a tali clausole significherebbe privare l'SPD di qualsiasi significato (si veda per tutte *McKnight v. Southern Life and Health Insurance Co.*, 758 F.2d 1566 (11th Circ. 1985)).

<sup>201</sup> Con specifico riferimento a queste ultime, si segnalano, *ex multis*, *Bloemker v. Labores's Local 265 Pension Fund*, 605 F.3d 436 (6th Circ. 2010), in cui il Tribunale ha ritenuto sussistenti circostanze straordinarie nella condotta posta in essere dall'amministratore del fondo pensione consistente nell'errata certificazione dell'importo di un trattamento pensionistico anticipato ad un partecipante, il quale si è visto poi riconosciuto un trattamento di diverso importo; e la meno recente, ma più rappresentativa *Schonholz v. Long Island Jewish Med. Ctr.*, 87 F.3d 72 (2nd Circ. 1996), in cui i giudici ha ravvisato la medesima tipologia di circostanze nel comportamento assunto dal datore di lavoro consistente nella promessa fatta ad un dipendente di un severance benefit plan per indurlo a rendere le proprie dimissioni, successivamente cessato e, dunque, reso inservibile.

<sup>202</sup> *Varity Corporation v. Howe*, 516 U.S. 503 (1996), in cui la Corte Suprema ha affermato che «The ordinary trust law understanding of fiduciary "administration" of a trust is that to act as an administrator is to perform the duties imposed, or exercise the powers conferred, by the trust documents. ... The law of trusts also understands a trust document to implicitly confer "such powers as are necessary or appropriate for the carrying out of the purposes" of the trust. [...] Conveying information about the likely future of plan benefits, thereby permitting beneficiaries to make an informed choice about continued participation, would seem to be an exercise of a power "appropriate" to carrying out an important plan purpose. After all, ERISA itself specifically requires administrators to give beneficiaries certain information about the plan» [corsivo mio]. Si veda, *e.g.*, ERISA §§ 102, 104(b)(1), 105(a).

<sup>203</sup> Rientrano in questa categoria i ccdd. *participant communication cases*, in cui la giurisprudenza ha spesso dimostrato di essere particolarmente sensibile alla posizione del partecipante che abbia subito una «economic injury» a causa delle informazioni rese dall'amministrazione del piano. La prima Corte d'Appello a riconoscere espressamente tale dovere è stata quella del distretto della Columbia, che, in *Eddy v. Colonia Life Insurance Co.*, 919 F.2d 747 (D.C. Circ. 1990), ha affermato «A fiduciary's duty [...] is not discharged simply by the issuance and dissemination of [documents and notices required by statute under Part 1 of Title I of ERISA]. Instead, that duty carries through in all of the fiduciary's dealings with beneficiaries [...] [Therefore] Once Eddy presented his predicament, Colonia Life was required to do more than simply not disinform, Colonial Life also had an affirmative obligation to inform – to provide complete and correct material information on Eddy's status and options». Nello stesso senso, *ex multis*, *Bixler v. Central Pa. Teamsters Health & Welfare Fund*, 12 F.3d 1292 (3rd Circ. 1993); *Switzer v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 52 F.3d 1294 (5th Circ. 1995); *Barker v. American Automobile Power Corp.*, 64 F.3d 1397, 1403 (9th Circ. 1995); *Becker v. Eastman Kodak Co.*, 120 F.3d 5 (2nd Circ. 1997); *Shea v. Esensten*, 107 F.3d 625 (8th Circ. 1997); *Krohn v. Hurton Mem. Hosp.*, 173 F.3d 542 (6th Circ.



dipendenti, il datore di lavoro offra a più riprese early retirement e severance plans, che, tuttavia, risultino penalizzanti per i lavoratori che li hanno accettati per primi. In tali ipotesi, la maggior parte delle pronunce<sup>204</sup> delle Corti d'Appello distrettuali federali ha riconosciuto il dovere di informazione in capo all'amministratore nel momento in cui la seconda "tornata" di benefit risultasse già nelle intenzioni (*under serious consideration*) del datore di lavoro.

In aggiunta al SPD e all'SMM, l'amministratore deve compilare altresì il report annuale (*Annual Report*, meglio conosciuto come Form 5500) relativo a ciascun employee benefit plan soggetto al Titolo I ERISA. Tale Report deve essere inviato al Dipartimento del Lavoro entro i 210 giorni successivi alla chiusura annuale del piano, a pena della condanna al pagamento di una sanzione civile per ciascun giorno trascorso in violazione delle norme relative all'invio<sup>205</sup>; il report annuale sommario (*Summary Annual Report – SAR*), che contiene un resoconto non approfondito dello stato del piano dal punto di vista finanziario, la descrizione delle regole minime di finanziamento e il prospetto delle ulteriori informazioni cui i partecipanti hanno diritto<sup>206</sup>; una nota relativa al finanziamento del piano a cadenza annuale (*Annual Funding Notice*), che fornisce informazioni dettagliate in merito allo stato finanziario del piano, attività e passività, investimenti effettuati, esiti finanziari attesi in seguito a modifiche apportate al piano, incremento dei benefit, conseguenze derivanti dalla cessazione del piano ai sensi dell'ERISA e che indica gli eventuali piani coperti dal PBGC<sup>207</sup>; un resoconto periodico dei benefit maturati attraverso il piano (*Periodic Benefit Statement*)

---

1999); *Bowerman v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 226 F.3d 574 (7<sup>th</sup> Circ. 2000); *Griggs v. E.I. DuPont de Nemours & Co.*, 237 F.3d 371 (4<sup>th</sup> Circ. 2001).

<sup>204</sup> La casistica registrata sul punto prende il nome di «serious consideration causes» e prende le mosse da *Berlin v. Michigan Bell Telephone Co.*, 858 F.2d 1154 (6<sup>th</sup> Circ. 1988), in cui l'attore affermava di essere stato leso dalle *misrepresentations* della compagnia per la quale lavorava nel momento in cui quest'ultima gli aveva assicurato che ci sarebbe stata solamente una tornata di incentivi per i lavoratori interessati a dimettersi beneficiando di un Management Income Protection Plan (MIPP), laddove, invece, ne era seguita una seconda. In tale circostanza, la Corte d'Appello ha ritenuto che «when serious consideration was given by [the company] to implementing MIPP by making a second offering [...], then the plan administrator had a fiduciary duty not to make misrepresentations, either negligently or intentionally, to potential plan participants concerning the second offering». In *Fischer v. Philadelphia Electric Co.*, 96 F.3d 1539 (3<sup>rd</sup> Circ. 1996), peraltro, la Corte del Terzo Circuito ha affermato che si è in presenza di una *serious consideration* ogniqualvolta "(1) a specific proposal (2) is being discussed for purposes of implementation (3) by senior management with the authority to implement the change" (cd. *three-factor test*) e che il duty to inform sorge solamente al verificarsi di tali circostanze, mentre nessun dovere è configurabile nella fase che le precede. Nello stesso senso, *Hockett v. Sun Co., Inc.*, 109 F.3d 151, 1522 (10<sup>th</sup> Circ. 1997); *Vartanian v. Monsanto Co.*, 131 F.3d 264, 268 (1<sup>st</sup> Circ. 1999); *Bins v. Exxon Co. U.S.A.*, 220 F.3d 1042, 1047 (9<sup>th</sup> Circ. 2000); *Beach v. Commonwealth Edison Co.*, 382 F.3d 656, 660 (7<sup>th</sup> Circ. 2004). Non hanno, invece, utilizzato il *three-factor test* adottato Fisher, ma piuttosto una *case-by-case analysis* le Corti del Secondo e del Quinto Circuito rispettivamente in *Pocchia v. NYNEX Corp.*, 81 F.3d 275 (2<sup>nd</sup> Circ. 1996); *Ballone v. Eastman Kodak Co.*, 109 F.3d 117 (2<sup>nd</sup> Circ. 1997) e *Martinez v. Schlumberger, Ltd.*, 338 F.3d 407 (5<sup>th</sup> Circ. 2003).

<sup>205</sup> ERISA §502(c)(2) e IRS §§6058 e 6652(e). Regole speciali sono stabilite in riferimento ai Top-hat Plans al DOL Reg. §2520.104-23.

<sup>206</sup> Si veda DOL Reg. §2520.104b-10.

<sup>207</sup> ERISA §§ 101(f)(1) e (2). Ai sensi del ERISA §502(c)(1), peraltro, il mancato rispetto dei requisiti stabiliti in ordine all'Annual Funding Notice espone l'amministratore ad una sanzione civile pari a fino 100 dollari per ogni giorno di ritardo con cui il partecipante e il beneficiario ricevono l'informativa stessa.

- sia “nonforfeitable”<sup>208</sup> sia “forfeitable” –, contenente altresì indicazioni relative alle modalità di investimento più sicure<sup>209</sup>; una nota di preavviso in caso di blackout (*Blackout Period Notice*)<sup>210</sup>; una cd. *Diversification Note* che informi i partecipanti con almeno tre anni di servizio della possibilità di diversificare i contributi investiti in «publicly traded employer securities» e che sottolinei l’importanza di diversificare gli investimenti effettuati tramite i propri retirement plan assets<sup>211</sup>.

Infine, l’amministratore del piano è obbligato a fornire al partecipante che ne faccia richiesta scritta (*upon request*) una copia della versione più aggiornata della SPD e del report annuale, nonché del contratto collettivo, del trust agreement, del contratto o di qualsiasi altro strumento che regoli il funzionamento del piano (la stessa domanda può essere avanzata dal Ministro del Lavoro per conto del partecipante) entro 30 giorni dalla richiesta, a pena di sanzione civile pecuniaria pari a \$100 per ogni giorno di ritardo, per ciascun partecipante<sup>212</sup>.

### 13.2.10. *Present and Future Benefit to Employees*

Giova preliminarmente chiarire che gli strumenti che il datore di lavoro ha a disposizione per ricompensare i propri dipendenti del lavoro svolto sono essenzialmente due: i *present benefits* e i *deferred benefits*<sup>213</sup>, laddove i primi consistono nell’aumento della normale retribuzione (higher wages o salaries, nonché bonus; etc.), nella partecipazione azionaria e nei fringe benefit (tra cui possono essere ricompresi anche talune tipologie di welfare benefits e health care benefits), mentre nella seconda categoria rientrano le ccdd. deferred compensation (trattasi di quelle somme di denaro che, previo accordo tra le parti, sono liquidate al lavoratore in anni – fiscali - successivi a quelli di maturazione), i ccdd. deferred interests («future ownership interest in business» nella forma delle

---

<sup>208</sup> Ai sensi del ERISA §3(B)(19) «The term “nonforfeitable” when used with respect to a pension benefit or right means a claim obtained by a participant or his beneficiary to that part of an immediate or deferred benefit under a pension plan which arises from the participant’s service, which is unconditional, and which is legally enforceable against the plan[...]».

<sup>209</sup> ERISA §105(a)(2)(B)(ii)(II) «an explanation, written in a manner calculated to be understood by the average plan participant, of the importance, for the long-term retirement security of participants and beneficiaries, of a well-balanced and diversified investment portfolio, including a statement of the risk that holding more than 20 percent of a portfolio in the security of one entity (such as employer securities) may not be adequately diversified».

<sup>210</sup> Per *blackout period* si intende quel periodo in cui i diritti di ciascun partecipante di effettuare o diversificare i propri investimenti, ottenere un prestito o la distribuzione dei benefit viene (temporaneamente) sospeso. Il preavviso da parte dell’amministratore deve essere di almeno 30 giorni dalla data in cui tale periodo avrà inizio, a pena di condanna al pagamento di una sanzione civile pari a 100 dollari per ogni giorno di ritardo con cui il partecipante ha ricevuto la notizia ed è finalizzato a consentire ai partecipanti e ai beneficiari di prendere le necessarie precauzioni. Si vedano ERISA §§ 101(i) e 502(c)(7) e DOL Reg. 2560.502c-7.

<sup>211</sup> ERISA §§101(m), (m)(i) e (m)(ii).

<sup>212</sup> ERISA §§104(b)(4) e 502(c)(6).

<sup>213</sup> CANAN M. J.-SCHULMAN C. C., *Qualified retirement plans*, Thomson Reuters, 2016-2017, p. 22 ss.

stock options, nel caso di società di capitali, o, nella forma di una future partnership, nel caso delle unincorporated businesses) e i contributi ai piani pensionistici. Con specifico riferimento ai deferred benefit da ultimo menzionati, è possibile operare un distinguo tra i ccdd. qualified plans e in nonqualified plans.

### 13.2.11. *Qualified Retirement Plans*

Sono considerati *qualified retirement plans* (anche solo qualified plans), quei piani che soddisfano i requisiti dettati dall'Internal Revenue Code al §401(a), ovverosia «devono essere gestiti nell'interesse esclusivo dei loro partecipanti, allo scopo di distribuire a questi ultimi i relativi benefit»; inoltre, devono essere istituiti in modo tale da rendere impossibile per il datore di lavoro di impiegare o distrarre i fondi prima di aver soddisfatto gli obblighi imposti dal piano ed, infine, devono essere gestiti in modo da non favorire determinate categorie di soggetti (quali i funzionari, gli stockholders, i lavoratori percipienti redditi più alti o lavoratori con funzioni di sovrintendenza) a scapito di altre. I piani che presentano tali requisiti sono, dunque, interamente disciplinati dal Titolo I ERISA<sup>214</sup>.

Al contrario sono considerati *nonqualified plans* (o *deferred compensation agreements*) quei piani che, pur fornendo un trattamento di tipo pensionistico, non presentano i caratteri prescritti dal §401(a) cit. In generale, è possibile affermare che tutti gli employee pension plans che soddisfano i criteri sanciti nell'ERISA §3(2)(A) sono soggetti alla disciplina ivi dettata; sono, tuttavia, esclusi dalle norme dettate nelle Parti 2 e 3 del Titolo I dell'ERISA in materia di ammissibilità, di maturazione (*accrual*) e acquisizione (*vesting*) dei diritti, nonché di finanziamento (*funding*) contenute, i ccdd. *Top Hat Plans*, i quali sono «sprovvisti di fondi (*unfunded*) e sono mantenuti da un datore allo scopo primario di fornire un compenso differito nel tempo (*deferred compensation*) ad un gruppo selezionato di lavoratori con funzioni manageriali o percipienti un'elevata retribuzione (ccdd. *highly compensated employees* o HCEs)»<sup>215</sup>. Tali piani sono però soggetti alla disciplina contenuta nelle Parti 1 e 5 del Titolo I, ERISA. e consentono, dunque, ai lavoratori che vi sono iscritti di accedere alle tutele giurisdizionali stabilite al §502(a)(1)(B). Tra i nonqualified plan rientrano altresì

---

<sup>214</sup> In vero, alcune delle disposizioni contenute nel §401(a) IRC coincidono con quelle dettate dell'ERISA; tuttavia, è bene sottolineare che solamente i diritti riconosciuti da quest'ultima sono azionabili in giudizio dai soggetti partecipanti al piano, dai loro beneficiari, dal soggetto fiduciario del piano o dal Dipartimento del Lavoro, laddove la violazione delle disposizioni contenute nell'IRC non consente di instaurare alcun giudizio, ma piuttosto può comportare la perdita del trattamento fiscale più vantaggioso inizialmente riconosciuto in considerazione del tipo di piano sponsorizzato e dei benefit forniti tramite esso.

<sup>215</sup> ERISA §201(2).

i ccdd. *unfunded excess benefit plans*, ovvero sia quei piani (con o senza fondi) che sono mantenuti da un datore di lavoro al solo scopo di fornire a determinati lavoratori benefits eccedenti i limiti relativi ai contributi e ai trattamenti fissati dal §415 IRC<sup>216</sup>; tali piani, peraltro, diversamente dai top-hat plans, sono esclusi dall'applicazione dell'intero Titolo I, ERISA.

È bene specificare sin dal principio, tuttavia, che la presente trattazione si focalizzerà solamente sui ccdd. *qualified plans*, in quanto si riferiscono ad una platea di beneficiari più estesa e godono di taluni benefici fiscali che li rendono preferibili agli occhi dei datori di lavoro rispetto ai *nonqualified plans* appena menzionati<sup>217</sup>.

In vero, il Congresso non richiede ai datori di lavoro di sponsorizzare *qualified benefit plans*, tuttavia, ne incentiva la scelta mediante la previsione di trattamenti fiscali più favorevoli contenute nell'IRC<sup>218</sup>. In particolare, l'IRC stabilisce che i benefit maturati e accumulati da un lavoratore iscritto ad un *qualified plan* non rientrano nel reddito lordo del lavoratore fino al momento della loro effettiva distribuzione<sup>219</sup> e che al medesimo trattamento fiscale sono soggette altresì le entrate derivanti dagli investimenti da questi effettuati sulle somme accumulate nel proprio retirement plan<sup>220</sup>; inoltre consente al datore di lavoro di dedurre immediatamente il corrispettivo dei contributi versati in favore di tali tipologie di piano<sup>221</sup> in deroga principi generali in materia tributaria e in particolare al cd. *matching principle*, secondo cui i contributi dichiarati in deduzione da parte del datore di lavoro devono corrispondere alle somme rientranti nel reddito lordo del lavoratore (in questo caso invece, il datore di lavoro può dedurle anche se non sono ancora state distribuite e quindi non figurano nel reddito lordo del lavoratore). Inoltre, in virtù della cd. *anti-alienation rule*<sup>222</sup>, i beni (*assets*) appartenenti ad un *qualified plan* costituito nella forma del trust non possono essere aggrediti dai creditori del datore di lavoro in caso di fallimento o bancarotta, bensì devono essere impiegati esclusivamente al fine di fornire i benefits ai soggetti partecipanti al piano e ai loro beneficiari; allo

---

<sup>216</sup> ERISA §3(36).

<sup>217</sup> Per un approfondimento sui *nonqualified plans* in generale si consiglia la lettura di CANAN M. J.-SCHULMAN C. C., *Qualified retirement plans*, Thomson Reuters, 2016-2017, 31 ss.; per comprendere le ragioni per cui un datore di lavoro potrebbe preferire un *nonqualified plans*, con particolare riferimento ai ccdd. top-hat plans e al trattamento fiscale riservato a questi ultimi si veda MEDILL C. E., *Introduction to Employee Benefits Law, Policy and Practice*, American Casebook Series, 4th edition, p. 106.

<sup>218</sup> TWEEL C.A., *Retirement Savings in the Face of Increasing Longevity: the Advantages of Deferring Retirement*, 14 N.C. Banking Inst., 2010, pp. 110-111; MOORE K.L., *An overview...*, p. 22 ss.

<sup>219</sup> IRC §402(a), ma vedi §402(b) in caso di disqualification dal piano.

<sup>220</sup> IRC §402(a).

<sup>221</sup> IRC §404(a).

<sup>222</sup> ERISA §206(d).

stesso modo non possono essere aggrediti dai creditori del lavoratore fino al momento in cui siano effettivamente distribuiti<sup>223</sup>.

#### *13.2.12. Types of qualified retirement plans*

I *Qualified Plans* possono a loro volta essere classificati in tre grandi macro-categorie: i cosiddetti *Defined Contribution Plans* (o *individual account plans*), i *Defined Benefit Plans* e gli *Hybrid Plans*. A riguardo è, peraltro, utile chiarire che ogni datore di lavoro può decidere di sponsorizzare più di una tipologia di piano (fatta eccezione per quei datori che decidono di istituire un SIMPLE IRA, come meglio specificato nel paragrafo dedicato a questi ultimi) ed, in alcuni casi, anche una combinazione degli stessi<sup>224</sup>.

#### *13.2.13. Defined Contribution Plans*

Nei *Defined Contribution Plans* (o a contribuzione definita), è l'*allocation formula* contenuta nel plan document a stabilire l'ammontare dei contributi che il datore di lavoro e il lavoratore devono versare ogni anno sul conto di ciascun partecipante. Ne deriva che il trattamento pensionistico garantito al lavoratore iscritto ad un defined contribution plan al momento del pensionamento sarà, dunque, equivalente all'ammontare dei benefits acquisiti (*vested* e quindi *nonforfeitable*), cui si aggiungono i proventi degli investimenti effettuati (*accumulated investment earnings*) e, conseguentemente, che, diversamente dai defined benefit plans - di cui si dirà tra breve -, tale tipologia di piano non garantisce al lavoratore un trattamento prestabilito nel *quantum* nel momento in cui andrà in pensione<sup>225</sup>, posto che il cd. *risk of investment loss* grava interamente su di lui e che, quindi, l'importo di tale trattamento deriverà principalmente dagli *investment earnings* generati dalle somme accumulate nel proprio conto. D'altra parte, un lavoratore iscritto ad un defined contribution gode del diritto alla cd. *portability* (anche detta *rollover*), che consente al lavoratore che cambi lavoro di trasferire la porzione di benefit già acquisita (quindi "vested or nonforfeitable") nel conto presso il

---

<sup>223</sup> Per un'analisi critica sulla funzione svolta da tale previsione e sugli effetti collaterali che essa può generare si veda REECE S., *The Gilded Gates of Pension Protection: Amending the Anti-Alienation Provision of ERISA Section 206(d)*, 80 Or. L. Rev., 2001, p. 385.

<sup>224</sup> Si veda *infra* la disciplina dei DB/401(k) plans.

<sup>225</sup> REECE S., *Enron: The Final Straw & How to Build Pensions of Brick*, 41 DUQ L. Rev., 2002, p. 80.

precedente datore ad un IRA (Individual Retirement Account<sup>226</sup>), nonché all'eventuale retirement plan sponsorizzato dal nuovo datore.

A seconda del tipo di contribuzione versata dal datore di lavoro, peraltro, i defined contribution plans si distinguono in *Money Purchase Pension Plans*, *Profit-Sharing Plans*, *Stock Ownership Plans* e *401(k) Plans*.

Un *money purchase plan* è un piano caratterizzato da una formula di allocazione dei contributi che fissa le somme che il datore deve versare ogni anno sul conto del proprio dipendente equivalenti ad una specifica percentuale della retribuzione di quest'ultimo. Inoltre, dal momento che tali piani sono soggetti ai *minimum funding requirements* stabiliti nell'IRC, il datore che non versi i contributi nell'ammontare specificato dalla formula è soggetto ad una sanzione pecuniaria per gli anni in cui tali requisiti non sono stati rispettati<sup>227</sup>.

In un *profit sharing plan*, invece, l'ammontare della contribuzione è lasciata alla discrezionalità del datore di lavoro, il quale ogni anno può decidere di versare un *quantum* in base alla formula di allocazione scelta oppure una simbolica *lump-sum (una tantum)*, che rappresenta la quota di profitti dell'azienda per l'anno corrente spettante alla collettività dei dipendenti o ancora di non versare alcun contributo. In vero, il nome originariamente attribuito a questa tipologia di piano rispecchiava il requisito della necessaria corrispondenza tra i contributi versati dal datore di lavoro e i profitti contabilizzati dalla società; tuttavia, in seguito tale requisito è stato eliminato<sup>228</sup>, sicché oggi non vi è più corrispondenza tra la contribuzione versata in un profit sharing plan e i profitti dell'azienda medesima.

A tale proposito occorre chiarire che esistono diverse formule di allocazione che si basano su diversi fattori, quali lo stipendio, l'età del lavoratore e gli anni di servizio, nonché le diverse formule basate sulle *ccdd. permitted disparities* o sul *cd. cross testing*. Le formule di allocazione basate sullo stipendio sono le più comuni e intuitive, in quanto prevedono che l'ammontare dei contributi versati dal datore per ciascun lavoratore rappresenti una percentuale della retribuzione di questi ultimi che sia uguale per tutti (in questo modo peraltro si evitano trattamenti che favoriscono certe categorie di lavoratori a scapito di altre in ossequio alle norme dettate in materia di non discriminazione di cui si dirà meglio più avanti).

---

<sup>226</sup> Cui è dedicato il paragrafo intitolato Individual Retirement Savings.

<sup>227</sup> IRS §§ 412(a) e 4971.

<sup>228</sup> Si veda IRS §401(a)(27), ai sensi del quale «The determination of whether the plan under which any contributions are made is a profit-sharing plan shall be made without regard to current or accumulated profits of the employer and without regard to whether the employer is a tax-exempt organization».

Le formule basate sull'età o sul servizio, invece, si basano su due diversi approcci: il cd. *point allocation approach* e il cd. *age weighted approach*. Il primo consente al datore di lavoro di versare a ciascun lavoratore tanti contributi quanti sono i punti ottenuti in base alla sua età, retribuzione o anzianità di servizio (o dalla combinazione di tali fattori) di modo che «the employer contribution in allocated among all employees in the same proportion that their respective credited points bear to the total of all participants' credited points»<sup>229</sup>. Il secondo garantisce che i contributi siano distribuiti tra tutti i lavoratori «in the same proportion that their respective present value of future salaries bear to the total of all participant's present value of future salaries», sicchè è possibile che i lavoratori più anziani o percipienti un più alto reddito ricevano un ammontare di contributi maggiore rispetto a quelli più giovani o percipienti un minor reddito. Entrambi gli approcci, tuttavia, non garantiscono il rispetto del nondiscrimination test<sup>230</sup>.

Le formule di allocazione basate sulle ccdd. *permitted disparities*, invece, consentono ai datori di lavoro di versare più contributi per i lavoratori che percepiscono una retribuzione superiore a quella massima tassabile dalla Social Security<sup>231</sup> e riscontrano quindi un minor successo tra i dipendenti che percepiscono un reddito inferiore. Più precisamente, nei profit sharing plan che adottano tale formula, la contribuzione è scomponibile in due parti: una prima parte è versata solamente nei confronti dei dipendenti i cui stipendi eccedono il SSTWB («in the same proportion that their respective excessive salary bears to the total of all participant's excess salaries») e una seconda parte che è versata nei confronti di tutti i partecipanti «in the same proportion that their respective total salary bears to the total of all participant's total salaries»; con la conseguenza che i lavoratori percipienti redditi più alti possono giovare della doppia contribuzione, mentre gli altri lavoratori possono beneficiare solamente della seconda parte di contribuzione<sup>232</sup>.

Le formule basate sul cd. *cross testing*, infine, stabiliscono l'ammontare dei contributi che il datore deve versare a ciascun lavoratore in base ad una tabella inserita nel plan document, che può consentire trattamenti contributivi più favorevoli nei confronti di alcuni lavoratori, ma deve comunque garantire, su base annuale, che il sistema di allocazione dei contributi non favorisca gli HCEs<sup>233</sup>.

Gli *employee stock ownership plans* (ESOPs) sono defined contribution plans che presentano caratteristiche simili ai profit sharing plans, fatta eccezione per il fatto che i benefit sono erogati ai

---

<sup>229</sup> KOZAK B., *Employees Benefit Plans*, pp. 92-93.

<sup>230</sup> KOZAK B., *Ibidem*, p. 93.

<sup>231</sup> Ci si riferisce alla sopramenzionata *Social Security Taxable Wage Base* (o SSTWB).

<sup>232</sup> Si veda l'esempio KOZAK B., *Ibidem*, p. 92.

<sup>233</sup> Si veda l'esempio KOZAK B., *Ibidem*, p. 94. Per la definizione di HCEs si veda *infra*, nota n. 298.

partecipanti in forma di azioni della società di cui il datore di lavoro è titolare. Ai sensi del §401(a)(23) un ESOP consente a ciascun partecipante di investire i soldi del proprio conto primariamente in *employer securities*<sup>234</sup> (tale concentrazione è ammessa in ragione del fatto che gli ESOPs sono esclusi dall'ambito di applicazione dei requisiti di diversificazione ex IRS §401(a)(35)); tuttavia, in talune circostanze è consentita la liquidazione dei benefit in contanti<sup>235</sup>. Peraltro, nella misura in cui le *employer securities* non siano facilmente vendibili sul mercato il meccanismo cd. di *put option* riconosce al lavoratore il diritto di (ri)vendere al datore tali azioni al prezzo di mercato secondo una «fair valuation formula»<sup>236</sup>.

Inoltre, un ESOP deve garantire la distribuzione dei benefit entro un anno dal raggiungimento del FRA o dal riconoscimento dello status di disabile o ancora dalla morte del lavoratore; oppure entro cinque anni dal verificarsi di qualsiasi altro evento che comporti la cessazione del rapporto di lavoro (*separation from service*). Infine, a meno che non il partecipante non decida altrimenti, la distribuzione/erogazione delle somme maturate dal piano deve avvenire con una cadenza periodica non inferiore ad una volta all'anno e in un arco di tempo non superiore a 5 anni, oppure, nel caso si tratti di un conto il cui bilancio ecceda i \$800,000, la distribuzione dovrà avvenire nel termine massimo di 5 anni cui sarà tuttavia possibile aggiungere 1 anno ogni \$160,000<sup>237</sup>.

Spesso i datori di lavoro sponsorizzano gli ESOPs non solo al fine di garantire un trattamento pensionistico ai propri dipendenti, ma anche allo scopo di finanziare operazioni acquisitive di altre società (in tale caso l'ESOP prende il nome di *leverage ESOP*). In deroga alle norme dettate dall'ERISA<sup>238</sup> e dall'IRC<sup>239</sup> in materia di *prohibited transactions*, agli ESOP di tipo *leverage* è, infatti, consentito prendere a prestito delle somme di denaro dal datore di lavoro al fine di acquistare titoli azionari del datore di lavoro<sup>240</sup>.

Rientrano, infine, nella categoria di *defined contribution plans* i ccdd. *401(k) plans* (anche chiamati *cash* o *deferred compensation plans* o CODA), che consentono al lavoratore di stabilire se e in quale misura egli sia disposto a sacrificare il suo *current income* per finanziare il proprio conto

---

<sup>234</sup> Si veda IRS §4975(e)(7) ed, in particolare, la definizione di *employer securities* indicata nel IRS §409(l)(1)-(2).

<sup>235</sup> IRC §409(h).

<sup>236</sup> IRC §409(o)(1)(B).

<sup>237</sup> IRC §409(o).

<sup>238</sup> ERISA §406.

<sup>239</sup> IRC §4975(c).

<sup>240</sup> MEDILL C.E., *Introduction to Employee Benefits Law*, pp. 129-130.



attraverso i ccdd. pre-taxed salary deferrals<sup>241</sup> o after-taxed salary deferrals<sup>242</sup> (ovverosia tramite differimenti di quote del proprio stipendio al lordo delle imposte o al netto delle imposte, rispettivamente)<sup>243</sup>. Diversamente dalle altre tipologie di pension plan, infatti, un 401(k) plan assicura al lavoratore la possibilità di scegliere quanto il datore di lavoro dovrà versare sul proprio conto o, al contrario, di ricevere in busta paga l'intero stipendio (che, in tal caso, risulterà certamente più alto in quanto non decurtato della parte versata nel piano). Dal punto di vista dell'imprenditore, pertanto, tale tipologia piano è preferibile in quanto è totalmente finanziata dai contributi dei lavoratori stessi; tuttavia, pur non essendovi alcun obbligo in capo al datore di lavoro di contribuire a sua volta al piano, spesso i datori decidono di effettuare le ccdd. *employer matching contributions*<sup>244</sup> (che consistono nel versamento di una somma pari ad una percentuale dei contributi versati dal dipendente o in cifra fissa) al fine di incentivare i lavoratori a contribuire ai 401(k)s.

A seguito la riforma pensionistica del 2006, peraltro, al datore di lavoro che sponsorizzi 401(k)s è, inoltre, consentito optare per il cd. *automatic enrollment feature*<sup>245</sup>, attraverso cui egli è autorizzato a prelevare dalla busta paga una somma prestabilita (in cifra fissa o espressa in termini percentuali<sup>246</sup>) allo scopo di versarla nel piano sotto forma di contributi. Il Congresso ha concepito tale meccanismo allo scopo di incentivare la contribuzione e di combattere l'inerzia che spesso induce i lavoratori a non operare le scelte più opportune circa i loro investimenti in fondi pensione<sup>247</sup>. Sebbene, dunque, secondo la regola dell'*automatic enrollment* il lavoratore è considerato di default come uno dei partecipanti al 401(k), gli è, tuttavia, riconosciuta la facoltà di sottrarsi a tale meccanismo (*opt out*), nonché di scegliere una diversa percentuale con cui intende contribuire.

---

<sup>241</sup> I 401(k)s che consentono al partecipante di effettuare versamenti al lordo delle imposte sono definiti anche *Traditional 401(k)s*.

<sup>242</sup> I 401(k)s che consentono al partecipante di effettuare versamenti al netto delle imposte sono definiti anche *Roth 401(k)s*. Il vantaggio conferito al partecipante da questa tipologia di piano consiste nel fatto che i contributi investiti presso il qualified trust per almeno cinque anni (insieme alle rendite derivanti dagli investimenti ivi effettuati) distribuiti al lavoratore che abbia almeno raggiunto l'età di 59½ anni non saranno soggetti ad alcuna tassazione (*tax-free*).

<sup>243</sup> KOZAK B., *op. ult.cit.*, p. 96.

<sup>244</sup> Si veda IRC §401(m).

<sup>245</sup> IRC §§401(k)(13) e 414(w).

<sup>246</sup> Più specificatamente, il datore di lavoro può scegliere di dare applicazione al cd. Eligible Automatic Contribution Arrangement (EACA) o, in alternativa, al cd. Qualified Automatic Contribution Arrangement (QACA). L'EACA consente ai partecipanti di decidere di contribuire al piano mediante il differimento di denaro o di parte del salario e al datore di lavoro, in mancanza di indicazioni esplicite da parte del lavoratore a riguardo, di stabilire il tipo di investimento da effettuare. Il QACA, invece, oltre a dover soddisfare i requisiti stabiliti per l'EACA, fissa la quota della retribuzione con cui ogni partecipante - iscritto ad un 401(k) plan e che non abbia fatto ricorso al meccanismo di *opt-out* - contribuirà al piano in una percentuale pari al 3%, 4%, 5% o 6% per il primo anno di partecipazione, il secondo, il terzo e per gli anni a seguire rispettivamente. In entrambe le ipotesi, peraltro, il datore di lavoro è obbligato ad inviare ai partecipanti entro un ragionevole periodo di tempo prima dell'inizio di ogni *plan year* un avviso formulato in modo tale da risultare comprensibile al partecipante "medio" relativo al meccanismo di enrollment prescelto.

<sup>247</sup> HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool: Guiding New Employers to the Right Retirement Plan*, 78 UMKC L. Rev., 2009-2010, p. 510; ma RUSSEL J.H., *The Separation of Intelligence And Control: Retirement Savings And The Limits Of Soft Paternalism*, 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev., 2015, pp. 51-52.

Anche in questo caso, dunque, il *risk of investment loss* grava sul lavoratore, in quanto il trattamento pensionistico che gli verrà erogato al momento del pensionamento corrisponderà principalmente alle rendite maturate attraverso i versamenti effettuati sul proprio conto. Allo stesso modo, grava sul lavoratore - il cui trattamento venga erogato in forma di lump-sum invece che in forma di rendita - il cd. *risk of longevity* nella misura in cui la parte di benefit non goduta sarà trasferita ai soggetti individuati dal *de cuius* come beneficiari oppure, in mancanza di essi, entrerà a far parte del cd. *deceased participant's estate*<sup>248</sup>. Vale, infine, quanto già esposto in merito al diritto alla portabilità del conto nel caso in cui il lavoratore cambi lavoro dal piano sponsorizzato dal vecchio datore di lavoro al nuovo, nonché alla possibilità di trasferire (e, in seguito, prelevare) le somme maturate nel proprio conto ad un IRA al momento del pensionamento.

In passato, tale tipologia di piano è stata spesso criticata<sup>249</sup> per la sua tendenza ad indurre i partecipanti a concentrare i propri investimenti in company stock, che, come insegna il caso Enron<sup>250</sup>, può comportare gravi perdite in caso di bancarotta. Tuttavia, ad oggi tale problematica sembra essersi notevolmente ridotta, non solo grazie alla lezione fornita dalle pregresse fallimentari esperienze<sup>251</sup>, ma anche grazie all'intervento del legislatore, che ha introdotto più stringenti regole di diversificazione ed obblighi informativi in capo agli amministratori di ciascun piano. Sicchè, dai dati più recenti, risulta che nel 2014 solo il 7% degli asset presenti in 401(k)s sono stati investiti in company stock<sup>252</sup>.

#### 13.2.14. Defined Benefit Plans

In un *defined benefit plans* (o a prestazione definita) la partecipazione del lavoratore al piano è automatica ed è il plan document a definire *ex ante* l'ammontare del trattamento (ovvero dei benefit) che gli verrà erogato al raggiungimento dell'età pensionabile<sup>253</sup>. Diversamente dai defined contribution plans, tuttavia, non è ammesso trasferire i benefit accumulati nel proprio conto nel caso

---

<sup>248</sup> MEDILL C.E., *op. ult.cit.*, 126,

<sup>249</sup> BEFORT S.F., *The Perfect Storm...*, pp. 955-960.

<sup>250</sup> Vedi *supra*, nota n. 31, paragrafo 3, sez. I, cap. I.

<sup>251</sup> Si vedano BEFORT S.F., *ivi*, p. 956 e REECE S., *Enron: The Final Straw & How to Build Pensions of Brick*, 41 DUQ L. Rev., 2002, p. 70.

<sup>252</sup> VANDERHEI J. ET AL., *401(k) Plan Asset Allocation, Account Balance, and Loan Activity in 2014*, Ebrl Issue, April 2016, No. 423, Tab. p. 23.

<sup>253</sup> Diversamente dai defined contribution plan, al lavoratore che rassegni le proprie dimissioni in epoca antecedente al raggiungimento del FRA, non è concesso trasferire i benefit accumulati nel proprio conto fino a quel momento.

di dimissioni prima del raggiungimento del FRA. Nella maggior parte dei casi l'ammontare dei benefit è indicato da una formula basata sulla combinazione dei fattori anagrafici e della anzianità di servizio del lavoratore; di guisa che i lavoratori che vantano una maggiore anzianità di servizio godono solitamente di un trattamento più favorevole.

In questa tipologia di piano il datore è obbligato a rispettare i *minimum funding requirements* fissati dall'ERISA al fine di garantire al piano gli asset sufficienti per l'erogazione dei trattamenti dovuti a ciascun lavoratore (cui naturalmente si sommano le rendite accumulate nel tempo sugli investimenti effettuati dal datore sul piano medesimo). Qualora, infatti, tali requisiti non vengano rispettati e, quindi, il piano difetti degli asset necessari a soddisfare la domanda di benefit, il datore di lavoro dovrà contribuire al piano nella misura necessaria a ripristinare i livelli prestabiliti dalla legge. Si tenga tuttavia, presente che, a differenza dei piani a contribuzione definita, i defined benefit plans sono protetti alla PBGC (Pension Benefit Guaranty Corporation) - di cui si è già detto in apertura del capitolo – la quale, al pari di un'assicurazione, garantisce il livello di copertura fissato dalla legge in caso di insolvenza del piano.

Fatta eccezione per la (inverosimile) ipotesi in cui il lavoratore rinunci al trattamento, questo viene solitamente erogato in forma di rendita a cadenza mensile per tutta la vita del pensionato o, nel caso questi sia sposato, per tutta la durata della vita di entrambi i coniugi. Pare, dunque, evidente che, diversamente dai defined contribution plan, nei defined benefit plan il cd. risk of investment loss<sup>254</sup> è a carico del datore di lavoro, che è l'unico soggetto al quale spetta contribuire al piano per garantire l'erogazione dei trattamenti promessi ai propri dipendenti. Allo stesso modo grava su di lui il cd. risk of longevity laddove egli è tenuto ad assicurare che il lavoratore ormai in pensione riceva i benefit fino al momento della sua morte<sup>255</sup>.

Esistono, in vero, diverse tipologie di defined benefit plan a seconda del tipo di formula adottata dal piano. In una *flat benefit formula plan* ogni partecipante riceve una rendita al raggiungimento del FRA calcolata sulla base di una formula che corrisponde generalmente ad una somma di denaro moltiplicata per il numero di anni in cui il lavoratore ha prestato il suo servizio presso il datore di lavoro che sponsorizza il piano. In una *fixed benefit formula plan* (o *final average formula plan*) ogni partecipante riceve una rendita al raggiungimento del FRA calcolata in base a prodotto tra gli anni di servizio e una certa percentuale dello stipendio percepito (income replacement

---

<sup>254</sup> Per meglio comprendere i diversi rischi che gravano sul datore di lavoro che decida di sponsorizzare defined benefit plans, si veda OECD, *Pensions Outlook 2016*, 23, pp. 28-29, tra i quali figurano altresì il rischio legato all'errata proiezione dei tassi di rendita dei fondi (*risk related to failing interest rates*) e il cd. *longevity risk*.

<sup>255</sup> Tale rischio, tuttavia, viene generalmente mitigato mediante la stipula da parte del datore di lavoro di contratti di rendita offerti dalle compagnie assicurative attraverso gli asset del piano medesimo.

percentage). In questo tipo di formula, viene presa in considerazione la retribuzione percepita negli ultimi cinque/dieci prima del pensionamento, che solitamente corrisponde alla retribuzione massima percepita durante l'intera carriera lavorativa. In una *unit benefit formula plan* (o *career average formula plan*), invece, il calcolo è simile a quello effettuato per la fixed formula, tranne per il fatto che la cifra corrispondente ad una certa percentuale dello stipendio viene moltiplicata non solo per gli anni di servizio, ma anche per la media della retribuzione percepita dal lavoratore nell'arco della carriera. Esistono, infine, i codd. *defined benefit plan with permitted disparity*<sup>256</sup> che, similmente a quanto già esposto in merito ai defined contribution plan caratterizzati da una permitted disparity formula, sono concepiti allo scopo di procurare ai lavoratori con un reddito superiore al SSTWB una *additional compensation* mediante un cd. *excess plan* oppure un *offset*<sup>257</sup>.

### 13.2.15. Hybrid Plans

Un *hybrid plan* è un defined benefit plan che presenta tuttavia alcuni caratteri propri di un defined contribution plan in quanto fornisce l'indicazione dell'ammontare del trattamento pensionistico erogabile dal piano in base al saldo contabile di un ipotetico conto individuale. Il trattamento può essere liquidato in forma di lump-sum o di rendita ed è ammessa la portabilità dei benefit maturati nell'ipotesi in cui il lavoratore cessi il rapporto di lavoro prima del raggiungimento del FRA.

La ragione per cui tale tipologia di piano è tecnicamente equiparata ad un defined benefit plan, nonostante l'esistenza di tale conto "ipotetico", è che il datore di lavoro è tenuto a assicurare un livello di asset sufficiente a garantire l'erogazione dei benefit a tutti i partecipanti, in ossequio ai *minimum funding requirements* dettati per i defined benefit plans, nonché ad effettuare gli opportuni investimenti su tali asset. Il più comune tra gli hybrid plans è il cd. *cash balance plan* in cui il trattamento atteso dal partecipante al momento del pensionamento è espresso in forma di saldo di un conto ipotetico individuale alimentato dai contributi versati dal datore di lavoro pari ad una

---

<sup>256</sup> IRC §401(l) e DOL. Reg. §1.401(l)-3.

<sup>257</sup> DOL. Reg. §1.401(l)-1(c)(25). Il primo è definito dal DOL Reg. come un «defined contribution plan under which the rate at which employer contributions are allocated to the account of an employee with respect to plan year compensation above the integration level (expressed as a percentage of such plan year compensation) is greater than the rate at which employer contributions are allocated to the account of an employee with respect to plan year compensation at or below the integration level (expressed as a percentage of such plan year compensation)»; mentre il secondo come «a defined benefit plan that is not a defined benefit excess plan and that provides that each employee's employer-provided benefit is reduced or offset by a specified percentage of the employee's final average compensation up to the offset level under the plan».

determinata percentuale della retribuzione percepita, cui si aggiunge il tasso presunto di rendimento degli investimenti effettuati sul conto. Al pari di un defined benefit plan, dunque, il datore di lavoro deve garantire che tali investimenti producano il rendimento promesso<sup>258</sup>; tuttavia, nel caso in cui questo ecceda quello inizialmente prognosticato, i contributi dovuti dal datore di lavoro si riducono del relativo ammontare per l'anno seguente. Infine, nella diversa ipotesi in cui il rendimento sia significativamente superiore a quello atteso, il datore di lavoro può godere della cd. vacanza contributiva (*contribution holiday*), che consiste in un periodo durante il quale egli è esentato dal versare i contributi fintanto che il piano risulti adeguatamente finanziato da tali rendite.

Esistono, infine, altri tipi di hybrid plans, quali, ad esempio, i *target plans*, che rappresentano una variante dei money purchase plans in cui i contributi versati sul conto di ciascun lavoratore corrispondono all'ammontare stabilito da una formula contributiva finalizzata a garantire che il trattamento pensionistico risultante al momento del pensionamento sia di una certa entità<sup>259</sup>; ma anche i ccdd. *pension equity plans* in cui la benefit formula definisce l'ammontare del trattamento spettante a ciascun lavoratore in forma di una lump-sum equivalente ad una percentuale della retribuzione percepita dal partecipante negli ultimi anni della carriera lavorativa moltiplicata per il numero degli anni di servizio. Nel 2010, è stata inoltre introdotta una nuova tipologia di hybrid plan, denominata *new combined DB/401(k) plan*, che consiste nella possibilità riconosciuta ad un datore di lavoro con meno di 500 dipendenti di sponsorizzare un defined benefit plan con le caratteristiche tipiche di un 401(k), in cui il livello di benefit dovuti è calcolato sulla base di quanto stabilito al IRC §414(x)(2)(B)(ii), cui si rimanda.

### 13.2.16. Trends of Employer-Sponsored Retirement Benefits Plans

I defined benefit plans hanno dominato la storia degli employment-sponsored plans per molto tempo<sup>260</sup>, almeno fino all'entrata in vigore dell'ERISA, che ne ha sensibilmente incrementato i costi

---

<sup>258</sup> Secondo BEFORT S.F., *The Perfect Storm...*, p. 952, la scelta operata da molti datori di lavoro di abbandonare defined benefit plans per adottare piani di tipo cash balance, ha alterato il metodo di accumulazione dei benefit, in quanto, se i primi garantiscono un incremento significativo del trattamento negli anni appena precedenti al pensionamento, i secondi forniscono un trattamento che tiene conto dell'intera carriera lavorativa, sicché tale mutamento favorisce i tassi di rendimento dei lavoratori più giovani a scapito di quelli più anziani.

<sup>259</sup> TWEEL C.A., *Retirement Savings...*, p. 109 e KOZAK B., *op. ult. cit.*, p. 105.

<sup>260</sup> Secondo la INVESTMENT COMPANY INSTITUTE, *A Look at Private-Sector Retirement Plan Income After ERISA*, 2015, p. 3, nel 1975 circa l'87% dei lavoratori coperti da retirement plans nel settore privato partecipavano a defined benefit plans, laddove tale percentuale è scesa a 44% nel 1998. Si veda altresì *OECD Pensions Outlook 2016*, Figure 1.3, p. 27.

mediante l'introduzione di un premio annuale da versare al PBGC<sup>261</sup>, la previsione di minimum funding requirements, l'ampliamento dei requisiti minimi di partecipazione e l'inasprimento degli obblighi informativi nei confronti dei partecipanti. Tali fattori hanno certamente favorito la diffusione dei defined contribution plans<sup>262</sup>, ma parte del successo di tale ultima tipologia di piani è motivato altresì all'introduzione dei ccdd. *401(k) plans* ad opera del *Revenue Act* del 1978<sup>263</sup>, che sono guardati con favore sia dai lavoratori – i quali sono liberi di scegliere se ricevere i benefit in forma di cash o di versare il corrispettivo ammontare nel piano - sia dai datori di lavoro – i quali possono scegliere se offrire le ccdd. *matching contributions*, nonché adottare l'*automatic enrollment*; inoltre, tali tipologie di piano sono più semplici di amministrare<sup>264</sup> e presentano quei caratteri di flessibilità che ben si adattano ad una forza lavoro in costante mutamento<sup>265</sup>. Conseguenza di tale mutamento<sup>266</sup> è stato il passaggio sia dell'*investment risk* dai datori di lavoro ai lavoratori<sup>267</sup> sia dell'onere del finanziamento del piano, che è tanto più gravoso nei momenti di crisi economica (come quello registrato nel 2008)<sup>268</sup>, in cui il mercato finanziario non è in grado di procurare i profitti necessari ad incrementare il valore delle somme accumulate nei piani ed appare con maggiore evidenza la necessità per i lavoratori di lavorare più a lungo allo scopo di garantirsi il medesimo livello di trattamento.

In vero, entrambe le tipologie di piano presentano, allo stato, elementi di notevole criticità. Da un lato, infatti, i defined benefit plans risultano ampiamente scoperti in termini finanziari<sup>269</sup> ed il

---

<sup>261</sup> Si veda in merito il sito <http://www.pbgc.gov/prac/prem/premium-rates>.

<sup>262</sup> Secondo le stime del DOL, *Private Pension Plan Bulletin Historical Tables and Graphs 1975-2014*, 1 (disponibile su <https://www.dol.gov/sites/default/files/ebsa/researchers/statistics/retirement-bulletins/private-pension-plan-bulletin-historical-tables-and-graphs.pdf>), il numero di defined contribution plans nel 1975 era di poco inferiore alle 208.000 unità, mentre i defined benefit plans erano poco più di 103.000. Nel 2014, il numero di DC plans è cresciuto fino a raggiungere la cifra di 640.334, laddove i DB plans erano solamente 44.869.

<sup>263</sup> Secondo i dati del DOL, *Private Pension Plan Bulletin Historical Tables and Graphs 1975-2014*, p. 25, nel 1984 si contavano 17.303 401(k) plans, nel 2014 il numero è cresciuto esponenzialmente fino a 533.769.

<sup>264</sup> JEFFERSON R.T., *Rethinking the Risk of Defined Contribution Plans*, 4 FLA TAX Rev., 2000, p. 614.

<sup>265</sup> STABILE S., *The Behaviour of Defined Contribution Plans Participants*, 77 NYU L. Rev., 2002, p. 75.

<sup>266</sup> Che secondo ZELINSKY E.A., *The Origins of the Ownership Society: How the Defined Contribution Paradigm Changed America*, NY: Oxford University Press, 2007, p. 97, incarnerebbe perfettamente i più saldi valori della cultura statunitense dell'autonomia individuale, della tutela della proprietà privata e dell'autosostentamento. Di simile avviso è anche MOORE K.L., *An overview...*, p. 48, secondo cui l'*employment-based pension system* statunitense, alla luce dei cambiamenti sopramenzionati, si baserebbe interamente sulla libertà di scelta e sulla responsabilità di ogni singolo individuo, al quale è attribuita la facoltà di decidere se e come partecipare ad un piano, in che misura contribuirvi e come investire i propri asset.

<sup>267</sup> BEFORT S.F., *The Perfect Storm...*, 91 Minn. L. Rev., 2006-2007, p. 949.

<sup>268</sup> HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool...*, p. 509, secondo cui tale onere è aggravato nei momenti di difficoltà economica quando i datori di lavoro guardano alla possibilità di ridurre i propri contributi ai retirement plans come una valida alternativa al licenziamento.

<sup>269</sup> Da un recente ricerca condotta da City GPS – uno dei maggiori istituti finanziari degli Stati Uniti – in collaborazione con il Boston College Center for Retirement Research, *The Coming Pension Crisis*, March 2016, 8 (disponibile sul <https://ir.citi.com/A441Khe6CVSifkypSON6kDXypHYjJ%2BENxq8FLMoTBde6kse9Kt9KQ%3D%3D>) risulta che il deficit complessivo dei defined benefit plans registrato nel 2016 risulta pari a \$425 miliardi.

deficit della PBGC (Pension Benefit Guarantee Corporation) è in costante aumento<sup>270</sup>; dall'altro, i defined contribution plans (e, specialmente, i 401(k) plans), traslando il rischio di finanziamento sui lavoratori, hanno messo in luce le disparità esistenti tra lavoratori anziani e con carriere lavorative più lunghe e lavoratori più giovani con carriere lavorative discontinue, i quali spesso non riescono a garantire un flusso contributivo ai propri piani<sup>271</sup> e si trovano sovente nella necessità di prelevare quanto maturato per far fronte alle contingenze<sup>272</sup>.

### 13.2.17. I requisiti di età e di anzianità di servizio per essere ammessi ad un qualified plan (o Eligibility Rules)

I requisiti in materia di ammissibilità (*eligibility*) e acquisizione (*vesting*) dei diritti del partecipante al piano dettati dal Titolo 1, Parte 2 dell'ERISA trovano applicazione nei confronti dei qualified retirement plans, mentre sono esclusi per i welfare plans e i top hat plans per espressa previsione di legge<sup>273</sup>.

Con riferimento al *requisito anagrafico*, la legge stabilisce che l'età minima richiesta per essere ammessi ad un piano non può essere superiore ai 21 anni<sup>274</sup>, inoltre, allo scopo di prevenire comportamenti discriminatori nei confronti dei lavoratori più anziani, non è consentita l'esclusione dal piano per il solo fatto di aver raggiunto una determinata età<sup>275</sup>.

In aggiunta alla previsione di requisiti minimi di età, il datore di lavoro può stabilire che l'ammissione al piano di un dipendente sia subordinata allo svolgimento da parte di questo di un

---

<sup>270</sup> Secondo i dati pubblicati nel PBGC, 2016 Annual Report, 25, al settembre 2016, il PBGC ha registrato perdite pari a \$21 miliardi con riferimento ai single-employer plans e \$59 miliardi con riferimento ai multiemployer-plans. Il caso della Bethlehem Steel Company verificatosi nel 2002 risulta emblematico da questo punto di vista, in quanto ha rappresentato la più consistente richiesta di finanziamento mai fatta al PBGC single-employer program Secondo FORD C.J. ET AL., *Weaknesses in Defined Benefit Pension Funding Rules: A Look at the Largest Plans*, 1995-2002, p. 362, la PBGC ha dovuto investire più di \$3,7 miliardi per coprire il deficit registrato dal defined benefit plan sponsorizzato dalla Bethlehem, che risultava scoperto all'85,2% al momento della sua cessazione e con un valore di asset complessivo inferiore alla metà dei benefit promessi.

<sup>271</sup> Secondo VANDERHEI J. ET AL., *401(k) Plan Asset Allocation, Account Balance, and Loan Activity in 2014*, Ebr Issue, April 2016, No. 423, p. 2, nel 2014, «participants in their 30s with more than two to five years of tenure had an average 401(k) plan account balance of close to \$25,000, compared with an average 401(k) plan account balance of nearly \$275,000 among participants in their 60s with more than 30 years of tenure». In generale, peraltro, il 50% dei partecipanti a 401(k)s hanno età compresa tra i 30 e 40, mentre solo il 13% ha 20 anni.

<sup>272</sup> Si veda VANDERHEI J., *The Impact of Leakages on 401(k) Accumulations at Retirement Age*, ERISA Advisory Council U.S. Department of Labor Hearing on: Lifetime Participation in Plans; *Reducing Retirement Savings Leakage*, Ebr Issue, August 2016, Vol. 37, No. 9, p. 2; MUNNEL A.H.-SUNDEN A., *Coming Up Short: The Challenge of 401(k) plans*, 2004, p. 133.

<sup>273</sup> ERISA §201(1).

<sup>274</sup> ERISA §202(a)(1)(A)(i) e IRC§410(a)(1)(A)(i).

<sup>275</sup> ERISA §202(a)(2).

*prerequisite period* di servizio, che, tuttavia, non può essere superiore ad un anno<sup>276</sup>. Ai fini del raggiungimento del requisito di ammissibilità, peraltro, per “anno di servizio” (*year of service*) si intende un periodo di 12 mesi consecutivi durante i quali il lavoratore abbia accumulato un numero di ore di lavoro - consecutive o intermittenti<sup>277</sup> - non inferiore a 1.000<sup>278</sup>, che comincia a decorrere dalla data in cui il contratto di lavoro ha avuto esecuzione; mentre per “ora di servizio” (*hour of service*) si intende «ogni ora per la quale il lavoratore abbia ricevuto o abbia il diritto di ricevere un compenso» per lo svolgimento di un servizio nell’interesse del proprio datore di lavoro durante il periodo di computo preso in considerazione, ivi comprese le ore in cui non è stata svolta alcuna prestazione (*no duties are performed*) in ragione di festività, ferie, malattia, incapacità (inclusa la disabilità), licenziamento, espletamento di doveri legati alla giuria (*jury duty*) o al servizio militare, nonché assenze autorizzate (*leaves of absence*)<sup>279</sup>. Nel caso in cui il lavoratore (neoassunto) non abbia raggiunto il monte ore richiesto durante il primo anno di lavoro, il piano «may continue to measure hours of service required for eligibility to participate in the plan» dalla data di inizio dell’esecuzione del rapporto «or may switch to a calendar year measure», a condizione che l’anno civile preso in considerazione includa il primo anniversario della data di inizio del rapporto medesimo<sup>280</sup>. In ogni caso, i requisiti fissati dall’ERISA (e duplicati nell’IRC) sono liberamente derogabili *in melius* dal datore di lavoro, che intenda fissare condizioni di ammissibilità meno stringenti.

Il lavoratore che soddisfi i requisiti di età e di servizio stabiliti dal proprio datore di lavoro potrebbe, però, non essere immediatamente ammesso al piano, in quanto la legge detta ulteriori regole in materia di accessibilità, fissando delle “finestre” entro cui il lavoratore deve dimostrare di avere soddisfatto tali requisiti e a partire dalle quali egli può iniziare a partecipare al piano<sup>281</sup>. Come parziale soluzione al problema e al fine di agevolare i propri dipendenti, tuttavia, i datori di lavoro sono soliti stabilire almeno due diverse di “ammissione” durante il corso dell’anno (ad esempio, 15 gennaio e 15 giugno)<sup>282</sup>.

In generale è opportuno chiarire che il datore di lavoro è generalmente libero di scegliere quali lavoratori (o categorie o classi di lavoratori) possano partecipare ai piani da lui sponsorizzati, purchè

---

<sup>276</sup> ERISA §202(a)(1)(A)(ii) e IRC§410(a)(1)(A)(ii).

<sup>277</sup> DOL Reg. §2530.200b-1(b).

<sup>278</sup> ERISA §202(a)(3)(A) e IRC§410(a)(3)(A).

<sup>279</sup> DOL Reg. §2530.200b-2. Tuttavia, al datore di lavoro è concesso adottare un diverso sistema di calcolo delle ore di servizio, purchè il metodo di calcolo prescelto rientri tra quelli individuati al DOL Reg. §2530.200b-3.

<sup>280</sup> DOL Reg. §2530.202-2(a)-(b).

<sup>281</sup> ERISA §202(a)(4) e IRC§410(a)(4).

<sup>282</sup> Anche in questo caso, comunque, il datore di lavoro rimane di libero di fissare regole più favorevoli per i propri dipendenti, ad esempio, consentendo a quelli che hanno maturato le ore di servizio prima del raggiungimento della data fissata per l’accesso al piano di iscriversi nello stesso nel momento in cui il monte ore è stato raggiunto.



siano rispettate le regole dettate dall'ERISA in materia di eligibility – di cui si è appena detto – e le altre discusse nei paragrafi che seguono. Le eventuali esclusioni, tuttavia, devono poggiarsi su *neutral business criteria* e non devono dunque essere finalizzate a discriminare taluni lavoratori a vantaggio di altri.

### 13.2.18. Vesting rules (o regole acquisitive)

Le vesting rules tutelano i benefit maturati dal partecipante nel corso della sua carriera lavorativa attraverso il piano fissando delle regole di forfetizzazione (o *vesting schedule*) ben precise a seconda del tipo di qualified plan sponsorizzato dal datore di lavoro. La regola generale per il calcolo degli anni di maturazione è quella per cui il piano deve prendere in considerazione come base di calcolo tutti gli anni di servizio effettuati (*all years of service*).

In proposito, occorre preliminarmente chiarire che, ai fini della soddisfazione dei requisiti dettati in materia di vesting (acquisizione), per «vesting year» e «hour of service» si intende esattamente quanto già specificato in relazione ai requisiti di ammissibilità al piano; tuttavia, diversamente da questi ultimi, per calcolare ciascun *vesting year of service* è possibile prendere come parametro sia l'anno solare, sia il plan year che ulteriori 12 mesi purchè consecutivi<sup>283</sup>, sicchè è possibile che un partecipante che non sia ancora stato ammesso al piano abbia già maturato un anno di vesting service<sup>284</sup>.

Si tenga, inoltre, presente che l'espressione «benefit maturati attraverso il piano» assume un diverso significato a seconda che ci si riferisca ad un defined benefit plan o ad un defined contribution plans; se, infatti, in quest'ultima tipologia di piano, per «accrued benefits» si intende la somma dei benefit (vested e nonvested, ovvero già acquisiti e non acquisiti) accumulata nel conto di ciascun partecipante<sup>285</sup>, per la prima tipologia di piano si fa riferimento all'ammontare della rendita mensile che il partecipante riceverà al momento del raggiungimento del già menzionato FRA<sup>286</sup>.

Esistono, invero, diverse tipologie di *vesting schedules* a seconda che il piano sponsorizzato dal datore di lavoro sia un defined benefit plan, un defined contribution plan o un hybrid plan. Con particolare riferimento ai defined benefit plans, il datore di lavoro può adottare una «five-years cliff schedule», ai sensi della quale il partecipante non acquisisce alcun diritto rispetto ai benefit maturati

---

<sup>283</sup>ERISA §203(b)(2)(A) e IRC§411(a)(5)(A).

<sup>284</sup> MCGILL COLLEEN E., *Introduction...*, p. 42.

<sup>285</sup> ERISA §3(23)(B) e IRC§411(a)(7)(A)(ii).

<sup>286</sup> ERISA §3(23)(A) e IRC§411(a)(7)(A)(i).

per i primi cinque anni di iscrizione al piano, dopodiché egli è *fully vested* e acquisisce, dunque, il diritto sul 100% dei benefit ivi maturati<sup>287</sup>; oppure una «seven-year graduated vesting schedule» ai sensi della quale il partecipante diviene *partially vested* (nella misura del 20%) dopo tre anni di vesting service e, per ogni anno successivo la percentuale di benefit acquisiti (*vested*) aumenta progressivamente nella misura stabilita dal piano medesimo fino a raggiungere il 100%<sup>288</sup> (ad esempio, 4 anni-40%, 5-60, 6-80, 7 o più-100). Con riferimento ai defined contribution plans, invece, il datore può adottare alternativamente una «three-year cliff schedule»<sup>289</sup> o una «six-year graduated vesting schedule»<sup>290</sup>, che si basano sulla medesima *ratio* dei defined benefit plans, ma diversificano i termini di acquisizione su 3 e 6 anni. Quanto agli hybrid plans, infine, è prevista l'applicazione della sola «three-year cliff schedule»<sup>291</sup>.

A tutela dei partecipanti, l'IRC§411(d)(3) stabilisce, peraltro, che, in caso di cessazione di un qualified plan (sia esso di tipo defined contribution o defined benefit), a questi venga riconosciuta la totalità dei benefit ivi maturati a prescindere dal numero di anni di vesting service che questi possono vantare nel momento in cui il piano ha cessato di esistere.

### 13.2.19. Other Requirements for Qualified Plans

Tra le numerose previsioni contenute nel Titolo I, Parte, dell'ERISA volte a tutelare i benefit maturati dai partecipanti ad un qualified plan dall'arbitrio del datore di lavoro, inoltre, vi è anche la cd. *anti-cutback rules*, ai sensi della quale non è ammesso apportare al piano modifiche che comportino una diminuzione dei benefit già maturati (*accrued benefits*) da ciascun partecipante<sup>292</sup>. Al contrario, sono ammesse modifiche che incidano solamente sul tasso di maturazione dei benefit futuri (*individual's rate of future benefit accrual*), purchè ne venga data notizia a tutti i partecipanti che potrebbero esservi coinvolti mediante comunicazione scritta almeno 45 giorni prima che la modifica produca i suoi effetti nel caso dei single-employer plans<sup>293</sup>, o 15 giorni prima nel caso dei multiemployer plans o di piani con meno di 100 iscritti<sup>294</sup>.

---

<sup>287</sup> ERISA §202(a)(2)(A)(ii) e IRC§410(a)(2)(A)(iii).

<sup>288</sup> ERISA §202(a)(2)(A)(ii) e IRC§410(a)(2)(A)(iii).

<sup>289</sup> ERISA §202(a)(2)(B)(ii) e IRC§410(a)(2)(B)(ii).

<sup>290</sup> ERISA §202(a)(2)(B)(iii) e IRC§410(a)(2)(B)(iii).

<sup>291</sup> IRC §411(a)(13)(B).

<sup>292</sup> ERISA §204(g)(1) e IRC§411(d)(6)(A).

<sup>293</sup> 26 C.F.R. §§1.411(d)-3 e 54.4980F-1, Q&A-9(a).

<sup>294</sup> 26 C.F.R. §§1.411(d)-3 e 54.4980F-1, Q&A-9(b)-(c).

### 13.2.20. Non-discrimination Requirements for Qualified Benefit Plans

Di fondamentale importanza sono altresì le regole in materia di antidiscriminazione dettate dall'Internal Revenue Code con specifico riferimento ai qualified plans, che, come noto, rappresentano la tipologia di piano vista con maggiore favore da parte dal legislatore, in quanto, da un lato, garantisce consistenti benefici fiscali al datore di lavoro (e al lavoratore) e, dall'altra, fornisce il più ampio spettro di tutele ai lavoratori che vi partecipano. In termini generali, le norme antidiscriminatorie hanno la funzione di prevenire trattamenti privilegiati nei confronti di certe categorie di lavoratori prevedendo che la violazione da parte del datore di lavoro<sup>295</sup> dei requisiti dettati dal codice relativamente alla percentuale di partecipazione dei ccdd. *rank and file employees*<sup>296</sup> al piano (*how many*), nonché all'ammontare del trattamento loro spettante (*how much*) comporti la perdita dei vantaggi fiscali e la squalifica (*disqualification*<sup>297</sup>) del piano medesimo. Più in particolare, il Codice qualifica come discriminatori quei piani che garantiscono ai ccdd. *highly compensated employees* (HCEs)<sup>298</sup> un trattamento più favorevole, che risulti in eccesso rispetto ai limiti dettati dai §§410(b), 410(a)(4), 401(k) e 401(m).

Sono quattro, in particolare, gli strumenti fondamentali apprestati dal Codice a presidio delle regole antidiscriminatorie, alla cui disamina si procederà nei paragrafi che seguono:

- a. The Minimum Coverage Rules *ex* IRS §410(b);
- b. Nondiscrimination in benefits or contributions *ex* IRS §401(a)(4);
- c. Actual Deferral Percentage Test (ADP) e Actual Contribution Percentage Test (ACP);
- d. Requirements for Top-Heavy Plans *ex* §416.

---

<sup>295</sup> Si tenga presente che, ai fini della corretta individuazione del datore di lavoro nei confronti del quale applicare la normativa in oggetto, vale qui quanto già detto altrove (...) in merito alle ccdd. *aggregation rules* in riferimento ai membri (members) dei gruppi d'impresa *ex* IRS §414(b), ai members dei cd affiliated trades groups *ex* IRS §414(c) e alle imprese «under common control» *ex* IRS §414(m), nonché alle norme dettate per i cd leased employees *ex* IRS §414(n), cui rimanda.

<sup>296</sup> Intendendo per tali tutti quei lavoratori che non ricoprono delle posizioni apicali all'interno dell'azienda.

<sup>297</sup> Per “disqualification” si intende la perdita dei benefici fiscali riconosciuti dall'IRS ai qualified plans sia al datore di lavoro che al lavoratore, come meglio illustrato al §13.2.25, cui si rimanda.

<sup>298</sup> Ai sensi dell'IRS §414(q)(1) è considerato un HCE sia il lavoratore – ovvero il suo coniuge, i suoi figli, i suoi nipoti o i suoi genitori - che sia titolare o sia stato titolare nell'anno precedente di una quota di azioni dell'azienda presso cui lavora pari ad almeno il 5% del totale (“was a 5-percent owner at any time during the year or the preceding year”) sia il lavoratore che abbia percepito nell'anno precedente una retribuzione annuale superiore agli \$80,000 (indicizzati ogni anno in base al tasso di inflazione e fissati a \$120,000 per il 2017). Chi non soddisfa tali criteri è, invece, considerato un nonhighly compensated employee (NHCE).

### 13.2.21. *The Minimum Coverage Rules*

Un qualified plan è considerato conforme alle regole dettate in materia di livelli minimi di copertura – e non è quindi “discriminatorio” - se supera almeno uno dei test elencati all’IRS §410(b). In particolare, il *Percentage Test*<sup>299</sup> richiede che il piano eroghi trattamenti ad almeno il 70% degli NHCEs; il *Ratio Test*<sup>300</sup>, invece, che il piano eroghi trattamenti agli NHCEs in una percentuale pari o superiore al 70% degli HCEs coperti dallo stesso piano; infine, qualora il piano non dovesse superare alcuno dei test precedenti con esito positivo, trova applicazione l’*Average Benefit Test*<sup>301</sup>, che guarda sia al sistema di classificazione dei lavoratori (il quale non deve risultare a vantaggio degli HCEs)<sup>302</sup> sia alla media percentuale dei benefit erogati agli NHCEs rispetto a quelli erogati agli HCEs, la quale non deve risultare inferiore al 70%<sup>303</sup>.

Ai fini della verifica del rispetto dei livelli di copertura, sono, tuttavia, esclusi i lavoratori che non hanno ancora maturato i requisiti di ammissibilità (*age and service*)<sup>304</sup>, i lavoratori non residenti, che non percepiscono redditi provenienti dagli Stati Uniti<sup>305</sup> e i lavoratori sindacalizzati soggetti ad un contratto collettivo stipulato a livello di unit in cui è stabilito che i retirement benefits rientrino tra le materie negoziate in buona fede con il datore di lavoro<sup>306</sup>.

La IRS Filed Directive del 1994<sup>307</sup> ha, invece, chiarito che non è ammessa l’esclusione dal piano dei lavoratori *part-time* quando il tempo parziale risulti l’unico criterio sulla base del quale il datore di lavoro ha deciso di escludere tali lavoratori, in quanto in violazione della regola delle *1000-hours-per-year minimum standard* dettato dal §410(b).

---

<sup>299</sup> IRS §410(b)(1)(A).

<sup>300</sup> IRS §410(b)(1)(B).

<sup>301</sup> IRS §410(b)(1)(C).

<sup>302</sup> IRS §410(b)(2)(A)(i).

<sup>303</sup> IRS §410(b)(2)(A)(ii); (B)-(C), ma vedi anche DOL Reg. §§1.410(b)-4 e 1.410(b)-5 per maggiori dettagli.

<sup>304</sup> Treas. Reg. §1.410(b)-6(b).

<sup>305</sup> Treas. Reg. §1.410(b)-6(c).

<sup>306</sup> IRS §410(b)(3)(A), ai sensi del quale «For purposes of this subsection, there shall be excluded from consideration... if there is evidence that retirement benefits were the subject of good faith bargaining between such employee representatives and such employer or employers».

<sup>307</sup> *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, 399-3rd, BNA Portfolios, 2016, W.P., worksheet No. 3, IRS Field Directive Exclusion of Part-Time Employees from Plan Participation under I.R.C. §410, dated November 22, 1994; SACHER S.J. ET AL., *Employees Benefits Law*, II Ed., ABA, 2010, p. 197.

### 13.2.22. Nondiscrimination in Benefits or Contributions

Se le “regole di copertura” di cui si è appena detto consentono di rispondere al quesito *how many* NHCEs devono beneficiare dei trattamenti previsti dal piano affinché questo non risulti discriminatorio, i requisiti dettati dall’IRS §401(4)(a) forniscono una risposta al diverso quesito – corollario del primo - *how much* benefits/contributions devono essere garantiti a tale categoria di lavoratori affinché il piano risulti conforme alle regole antidiscriminatorie dettate dal Codice. A riguardo, il codice si limita ad affermare che un piano non è discriminatorio «if the contributions or benefits provided under the plan do not discriminate in favor of highly compensated employees»<sup>308</sup>, risultando, quindi, del tutto carente nella definizione della categoria degli HCEs, nonché della nozione di trattamento discriminatorio in favore di tale categoria. In vero, la formulazione della norma attualmente in vigore è rimasta tale sin dall’entrata in vigore dell’ERISA; tuttavia, la riforma tributaria del 1986<sup>309</sup> ha consentito di implementare il principio generale appena menzionato attraverso l’emanazione da parte del Dipartimento del Tesoro di specifiche Regulations che meglio definiscono i criteri atti a verificare il carattere discriminatorio dei benefit erogati tramite il piano e dei contributi ivi versati. In particolare, i §§1.401(a)(4) del *Treasury Regulations* prevedono che il datore di lavoro possa predisporre ed adottare *safe harbor plans*<sup>310</sup> concepiti allo scopo precipuo di bypassare i *prohibited discrimination tests* mediante il riconoscimento automatico della conformità di tali piani ai requisiti dettati dall’IRS §401(a)(4). Esistono, in vero, diverse tipologie di *safe harbor plans* a seconda che il piano sia un *defined contribution plan* o un *defined benefit plan*<sup>311</sup>: con riferimento ai piani a contribuzione definita quello più comunemente utilizzato stabilisce che il datore debba contribuire al piano in misura tale da garantire che sul conto di ogni partecipante venga versata la medesima percentuale di retribuzione (tale *safe harbor plan* prende il nome di *pro-rata based compensation plan*)<sup>312</sup>. Tuttavia, ne esiste anche un secondo che permette di adottare una formula di allocazione dei contributi diversa in ragione dell’età o dell’anzianità di servizio del lavoratore purchè «the average rate of allocation for highly compensated employees under the plan does not exceed the average rate of allocation for nonhighly compensated employees under the plan»<sup>313</sup>. In ogni caso, nell’ipotesi in cui il piano non soddisfi alcuno dei *safe harbor test* appena descritti, sarà comunque

---

<sup>308</sup> IRS §401(a)(4).

<sup>309</sup> Attuata con Pub. L. No. 99-514, 100 Stat. 2085.

<sup>310</sup> Di cui si è già detto alla nota n. 88, cui si rimanda.

<sup>311</sup> Per soddisfare i requisiti dettati dall’IRS §401(a)(4) il piano deve risultare nondiscriminatory alternativamente in relazione ai benefit erogati (se il piano sponsorizzato è di tipo *defined benefit*) o ai contributi versati (se il piano è di tipo *defined contribution*).

<sup>312</sup> Treas. Reg. §1.401(a)(4)-2(b)(2).

<sup>313</sup> Treas. Reg. §1.401(a)(4)-2(b)(3)(i)(A).

considerato conforme ai requisiti dettati dal codice ogniqualvolta la formula di allocazione adottata per i HCEs non sia più vanataggiosa di quella adottata per gli NHCEs partecipanti al medesimo piano<sup>314</sup>. Con riferimento ai piani a prestazione definita, invece, sono previsti quattro diversi tipi di safe harbor tests<sup>315</sup>, che presentano taluni requisiti di conformità comuni<sup>316</sup>, quali la formula adottata per la quantificazione dei benefit (*benefit formula*) e l'età prevista per il pensionamento (FRA), che devono essere le medesime per tutti lavoratori, ma anche il quantum di benefit erogati annualmente, che deve risultare della medesima percentuale «of average annual compensation or the same dollar amount for all employees who will have the same number of years of service at normal retirement age». Anche in questi casi, peraltro, in mancanza dei requisiti dettati da ciascun safe harbor test, il piano è comunque considerato “nondiscriminatory” se il tasso di maturazione (*accrual rate*) garantito agli HCEs non è maggiore di quello garantito ai NHCEs<sup>317</sup>.

### 13.2.23. Actual deferral percentage test (ADP) e Actual Contribution Percentage Test (ACP)

Con specifico riferimento ai 401(k) plans, di cui si è già detto in precedenza, il Codice prevede due tipi di test che consentono di verificare la presenza di eventuali disuguaglianze in termini sia di *salary deferral contributions* effettuati dagli HCEs e dagli NHCEs (trova qui applicazione l'ADP test) sia - quando il piano lo preveda - di *matching contributions* effettuate dal datore di lavoro nei confronti di entrambe le categorie di lavoratori (per i quali trova, invece, applicazione l'ACP test). È, infatti, noto che in questa tipologia di piani siano gli stessi lavoratori a decidere se e quanto contribuire, sicchè risulta naturale che i lavoratori percipienti redditi più alti siano maggiormente inclini a versare i propri contributi sui propri conti e, di conseguenza, a beneficiare in misura proporzionalmente maggiore dei relativi benefici fiscali. L'ADP e l'ACP test servono, dunque, ad integrare le regole dettate dal §410(b), le quali, di per sé, non proibirebbero agli HCEs e agli NHCEs di effettuare contribuzioni (anche) significativamente diverse in termini quantitativi. Più specificamente, l'ADP test si articola in tre fasi<sup>318</sup>, la prima delle quali è volta a calcolare il rapporto – espresso in termini percentuali – tra i contributi versati e la retribuzione percepita da ciascun

---

<sup>314</sup> Treas. Reg. §1.401(a)(4)-2(c). Si veda a riguardo <https://www.ebri.org/publications/books/index.cfm?fa=databook>.

<sup>315</sup> Si rinvia agli esempi e ai sottoparagrafi del §1.401(a)(4)-3(b)(2) per ulteriori approfondimenti su ciascuna delle quattro diverse tipologie di safe harbor tests previste per i defined benefit plans.

<sup>316</sup> Treas. Reg. §1.401(a)(4)-3(b)(2).

<sup>317</sup> Treas. Reg. §1.401(a)(4)-3(c).

<sup>318</sup> Si veda Treas. Reg. §1.401(k)-1(a)(4)(iv).

individuo che risulti idoneo a partecipare al piano<sup>319</sup>; la seconda, invece, consiste nel calcolo della media del medesimo rapporto in relazione alla totalità dei dipendenti (HCEs e NHCEs); infine, la terza compara la media risultante per la categoria gli HCEs con quella degli NHCEs; di guisa che il piano potrà risultare conforme ai requisiti dettati dal test qualora risulti, alternativamente, che la media percentuale per gli HCEs non ecceda quella degli NHCEs moltiplicata per 1.25 oppure che l'ammontare in eccesso non superi il 2% e la media percentuale per gli HCEs non ecceda quella degli NHCEs moltiplicata per 2. Allo stesso modo opera anche l'ACP test, il quale, tuttavia, differisce dal primo in quanto prende come parametro di riferimento non i contributi versati dai lavoratori, ma le matching contributions effettuati dal datore<sup>320</sup>.

#### *13.2.24. Requirements for Top-Heavy Plans*

Ai fini dell'individuazione di tale tipologia di piani, occorre preliminarmente chiarire cosa intenda il codice quando si riferisce alla categoria del cd. key-employee. Ai sensi del §416, infatti, è un key-employee quel lavoratore che soddisfi almeno uno dei tre seguenti criteri: è un officer del datore di lavoro<sup>321</sup> con una retribuzione superiore ai \$130,000 all'anno; è un lavoratore che possiede più del 5% delle azioni della società; oppure è un lavoratore che possiede più dell'1% delle azioni e percepisce una retribuzione superiore ai \$150,000. Tutti coloro che non soddisfano alcuno di questi criteri sono, invece, definiti «non-key employees». Ciò posto, un defined benefit plan sarà considerato top heavy se il valore complessivo dei benefit maturati dai key-employees superi del 60% quello maturato dai non-key-employees partecipanti al piano; partimenti sarà considerato tale un defined contribution plan in cui il valore complessivo dei conti posseduti dai key-employees superi del 60% il valore di quello dei conti appartenenti ai non-key-employees<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> Ad esempio, per un lavoratore che percepisce \$120,000 e ne versa \$12,000, l'actual deferral percentage è pari al 10%.

<sup>320</sup> Si veda Treas. Reg. §1.401(m)-1(a).

<sup>321</sup> Il Treas. Reg. §1.416-1 Q&A's T-13 chiarisce per che l'officer si intende il personale amministrativo con funzioni esecutive regolarmente e continuativamente inserito nell'organico aziendale (*the term officer means an administrative executive who is in regular and continued service*).

<sup>322</sup> Nel caso in cui il piano dovesse risultare di tipo top heavy, peraltro, il Codice detta delle regole specifiche in materia di vesting ex §416(b) e di ammontare minimo di benefit erogabili ai partecipanti a seconda che si tratti di un piano a prestazione definita §416(c)(1) o a contribuzione definita §416(c)(2).

### 13.2.25. Come evitare le Plan Disqualifications

La complessità e l'inflessibilità delle norme che regolano i qualified retirement plans ha indotto il legislatore ad inserire taluni meccanismi di "autocorrezione" di cui il datore di lavoro si può servire allo scopo di prevenire la *disqualification* del piano che risulti non conforme ai requisiti di forma dettati dal Codice ex §401(a) o che sia stato amministrato in senso difforme da quanto stabilito dall'ERISA. Vale, infatti, la pena ricordare che la *disqualification* del piano comporta la perdita dei benefici fiscali riconosciuti dall'IRS ai qualified plans ed, in particolare, la facoltà, per il datore, di dedurre immediatamente quanto versato per ciascun lavatore (in deroga alle matching rules, che invece consentirebbero la deducibilità dei contributi solo in un momento successivo alla loro inclusione nel gross income da parte dei dipendenti) e, per il lavoratore, di posticipare il pagamento delle tasse sui proventi maturati nel proprio conto al momento della liquidazione dei medesimi (laddove le regole generali prescrivono che tali somme sono tassabili nel momento stesso in cui sono vested)<sup>323</sup>.

Gli strumenti cui il datore di lavoro può dunque ricorrere per riparare ad eventuali errori commessi nella compilazione dei documenti o nella gestione del piano sono la cd. *Determination Letter* e i ccdd. *Employee Plans Compliance Resolution Systems* (EPCRS). In particolare, la *Determination Letter* è una lettera rilasciata dall'Internal Revenue Service su richiesta del datore di lavoro che attesta la conformità del piano alle previsioni dettate in materia di obblighi informativi (*disclosure*) dal Titolo I, ERISA. Tale certificazione costituisce una garanzia di conformità che mette il datore di lavoro al sicuro da ulteriori accertamenti sui written plan documents inviati all'IRS, ed è anche un prerequisito per poter beneficiare dei meccanismi di EPCRS, quali il *Self-Correction Program* (SCP), il *Voluntary Correction Program* (VCP) ed l'*Audit Closing Agreement Program* (Audit CAP).

Il primo dei meccanismi di Compliance, denominato SCP, è stato concepito allo scopo di correggere errori operazionali ritenuti "insignificant"<sup>324</sup> entro il termine di due anni dalla loro verifica e non richiede alcun intervento da parte dell'IRS. Il VCP consente al datore di correggere errori che non possono essere corretti mediante il meccanismo di self-correction; si tratta delle ipotesi di *plan document failure*, che ricorrono quando il linguaggio adottato per redigere i plan

---

<sup>323</sup> Costituisce un'eccezione alla regola generale appena descritta il Code §402(b)(4)(A)-(B), ai sensi del quale un qualified plan che risulti in violazione dei §§410(b) e 401(a)(26), comporta la sanzione dell'inclusione dei vested accrued benefit nel gross income percepito nell'anno fiscale corrente *per la sola categoria degli HCEs*.

<sup>324</sup> Per determinare se un errore è "significant" o "insignificant" si vedano le sezioni 7 e 8 del Revenue Procedures 2013-12.



documents risulti inappropriato; di *demographical failures*, quando il piano non risulti soddisfare i requisiti dettati dai §§401(a)(4), 410(b) e 401(a)(26) o, ancora, di *employer eligibility failures*, che si verificano quando il datore di lavoro abbia istituito un piano che non rientri tra quelli che possono essere istituiti dalla categoria di datori cui egli appartiene. Attraverso il VCP il datore informa l'IRS dell'errore e formula una proposta per la sua correzione, che l'IRS è libero di accettare o respingere. L'Audit CAP, infine, consiste nel raggiungimento di un accordo (*closing agreement*) tra l'IRS e il datore di lavoro quando il qualified plan risulti al vaglio (*under examination*) da parte dell'IRS e non vi è, dunque, alcuna possibilità di self-correction. Mediante tale accordo le parti definiscono la modalità di correzione del piano e l'ammontare della sanzione pecuniaria che il datore di lavoro è tenuto a pagare per esservi incorso, nonché eventuali ulteriori misure operazionali e amministrative cui il piano sarà soggetto per gli anni successivi.

### 13.3. *The Third Stool: i cdd. Individual Retirement Savings*

Rientrano, infine, nel terzo pilastro del sistema pensionistico statunitense - secondo la tripartizione proposta in apertura del paragrafo - gli *Individual Retirement Accounts* (o *Individual Retirement Annuities* – IRAs), che rappresentano il più grande deposito dei patrimoni generati dai fondi pensionistici statunitensi<sup>325</sup>, detenendo più di un quarto di tutto il retirement plan assets del Paese<sup>326</sup>. Gli IRAs sono conti istituiti in forma di trust o conti deposito individuali nell'interesse esclusivo di un individuo e dei suoi beneficiari<sup>327</sup>. Tale tipologia di piano è stata introdotta ad opera dell'ERISA nel 1974 allo scopo di estendere i benefici fiscali attribuiti agli employment-based retirement plans anche a quei lavoratori che non partecipassero a tale ultima tipologia di piano. Infatti, il sistema di tassazione cui sono soggetti gli IRA riproduce in larga parte la disciplina fiscale dettata per gli employment-based retirement plans, dal momento che né i contributi versati in un IRA (fatta eccezione per i Roth IRA) né le rendite ivi maturate sono soggette a tassazione fino al momento in cui vengono effettivamente prelevate<sup>328</sup>. In generale è possibile affermare che gli IRAs sono più semplici da amministrare<sup>329</sup> rispetto ai qualified plans, ma, a differenza di questi ultimi, sono meno flessibili, sebbene impongano dei tetti di contribuzione annui più bassi. Si tenga, inoltre, presente che,

---

<sup>325</sup> OECD, *Pensions Outlook 2016*, Table 1.1., p. 22.

<sup>326</sup> COPELAND C., *Individual Retirement Account Balances, Contributions, Withdrawals, and Asset Allocation Longitudinal Results 2010–2014*, Eabri Issue, Jan. 17, 2017, No. 429, 1.

<sup>327</sup> 26 U.S.C. §408, ai sensi del quale per «individual retirement account» si intende «a trust created or organized in the United States for the exclusive benefit of an individual or his beneficiaries...».

<sup>328</sup> 26 U.S.C. §§219(a), 408(d), 408(e).

<sup>329</sup> HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool...*, p. 513.

ai fini della deducibilità dei contributi versati in tale tipologie di conto è necessario che l'individuo non partecipi attivamente ad alcun pension plan e che il suo reddito lordo non superi una certa soglia<sup>330</sup>.

Gli IRAs possono essere suddivisi in due macro-categorie a seconda che siano sponsorizzati o meno da un datore di lavoro: i ccdd. *nonemployment-based IRAs* e gli *employed-based IRAs*. Rientrano nella prima macro-categoria – e sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'ERISA<sup>331</sup>- i cd Traditional IRAs e i Roth IRA, ovverosia conti deposito (o trust) aperti presso banche o altri istituti di credito creati allo scopo di integrare il reddito di un individuo in un momento successivo al pensionamento. Più specificamente, i Traditional IRAs<sup>332</sup> consentono a chiunque percepisca un reddito (e, a certe condizioni, anche il coniuge di quest'ultimo non percipiente alcun reddito) di versarvi i propri contributi e di beneficiare delle deduzioni fiscali nei limiti stabiliti dalla legge<sup>333</sup>. Il titolare di un Traditional IRA è, inoltre, obbligato ad effettuare il primo prelievo all'età di 70-½, mentre i prelievi anticipati (ovvero effettuati a partire dai 59-½ anni) sono tassati come *ordinary income*. Nei Roth IRAs<sup>334</sup>, invece, sia gli *investment returns* che i prelievi effettuati a partire dai 59-½ anni (purchè il contribuente sia titolare del conto da almeno 5 anni) non sono soggetti a tassazione e, diversamente dai Traditional IRAs, non esistono obblighi di prelievo al raggiungimento dell'età di 70-½; tuttavia, i contributi versati in tale tipologia di piano non sono deducibili.

Rientrano, invece, nella seconda macro-categoria i ccdd. *Simplified Employees Pension Plans* (SEPs) e i ccdd. *Savings Incentive Match Plans for Employees* (SIMPLE IRAs), che vengono adottati principalmente dai piccoli datori di lavoro e dai self-employed workers. Generalmente i SEPs<sup>335</sup> sono finanziati dai contributi del datore di lavoro *on a tax-deferred basis* (o dai lavoratori medesimi, nel caso dei self-employed individuals<sup>336</sup>); mentre i SIMPLE IRAs<sup>337</sup> consentono solamente *salary deferral contributions* da parte dei lavoratori nei limiti stabiliti dal 26 U.S.C. §408(p)(2)(E), mentre il datore è tenuto a versare le ccdd. matching contributions. Si tenga inoltre presente possono sponsorizzare un SIMPLE IRA solo i datori «che non impieghino più di 100 dipendenti con un reddito

---

<sup>330</sup> Si veda 26 U.S.C. §219(g).

<sup>331</sup> ERISA §4(a) e DOL Reg. §2510.3-2(d).

<sup>332</sup> 26 U.S.C. §408.

<sup>333</sup> Ai sensi del 26 U.S.C. §219(b)(5)(A), il totale dei contributi annui versati in Traditional IRAs e Roth IRAs non può eccedere la somma di \$5.500 nel 2016, fatta eccezione per gli individui di età superiore ai 50 anni, che attraverso le ccdd. catch up contributions *ex* §219(b)(B)(i), possono versare \$1.000 in più all'anno. I limiti previsti per i SEPs e i SIMPLE IRAs rispettivamente ai §§408(k) e (p) sono più alti.

<sup>334</sup> 26 U.S.C. §408A.

<sup>335</sup> 26 U.S.C. §408(k).

<sup>336</sup> Peraltro, ai sensi del §402(h)(2), peraltro, il self-employed individual che non impieghi alcun lavoratore può versare fino al 25% del suo reddito annuo, purchè non superi i limiti dettati dal 26 U.S.C. §415(c).

<sup>337</sup> 26 U.S.C. §408(p).

superiore a \$5,000 nell'anno precedente»<sup>338</sup> e che la scelta di istituire tale tipologie di piano preclude la sponsorizzazione di qualsiasi altra tipologia di qualified plans da parte dello stesso datore<sup>339</sup>. Infine, i SEPs e i SIMPLE IRAs sono esclusi dalla disciplina dettata dall'ERISA<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> 26 U.S.C. §408(p)(C)(i).

<sup>339</sup> 26 U.S.C. §408(p)(1)(B) e (2)(D).

<sup>340</sup> Per un'analisi più dettagliata dei vincoli di carattere amministrativo prescritti in relazione ai SEPs e ai SIMPLE IRAs si consiglia la lettura di HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool: Guiding New Employers to the Right Retirement Plan*, 78 UMKC L. Rev., 2009-2010, p. 512 ss. e PRATT D.A.-REECE S., *ERISA and Employee Benefit Law*, ABA, 2010, p. 151 ss.

**CAPITOLO I**  
**IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE STATUNITENSE**

**SEZIONE II**  
**WELFARE BENEFIT PLANS**

*1. Introduzione*

Come anticipato in apertura, secondo il sistema di classificazione adottato dall'ERISA attualmente in vigore, la componente privatistica del sistema previdenziale statunitense si basa sulla dicotomia retirement plans e welfare plans. Della prima categoria si è già ampiamente detto, mentre si procederà all'analisi della seconda nei paragrafi che seguono, partendo dai ccdd. *Health Care Plans* per passare alla trattazione dei ccdd. *Welfare Plans* (o secondary benefits) in un secondo momento. La componente pubblica del sistema sanitario - rappresentata dal *National Health Care System* - invece, consta dei programmi federali di *Medicare and Medicaid*, è descritta nei paragrafi immediatamente successivi.

*2. The National Health Care System*

Il sistema sanitario statunitense – al pari di quello pensionistico – vanta due componenti, una pubblica ed una privata, le quali perseguono scopi parzialmente diversi e si riferiscono ad una platea di soggetti eterogenea. La componente pubblica sia articolata a sua volta nei due programmi federali - denominati *Medicare* e *Medicaid*, di cui si darà conto solo sommariamente -, mentre quella privata è costituita dalle ccdd. *Health Care Policies* acquistate dai singoli individui e dai *Group Health Care Plans* sponsorizzati dai datori di lavoro, che trovano, invece, la loro giustificazione nel rapporto di lavoro.

## 2.1. Federal Medicare Program e Medicaid Program

Il programma federale denominato *Medicare* si rivolge a tutti coloro che risultano idonei a ricevere i trattamenti erogati dalla Social Security, coprendo la quasi totalità della popolazione statunitense con età pari e superiore ai 65 anni<sup>341</sup>. Esso consta di quattro parti: la Parte A garantisce trattamenti basici di ospedalizzazione, nonché taluni interventi sanitari al domicilio ed è finanziata dai contributi versati dal datore di lavoro e dal lavoratore per l'intera durata del rapporto di lavoro e che corrispondono al 2,9% della retribuzione percepita. La Parte B, invece, copre le spese mediche sostenute per trattamenti sanitari non rientranti tra quelli previsti nella Parte A, quali trattamenti ambulatoriali, visite specialistiche, test di laboratorio, terapie di riabilitazione e acquisto di attrezzature mediche. Diversamente dalla prima, ai soggetti partecipanti alla Parte B del Programma di Medicare è richiesto di pagare un premio mensile minimo, annualmente deducibile dai redditi delle persone fisiche. La Parte C, più comunemente nota come *Medicare Advantage*, consente ai beneficiari dei trattamenti di Medicare di acquistare *private health insurance plans* che offrono ad una tariffa fissa (*for a fixed fee*) i medesimi trattamenti delle Parti A e B, e, eventualmente, benefit aggiuntivi allo scopo di ampliare la copertura complessiva<sup>342</sup>. La Parte D, infine, fornisce prescrizioni mediche (*outpatient prescription drug benefits*) attraverso assicurazioni private autorizzate dal governo federale. Possono beneficiare dei trattamenti erogati dalla Parte D del programma di Medicare coloro che risultano idonei a godere dei benefit erogati dalla parte A o che sono iscritti alla Parte B<sup>343</sup>. In ogni caso il beneficiario è tenuto a pagare un premio mensile, nonché sostenere i costi delle spese mediche in cui è incorso fino al raggiungimento della franchigia<sup>344</sup>, superata la quale Parte D coprirà il 75% delle spese mediche eccedenti<sup>345</sup>.

Il *Medicaid program*, invece, è finanziato dal governo federale e da ciascuno dei 50 Stati membri<sup>346</sup> al fine di garantire una copertura sanitaria a coloro che figurano come «low-income persons» in base ai criteri adottati dallo Stato presso il quale l'«utente» ha eletto domicilio. In vero, la legge federale fissa dei criteri di eleggibilità basati sul reddito degli individui e richiede ad ogni

---

<sup>341</sup> Secondo le stime dell'U.S. Department of Health and Human Services, *A Profile of Older Americans*, 2015, 13, nel 2014 circa il 93% della popolazione statunitense con età pari o superiore a 65 anni era coperta dal Medicare program.

<sup>342</sup> 42 C.F.R. §§422.101-102.

<sup>343</sup> 42 C.F.R. §1395w-101(a).

<sup>344</sup> 42 C.F.R. §1395w-102).

<sup>345</sup> HR Practitioner Guide, *Medicare*, in *Health and Welfare Benefits*, BNA, 2016, 8.

<sup>346</sup> A far data dal 1982 tutti gli Stati hanno aderito il programma di Medicaid, in tal modo garantendosi i sussidi federali stanziati a tale scopo, i quali rappresentano per la maggior parte degli stati circa il 10% (o più) delle loro entrate (si veda MEDILL COLEEN E., *Introduction...*, p. 82).

Stato che intenda partecipare al programma di garantire la copertura a certi gruppi di individui, quali le famiglie a basso reddito, disabili, donne incinta con reddito inferiore alla soglia di povertà, ecc.; tuttavia, è riconosciuta a ciascuno Stato la facoltà, entro certi margini, di definire ulteriori criteri di eleggibilità sia in senso restrittivo (per esempio garantendo la copertura solo quegli individui che rientrano in una o più delle seguenti categorie: anziani, disabili, non vedenti, con figli a carico, ecc.) che in senso estensivo (è il caso dei ccdd. *medically needy programs*, concepiti allo scopo di garantire una copertura anche a coloro che percepiscono un reddito superiore a quello fissato dalla legge per beneficiare dei trattamenti erogati dal programma)<sup>347</sup>.

## 2.2. *Welfare plans: Health care plans*

Quanto alla componente privatistica del sistema sanitario statunitense, occorre nuovamente prendere le mosse dall'ERISA §3(1), che, come anticipato nella precedente sezione, definisce un welfare benefit plan «qualsiasi piano, fondo o programma che sia stato fino a quel momento o sia da quel momento in poi costituito o mantenuto da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi allo scopo di fornire ai suoi partecipanti o ai soggetti beneficiari di questi ultimi, attraverso l'acquisto di un'assicurazione o tramite altro mezzo, (A) trattamenti medici, chirurgici o cure ospedaliere, o benefit in caso di malattia, infortunio, disabilità, morte o disoccupazione, o ferie, apprendistato o altri programmi di formazione, o asili nido, borse di studio o assistenza legale prepagata o (B) qualsiasi tipo di benefit descritto al §302(c) del Labor Management Relations Act del 1974 [...]».

Dei ccdd. *welfare benefits* (o *secondary benefits*) si darà conto nella parte conclusiva del capitolo, quanto agli *health care plans*, invece, è possibile chiarire sin da subito che essi sono istituiti da un datore di lavoro allo scopo di fornire ai propri dipendenti una copertura sanitaria che offra trattamenti di natura medica, chirurgica e ospedaliera. Le modalità attraverso cui tale copertura può essere garantita sono essenzialmente quattro e consistono nella stipulazione di un polizza assicurativa di gruppo con una compagnia assicurativa (*group insurance policy*) ovvero nella sponsorizzazione di un piano assicurato dallo stesso datore di lavoro (*self-insured*) o ancora attraverso l'iscrizione ad una organizzazione sanitaria (*health maintenance organization*) che fornisce trattamenti sanitari ai propri

---

<sup>347</sup> Si tenga, però, presente che, secondo le stime dell'U.S. Dep. of Health and Human Services, *A Profile of Older Americans*, 2015, 13, nel 2014 solo il 7% della popolazione statunitense con età pari o superiore a 65 anni era coperta dal Medicaid program.

iscritti; infine, alcuni datori di lavoro forniscono trattamenti sanitari «on-site», ovvero sia attraverso le proprie strutture mediche, come si dirà meglio in seguito.

A seconda del grado di autonomia decisionale riconosciuta ai partecipanti in relazione alla scelta effettuabile tra le diverse tipologie di benefit erogabili attraverso il piano, le strutture sanitarie e i professionisti cui rivolgersi, si suole distinguere tra health care plans di tipo «fee-for-service insurance» (FOS), che consentono al partecipante di scegliere l'ospedale, la clinica e persino il medico cui rivolgersi e svolgono la funzione di rimborsare la struttura che ha erogato il trattamento medico «on case-by-case basis» purchè esso rientri tra quelli previsti dalla polizza assicurativa stipulata dal cliente (normalmente è prevista una franchigia, al di sopra della quale il FOS comincia a pagare); diversamente dai FOS, negli «health maintenance organizations» (HMOs), il pagamento della copertura sanitaria viene effettuato in anticipo dallo stesso partecipante il quale corrisponde una tariffa fissa (*fixed fee*) in cambio dell'erogazione dei trattamenti sanitari previsti dal contratto (gli HMOs sono noti per l'ampia gamma di trattamenti che riescono a garantire, sia preventivi che curativi, dentali e mentali)<sup>348</sup> ed, infine, i «preferred provide organization» (PPO), che si presentano come una via di mezzo tra i due modelli appena descritti, in quanto sono pensati per rimborsare i medici specialisti che hanno effettuato il trattamento al partecipante sulla base di tariffe scontate che il PPO è in grado di negoziare con le strutture sanitarie cui si appoggia. Qui il partecipante è libero di rivolgersi anche a strutture «out-of-network», tuttavia, in tal caso, dovrà contribuire in misura maggiore, dal momento che il PPO è solito coprire il 90% delle spese sostenute dal partecipante, ma solo con riferimento alle strutture presenti nel network.

### 2.2.1. *The income-tax treatment and the so-called Cafeteria Plans*

In generale, i contributi versati dal datore di lavoro ad un health care plan sono normalmente deducibili in quanto considerati spese ordinariamente sostenute per condurre un'attività economica<sup>349</sup>, allo stesso modo i benefit erogati ai lavoratori attraverso tale piani sono esclusi dal gross income<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> In questo caso l'investment risk dell'erogazione dei benefit promessi grava interamente sul HMO, dal momento che l'ammontare delle spese sostenute da un HMO dipende esclusivamente dallo stato di salute del partecipante, al quale deve essere in ogni caso garantito il trattamento sanitario dedotto in contratto, a prescindere dai costi che l'organizzazione deve sostenere. Si veda *Pegram v. Herdrich*, 530 U.S., 219 (2000).

<sup>349</sup> IRC §162(a).

<sup>350</sup> IRC §§106(a); 105(b); 213(d).

In aggiunta, le parti possono scegliere di sottoscrivere un accordo di finanziamento denominato *Cafeteria Plan* e regolato dall'IRC §125, il quale consente al lavoratore di scegliere se ricevere la propria retribuzione in forma di *taxable cash* oppure in forma di *nontaxable qualified benefits*, sicché il compenso risulterà ridotto della parte corrispondente a quella ricevuta in benefit, senza alcun aggravio di costi per il datore di lavoro<sup>351</sup>. Il beneficio derivante da tale scelta consiste appunto nell'esclusione dal *gross income* del lavoratore del valore corrispondente ai benefit ricevuti<sup>352</sup>. Rientrano tra i *qualified benefits* erogabili attraverso la combinazione di un *Cafeteria Plans* e altri piani di welfare, i *group term life insurance*, l'*health care plan premium payments*, i *disability and accidental death benefits*, il rimborso delle spese mediche e i *dependent care assistance* – di cui si dirà meglio in seguito - (fatta esclusione per i *qualified long-term care benefit*<sup>353</sup>). Con specifico riferimento ai rimborsi e ai servizi di assistenza erogati a beneficio dei figli a carico del partecipante (*dependent care assistance benefits*) da ultimo menzionati, essi sono solitamente amministrati dalle parti attraverso i ccdd. *Flexible Spending Accounts* (FSAs), ovverosia conti individuali alimentati dallo stesso lavoratore, il quale è libero di scegliere se e quanto investire della propria retribuzione al fine di finanziare le spese mediche sostenute nell'arco di un determinato periodo di tempo. Secondo la regola del «use it or lose it», peraltro, nel caso in cui, al termine di tale periodo, nel FSA risulti una giacenza inferiore a \$500, il partecipante potrà servirsene per pagare le spese mediche in cui è incorso successivamente, ma entro una finestra temporale prestabilita; qualora, però, la giacenza superi i \$500, essa sarà da considerarsi *forfeited* e non potrà, quindi, più essere utilizzata<sup>354</sup>.

### 2.2.2. *Health Saving Accounts e High Deductible Health Plans*

Similmente a quanto già detto in merito agli IRAs<sup>355</sup> con riferimento ai piani pensionistici, all'interno del sistema sanitario privato, esistono altresì i ccdd. *consumer-driver plans*, che si distinguono dagli employer-sponsored plans in quanto i soggetti partecipanti a tali piani sono i diretti acquirenti dei trattamenti medici di cui intendono servirsi piuttosto che indiretti beneficiari dei trattamenti acquistati dal proprio datore di lavoro. La crescente popolarità di tale ultima tipologia di

---

<sup>351</sup> BANKMAN J., *Cafeteria Plans: a Tray of Tax-Free Benefits*, 5 L.A. Law., 1982-1983, p. 15.

<sup>352</sup> HESS C.L.- GOLDSTEIN R.E., *Cafeteria Plan as a Compensation Tool*, 7 L.A. Law., 1984-1985, p. 24.

<sup>353</sup> IRC §125(f)(2).

<sup>354</sup> Si tenga inoltre presente che, a seguito dell'entrata in vigore dell'ACA, non è consentito contribuire ad un FSA più di \$2.500 all'anno.

<sup>355</sup> Cui è dedicato il paragrafo 13.3., sez. I, di questo capitolo, cui si rinvia.



piani, in vero, è certamente motivata dall'interesse dei datori di lavoro a responsabilizzare i propri dipendenti nella scelta dei servizi che più si adattano alle loro esigenze, in tal modo rendendo più efficiente le spese sostenute a tale scopo e aumentando il livello di gradimento generale.

La forma più comune di consumer-driven plan è il cd. *Health Saving Account* (HSA), introdotto nel 2003 dal *Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act*, il quale si presenta come un trust (o un conto deposito) non soggetto a tassazione, istituito da un singolo individuo allo scopo di finanziare le spese mediche per sé e per i soggetti eletti come propri beneficiari<sup>356</sup>. Tale tipologia di conto necessita, tuttavia, della copertura assicurativa del partecipante attraverso un *High Deductible Health Plan* (HDHP)<sup>357</sup>, che, a differenza di un piano assicurativo tradizionale (*traditional insured plan*) è caratterizzato da una franchigia più alta, e consente al lavoratore di versare i propri contributi nel HSA. La differenza sostanziale tra un HSA e un HDHP è che il primo non è considerato un welfare plan e non è quindi soggetto alla disciplina contenuta nel Titolo I dell'ERISA, essendo istituito per iniziativa del singolo lavoratore; il secondo, invece, è considerato tale in quanto è sponsorizzato dal datore di lavoro<sup>358</sup>. In vero, la combinazione HSA/HDHP beneficia il datore di lavoro, che risparmia sui costi legati agli health care benefit grazie alla più alta franchigia prevista da tali piani e, allo stesso modo, incoraggia il lavoratore a compiere delle scelte oculate relativamente ai trattamenti sanitari di cui intende giovarsi, posto che spetta a questo pagare le spese mediche sostenute durante l'anno, fino al raggiungimento di tale franchigia.

Similmente ad un IRA, i contributi versati in una HSA sono deducibili dal reddito del lavoratore, le rendite derivanti dagli investimenti sono *tax-deferred* e la distribuzione delle somme per il pagamento delle spese mediche di tipo *qualified*<sup>359</sup> è esclusa dalla tassazione<sup>360</sup>; peraltro, le somme accumulate nell'HSA sono trasferibili da un conto ad un altro nel loro intero ammontare in caso di cessazione del rapporto di lavoro (*roll over mechanism*)<sup>361</sup> e, diversamente dagli FSA, non devono necessariamente essere spese entro un termine prefissato, ben potendosi accumulare nel tempo ed essere impiegate per pagare le spese mediche sostenute in un secondo momento da parte del soggetto partecipante.

---

<sup>356</sup> Si veda Pub. L. No. 108-173, 117 Stat. 2066, §1201.

<sup>357</sup> BILZERIAN K.D.-KERBY III C.K.- NASH S.M., *Salud! To Health Savings Accounts*, 23 Legal Mgmt., 2004, p. 28.

<sup>358</sup> Si veda DOL Field Assistance Bulletin 2004-01 (disponibile su [https://www.dol.gov/ebsa/regs/fab\\_2004-1.html](https://www.dol.gov/ebsa/regs/fab_2004-1.html))

<sup>359</sup> Sono *qualified medical expenses* quelle definite tali dall'IRC §213(d), mentre tutte le altre sono considerate *nonqualified*, e sono dunque incluse nel gross income del lavoratore e soggette ad una ulteriore accisa del 20%.

<sup>360</sup> IRC §223.

<sup>361</sup> WAKELIN D.S., *Health Savings Accounts: the Start of Something Big?*, 20 Maine B.J., 2005, p. 116.

### 2.2.3. *Insured and Self-insured Health Care Plans*

L'universo degli employer-sponsored health care plans è divisibile nelle due macro-categorie degli *insured* e dei *self-insured plans*, in cui i primi erogano trattamenti sanitari ai propri partecipanti attraverso l'acquisto di assicurazioni sanitarie offerte dalle compagnie assicurative, mentre i secondi operano attraverso un fondo alimentato dai contributi del datore di lavoro o dei lavoratori o di entrambi. Nel primo caso, invero, il rischio che il valore complessivo dei trattamenti richiesti superi quello dei premi versati grava sulla compagnia assicurativa sicché questa può pretendere che le sia corrisposto una somma aggiuntiva (*additional amount*) per fare fronte a tale rischio; nel secondo, invece, è il datore di lavoro che assume tale rischio e può pertanto tutelarsi stipulando un'assicurazione (*stop-loss insurance*) che lo esonera dalle richieste effettuate dai propri partecipanti al di sotto di una certa soglia.

A tale distinzione, invero, si è pervenuti attraverso due importanti decisioni della Corte Suprema, che, a cavallo tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso è stata chiamata a risolvere un problema interpretativo sorto in merito al §514 ERISA, il quale stabilisce che la disciplina dettata nei Titoli I e IV dell'ERISA prevale sul qualsiasi legge statale che regoli la materia degli employee benefits<sup>362</sup>. Tale principio generale, tuttavia, è condizionato dalla *insurance saving clause*<sup>363</sup>, ai sensi della quale «nessuna delle previsioni contenute in questo Titolo [Titolo I] deve essere intesa così da esentare o escludere qualunque individuo dall'ambito di applicazione della legge di qualunque stato che regoli la materia, assicurativa, bancaria o azionaria»<sup>364</sup>. Il quadro, peraltro, si complica per effetto della cd. *deemer clause* ex §514(b)(2)(B), ai sensi della quale «nessun employee benefit plan [nel senso indicato nell'ERISA §4(a)] o trust istituito attraverso tale piano deve essere considerato alla stregua di una compagnia assicurativa, una banca, un trust o una compagnia di investimento ai fini di qualunque legge statale che dichiara di regolare tali materie»<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> Letteralmente «The provisions of this title and title IV shall supersede any and all State laws insofar as they may now or hereafter relate to any employee benefit plan».

<sup>363</sup> ERISA §514(b)(2)(A).

<sup>364</sup> Letteralmente «Nothing in this title shall be construed to exempt or relieve any person from any law of any State which regulates insurance, banking, or securities».

<sup>365</sup> ERISA §514(b)(2)(B), letteralmente «Neither an employee benefit plan described in section 4(a), which is not exempt under section 4(b) (other than a plan established primarily for the purpose of providing death benefits), nor any trust established under such a plan, shall be deemed to be an insurance company or other insurer, bank, trust company, or investment company or to be engaged in the business of insurance or banking for purposes of any law of any State purporting to regulate insurance companies, insurance contracts, banks, trust companies, or investment companies».

In *Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*<sup>366</sup>, prima, e in *FMC Corp. v. Holliday*<sup>367</sup>, cinque anni dopo, dunque, la Corte Suprema ha chiarito il rapporto esistente tra le ccdd. «savings and deemer clauses» contenute nell'ERISA §514(b)(2) e il principio generale dettato dal §514(a) (anche noto come *preemption provision*) in riferimento agli health care plans, stabilendo che la disciplina dettata dall'ERISA prevale *solamente* sulle leggi statali che regolano i *self-insured plans* e non, invece, su quelle che regolano gli *insured plans*, dal momento che questi ultimi, diversamente dai primi, operano attraverso l'acquisto di polizze assicurative, le quali sono invece regolate primariamente dalle leggi statali.

#### 2.2.4. ERISA Requirements for Group Health Care Plans

Le disposizioni che regolano i ccdd. group health plans si applicano sia ai self-insured plans che agli insured plans e sono contenute in una serie di leggi promulgate dal Congresso tra la fine degli anni '80 e la fine degli anni '90.

Il *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act (COBRA)*<sup>368</sup> ha inteso fornire un supporto economico attraverso la garanzia di una copertura sanitaria continuativa a quei lavoratori che altrimenti ne sarebbero stati scoperti a causa del verificarsi di determinati eventi nel corso della loro carriera lavorativa. Il COBRA trova applicazione nei confronti dei group health care plans di tipo insured e self-insured<sup>369</sup> e di qualunque datore di lavoro, fatta eccezione per quello che abbia impiegato meno di 20 «full-time equivalent employees» nell'anno precedente<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> In *Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*, 471 U.S. Supreme Court 724 (1985), lo stato del Massachusetts ha promosso un'azione contro due compagnie assicurative operanti nel settore degli employee benefits affinché si conformassero alla legge dello stato del Massachusetts (i.e. Mass. Gen. Laws Ann. ch. 175, § 47B), che richiede alle polizze assicurative sanitarie e agli health care plans di fornire altresì mental-health coverage. In tale circostanza, la Corte Suprema ha ritenuto che «the statute avoided preemption because it regulated insurance within the meaning of ERISA's savings clause, § 514(b)(2)(A) and because benefit plans were not deemed insurance companies under § 514(b)(2)(B) of ERISA».

<sup>367</sup> In *FMC Corp. v. Holliday*, 498 U.S. Supreme Court 52 (1990), il datore di lavoro - sponsor di un welfare benefit plan istituito nell'interesse dei propri dipendenti - riteneva di essere creditore del rimborso delle spese mediche sostenute per curare il figlio di uno dei dipendenti partecipanti al piano a seguito di un incidente d'auto in cui era rimasto coinvolto. In tale occasione la Corte Suprema ha ritenuto che l'ERISA prevalesse sulla legge dello stato della Pennsylvania (i.e. Motor Vehicle Financial Responsibility Law, 75 Pa. Cons. Stat. § 1720) in quanto la *deemer clause* contenuta nell'ERISA «was not directed solely at laws governing the business of insurance; it was directed at any law of any state that regulates insurance, while the saving clause protected state insurance regulation of insurance contracts purchased by employee benefit plans».

<sup>368</sup> Pub. L. No. 99-272, 100 Stat. 82, §10002(a).

<sup>369</sup> ERISA § 607(1).

<sup>370</sup> ERISA § 601(b). Trovano qui applicazione le regole dettate in materia di aggregation of employers cui si è già fatto riferimento per le *discrimination rules* (v. *infra*). Ulteriori indicazioni sono, inoltre, fornite da Treas. Reg.

Tali eventi, definiti «qualifying events», differiscono a seconda che il soggetto coinvolto sia il lavoratore, il coniuge di questo o il figlio alle dipendenze del lavoratore: per il primo i qualifying events consistono nella cessazione volontaria o involontaria del rapporto di lavoro per motivi diversi dal grave inadempimento (*gross misconduct*<sup>371</sup>), nonché nelle ipotesi di riduzione dell'orario lavorativo. Quanto al coniuge, occorre fare riferimento agli eventi che coinvolgono il lavoratore coperto - e cioè i due eventi appena menzionati - cui si aggiungono la morte del lavoratore, la contestuale erogazione di trattamenti di Medicare, nonché il divorzio e la separazione. Infine, è considerato un qualifying event anche la perdita dello status di “dipendenza” da parte del figlio del lavoratore coperto - secondo quanto stabilito dal piano<sup>372</sup>. Il periodo di copertura (continuativa) assicurata dal COBRA va da 18 a 36 mesi, a seconda del tipo di evento ed inizia a decorrere nel momento in cui l'evento si verifica<sup>373</sup>. È bene, tuttavia, chiarire che la continuazione della copertura sanitaria tramite il COBRA non è priva di costi per il lavoratore, al quale potrebbe essere richiesto di versare un premio pari nel massimo al 102% del premio applicabile<sup>374</sup> per tutto il periodo in cui si protrae tale evento<sup>375</sup>. Peraltro, se durante il normale svolgimento del rapporto di lavoro il datore è solito contribuire per una parte al pagamento del premio allo scopo di incentivare l'adesione del lavoratore al piano, tale beneficio è interrotto durante il periodo in cui il lavoratore sta effettivamente beneficiando della copertura garantita dal COBRA, sicché quest'ultimo dovrà versare l'intero premio previsto dal piano.

Infine, la pena prevista per il datore di lavoro in caso di violazione di alcuno dei diritti apprestati dal dal COBRA a ciascun beneficiario consiste nel pagamento di una penale (non

---

§54.4980 in relazione alle modalità di computo dei lavoratori che appartengono ad una categoria diversa da quella dei lavoratori subordinati full-time.

<sup>371</sup> Per quanto non esista una definizione legislativa di «gross misconduct», la giurisprudenza in più occasioni chiarito che sono ritenute tali le «deliberate violations or disregard of standards of behavior which the employer has the right to expect of his employee, or in carelessness or negligence of such a degree or recurrence as to manifest equal culpability, wrongful intent, or evil design, or to show an intentional and substantial disregard of the employer's interests or the employees duties and obligations to his employer»; mentre non lo sono le «mere inefficiency, unsatisfactory conduct, failure in good performance as a result of inability, incapacity, inadvertencies or ordinary negligence in isolated instances, or good faith errors in judgment or discretion» (si veda, *ex multis*, *Amador v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 35 Cal. 3d 671, 678, 200 Cal. Rptr. 298, 677 P.2d 224 (1984); nello stesso senso *Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 485 U.S. 660, 108 S. Ct. 1444, 99 L. Ed. 2d 753, 1988 e, più di recente, *Adams v. Unemployment Compensation Board of Review*, 56 A.3d 76, 78 (Pa. Cmwlth. 2012); *Orner v. Unemployment Comp. Bd. of Review*, 2017 Pa. Commw. Unpub. LEXIS 115 (Pa. Commw. Ct. 2017).

<sup>372</sup> Si veda 29 U.S.C. §1163.

<sup>373</sup> Ai sensi dell'ERISA §602(2)(A), in caso di cessazione del rapporto o di riduzione dell'orario lavorativo la copertura è garantita al lavoratore per almeno 18 mesi; nel caso di morte del lavoratore, di divorzio/separazione, di trattamento Medicare la copertura è garantita al coniuge e al figlio dipendente per almeno 36 mesi; in caso di perdita dello status di “dipendenza” ai sensi dei requisiti stabiliti dal piano, è garantita al figlio una copertura per almeno 36 mesi.

<sup>374</sup> Si veda 29 U.S.C. §1164 per la nozione di «applicable premium».

<sup>375</sup> ERISA §602(3)(A).

deducibile) pari a \$100 al giorno per ciascun beneficiario<sup>376</sup> da versare all'IRS. In aggiunta a ciò, ai sensi dei §502(a)(1)(A) ERISA, ciascun partecipante o beneficiario può promuovere un'azione volta ad ottenere il pagamento di una penale pari a \$100 per ciascun giorno per ogni beneficiario in caso di ritardo o rifiuto da parte dell'amministratore del piano di fornire le informazioni richieste (o dovute<sup>377</sup>) da questi in merito ai propri diritti<sup>378</sup> e il rimborso delle spese mediche affrontate in ragione di tale ritardo<sup>379</sup>.

L'*Omnibus Budget Reconciliation Act* (OBRA)<sup>380</sup> ha esteso ai figli dei genitori partecipanti ad un group health care plan la medesima copertura sanitaria in presenza di un *qualified medical child support order* (QMCSO)<sup>381</sup>, ovvero una sentenza, un decreto, un'ordinanza o un accordo transattivo emanato in conformità alle leggi statali regolanti la materia del diritto di famiglia<sup>382</sup> indicante il nome dell'*alternate recipient* (i.e. il *dependent child*), il tipo di copertura previsto e i trattamenti erogabili, nonché la durata della copertura<sup>383</sup> (solitamente fino alla maggiore età, ma estensibile ai 26 anni). L'amministratore del piano che riceva un ordine che presenti i requisiti dettati dall'OBRA è, dunque, tenuto a iscrivere al group health care plan il figlio del partecipante<sup>384</sup>, la cui copertura sarà finanziata dai contributi versati dal genitore iscritto<sup>385</sup>. Nell'ipotesi in cui l'amministratore si rifiuti di ottemperare a tale ordine, l'*alternate recipient* può ricorrere ai tribunali statali per vedersi riconosciuto tale diritto (e non, invece, a quelli federali dal momento che l'ERISA non prevale su un QMCSO).

---

<sup>376</sup> 29 U.S.C. §4980B(b)(1), letteralmente «The amount of the tax imposed by subsection (a) on any failure with respect to a qualified beneficiary shall be \$100 for each day in the noncompliance period with respect to such failure». A tale somma possono poi aggiungersi le penali stabilite al §4980B(b)(3)-(c).

<sup>377</sup> Si veda 26 U.S.C. §1166, per la nozione di «notice requirement».

<sup>378</sup> ERISA §502(c).

<sup>379</sup> Si veda *Holford v. Exhibit Design Consultants*, 218 F.Supp. 2d 906, 907 (2002), in cui la Corte del Distretto Occidentale del Michigan afferma che nonostante i requisiti dettati dal COBRA al §1166 siano chiari, tuttavia, non sono specificate le modalità in cui tale notificazione debba avvenire. Ciononostante, non è sufficiente informare il partecipante dei diritti spettantigli in virtù della sua partecipazione al piano, bensì è necessario che l'amministratore del piano adempia alle «second round of notice obligations» al verificarsi di uno dei qualifying events.

<sup>380</sup> Pub. L. No. 99-509, 100 Stat. 1874 (1986).

<sup>381</sup> ERISA §609(a)(1).

<sup>382</sup> ERISA §609(a)(2)(A)-(B) fa riferimento, in alternativa, al §1908 del Social Security Act relativo al supporto medico previsto per il figlio del beneficiario (*medical child support*).

<sup>383</sup> ERISA §609(a)(3)(A)-(C).

<sup>384</sup> Si precisa che le medesime disposizioni trovano applicazione anche nei confronti del figlio adottivo, come specificato al §609(c).

<sup>385</sup> Cfr. ERISA §609(a)(5)(C), ai sensi del quale opera in modo del tutto analogo ad un QMCS il *National Medical Support Notice*, un'ordinanza emanata dalle agenzie statali preposte all'implementazione dei programmi di medical child support contenuti nella parte D, Titolo IV del Social Security Act, la quale, se soddisfa i medesimi requisiti stabiliti per un QMCSO, produce il medesimo effetto di iscrivere un dependent child al group health plan cui è iscritto il proprio genitore.

L' *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA)<sup>386</sup> ha rappresentato un passo fondamentale nell'implementazione dei diritti dei partecipanti ai group health care plans, essendo intervenuto a regolare, da un lato, le condizioni di ammissibilità agli stessi e, dall'altro, la *privacy* dei loro partecipanti. Più specificatamente, si deve all'HIPAA l'introduzione della normativa antidiscriminatoria - ancora oggi disciplinata dal §702 ERISA, ai sensi del quale è fatto divieto di condizionare l'ammissibilità ad un group health care plan sulla base di taluni fattori, quali lo stato di salute (fisico e mentale), lo storico delle richieste di assistenza sanitaria effettuate e ricevute, la cartella clinica, i dati genetici<sup>387</sup> e lo stato di disabilità<sup>388389</sup>. Ciò, peraltro, non può mai tradursi nell'imposizione di premi assicurativi (o contributi) più elevati per i lavoratori considerati «similarly situated»<sup>390</sup> sulla base di uno qualsiasi dei fattori sopra menzionati, in relazione sia al lavoratore che al figlio di questo<sup>391</sup>; inoltre, dal momento che la legge non prescrive alcun requisito in ordine alle tipologie e all'ammontare dei trattamenti che ciascun piano deve garantire ai propri partecipanti, è ammessa la predisposizione di pacchetti di benefit differenziati in base al gruppo di appartenenza di ciascun lavoratore, tuttavia, non è possibile erogare trattamenti diversi a lavoratori considerati *similarly situated*.

L'HIPAA ha, inoltre, incaricato il Congresso o, in alternativa, l'U.S. *Department of Health and Human Services* (HHS) di promulgare una normativa che regolasse il trattamento dei dati personali dei lavoratori intenzionati ad iscriversi ad un group health care plan. Tuttavia, di fronte all'inerzia del Congresso, è intervenuto l'HHS, il quale ha emanato una serie di regolamenti - contenuti nelle Parti 160 e 164 del Titolo 45 del U.S. Code of Federal Regulations - volti a disciplinare la materia. Il dato più rilevante riguarda la modalità di acquisizione delle «protected health

---

<sup>386</sup> Pub. L. No.104-191, 110 Stat. 1936 (1996).

<sup>387</sup> Con specifico riferimento a tale tipologie di dati, nel 2008 è stato emanato il *Genetic Information Nondiscrimination Act*, il quale ha modificato l'ERISA §702, introducendo il divieto della raccolta dei dati genetici dei partecipanti e dei loro familiari, nonché dell'utilizzo da parte dei group health care plans di tali dati per fissare l'ammontare del premio e/o dei contributi e dell'obbligo di sottoporre i propri partecipanti a test di tipo genetico.

<sup>388</sup> Si veda a riguardo ERISA §702(a)(1)(A)-(H). Ad integrare in senso estensivo o specificativo tali fattori hanno contribuito i Regolamenti del Dipartimento del Lavoro (DOL Reg.), i quali, *inter alia*, menzionano espressamente storie di violenza domestica, nonché la partecipazione ad attività quali «motorcycling, snowmobiling, all-terrain vehicle riding, horseback riding, skiing», e simili (si veda, in merito, §2590.702(a)(2)(I)-(II).

<sup>389</sup> ROVNER J.A., *Health Law Analysis of the Provisions of the Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*, 2 Best ABA Sec. Gen. Prac. Solo & Small Firm Sec. 38; JOHNSON L.K., *The Health Insurance and Portability and Accountability Act*, 1997 Neb. Law., 1997, p. 14.

<sup>390</sup> Per la definizione di similarly employees si veda <https://definitions.uslegal.com/s/similarly-situated-employees/>.

<sup>391</sup> ERISA §702(B)(1).

information» (PHI)<sup>392</sup> relative ai potenziali partecipanti da parte delle *covered entities*<sup>393</sup>, che, a seguito dell'emanazione di tali regolamenti, risulta subordinata alla prestazione del consenso da parte di questi ultimi<sup>394</sup>. Nella sua formulazione originaria, tuttavia, la legge non garantiva al partecipante il diritto ad essere informato in caso di violazione delle norme poste a presidio della sua privacy né estendeva l'ambito di applicazione di tali obblighi ai *ccdd. business associates* delle *covered entities* (quali consulenti, avvocati e altre figure professionali cui queste sono solite ricorrere), i quali, dunque, potevano entrare in possesso e servirsi dei dati sensibili dei potenziali partecipanti senza subire le conseguenze che la legge prevedeva in caso di violazione degli obblighi anzidetti<sup>395</sup>. A tale scopo, il Congresso ha promulgato nel 2009 l'*Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act* (HITECH)<sup>396</sup>, che ha esteso l'ambito di applicazione di tali norme ai *business associates* e imposto alle *covered entities* l'obbligo di informare i partecipanti ogniqualvolta si sia verificata una violazione dei loro diritti in relazione alle modalità di utilizzo e diffusione dei loro dati<sup>397</sup>.

Risalgono a tutto il decennio successivo specifici interventi legislativi volti ad estendere le tutele apprestate dai *group health plans* ai propri partecipanti in caso di maternità (il *Newborns' and Mothers' Health Protection Act* del 1996 ha fissato degli standard minimi di durata della degenza in ospedale per le donne incinta, v. ERISA §711), di sottoposizione a particolari interventi chirurgici (il *Women's Health and Cancer Rights Act* del 1998, v. ERISA §713(E)(1)) o all'insorgere di determinate patologie (*Mental Health Parity and Addiction Equity Act* del 2008).

---

<sup>392</sup> Intendendo per tali le *ccdd. Individually identifiable health information*, ovvero «a subset of health information, including demographic information collected from an individual, and: (1) Is created or received by a health care provider, health plan, employer, or health care clearinghouse; and (2) Relates to the past, present, or future physical or mental health or condition of an individual; the provision of health care to an individual; or the past, present, or future payment for the provision of health care to an individual; and (i) That identifies the individual; or (ii) With respect to which there is a reasonable basis to believe the information can be used to identify the individual» (si veda, in merito, 45 C.F.R. §160.103 – Definitions).

<sup>393</sup> La definizione di «covered entity» fornita dal 45 C.F.R. §160.103 è, in vero, molto ampia: «Covered entity means: (1) A health plan. (2) A health care clearinghouse. (3) A health care provider who transmits any health information in electronic form in connection with a transaction covered by this subchapter»; sicché pare lecito ritenere che siano comprensibili al suo interno tutti gli *health care plans*, gli erogatori di polizze sanitarie, gli HMOs, i programmi di Medicare e Medicaid, nonché i fornitori di servizi sanitari, ma anche i piani sponsorizzati dagli istituti religiosi o dalla pubblica amministrazione ed esclusi dal Titolo I ERISA. Si veda MURRAY R.L. ET AL., *Confidentiality of Medical Records and The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*, 30 Colo. Law., 2001, p. 65.

<sup>394</sup> 45 C.F.R. § 164.506(b), ai sensi del quale, letteralmente «Consent for uses and disclosures permitted. (1) A covered entity may obtain consent of the individual to use or disclose protected health information to carry out treatment, payment, or health care operations». Si veda BARLETT M., *Protection of Patient Privacy Rights Under The Health Insurance Portability And Accountability Act Of 1996*, 67 Bench & B. 14 2003.

<sup>395</sup> Si veda 45 C.F.R. Subpart D, §§160.400-426; ma anche KAPLAN G.L.-KEARNEY K.A.-KOTHMANN A.KAHN, *Health, Insurance, Portability And Accountability Act (HIPAA)*, 72 Pa. B. Ass'n Q. 79 2001.

<sup>396</sup> Pub. L. No. 111-5, 123 Stat. 115.

<sup>397</sup> Si veda, in generale, 45 C.F.R. §164.404.

### 2.2.5. *The Affordable Care Act*

La riforma strutturale del 2010 (anche nota come *Affordable Care Act*<sup>398</sup> o *Obama Care*), operata dall'ex Presidente Barak Obama grazie al supporto dalla maggioranza democratica di entrambe le camere, ha inciso profondamente sia sulla componente pubblica sia su quella privata del sistema sanitario statunitense allo scopo primario di estenderne la copertura ad una platea di utenti più ampia possibile.

In vero, l'ACA è stato concepito in modo tale da garantire un graduale mutamento del sistema sanitario attraverso una serie di interventi distribuiti nell'arco degli otto anni successivi alla sua entrata in vigore, laddove talune delle previsioni sono divenute operative dal 2011, mentre altre lo dovrebbero diventare nel 2018. Per ciò che concerne i group health plans, la prima ondata di riforme è entrata in vigore il 1° gennaio 2011 e ha introdotto, *inter alia*, il divieto di imporre «lifetime dollars limits» sui trattamenti sanitari considerati “essenziali” (*essential health benefits*) ai sensi dell'ACA §1302(b)<sup>399</sup> per talune tipologie di group health care plans<sup>400</sup>; nonché il divieto di subordinare la partecipazione ad un piano dei figli di età inferiore ai 19 anni alla preesistenza di determinate condizioni di salute (*preexisting conditions*)<sup>401</sup>; e il divieto di escludere dalla partecipazione ad un piano un soggetto già iscritto - fatta eccezione per le ipotesi in cui quest'ultimo si renda responsabile di frode o falsa rappresentazione con riferimento alla procedura di iscrizione (*fraud or misrepresentation*)<sup>402</sup>; inoltre, ha stabilito che i giovani fino ai 26 anni possano beneficiare della copertura sanitaria di cui sono titolari i rispettivi genitori<sup>403</sup>; e ha imposto l'obbligo per i datori con più di 200 «equivalent full time employees» di iscrivere automaticamente i lavoratori neoassunti al proprio group health care plan<sup>404</sup>.

La seconda ondata di riforme è stata concepita allo scopo di espandere la copertura sanitaria assicurativa mediante un incremento del gettito fiscale a partire dal 2014 attraverso l'introduzione di

---

<sup>398</sup> L'ACA è stato attuato, in vero, attraverso la promulgazione di due leggi distinte: l'*Affordable Care Act* (Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119) e l'*Health Care and Education Reconciliation Act* (Pub. L. No. 111-152, 124 Stat. 1029).

<sup>399</sup> Ai sensi del §1302(b)(1), sono considerati *essential health benefits*: «(A) Ambulatory patient services. (B) Emergency services. (C) Hospitalization. (D) Maternity and newborn care. (E) Mental health and substance use disorder services, including behavioral health treatment. (F) Prescription drugs. (G) Rehabilitative and habilitative services and devices. (H) Laboratory services. (I) Preventive and wellness services and chronic disease management. (J) Pediatric services, including oral and vision care».

<sup>400</sup> Più precisamente, tutti gli insured health care plans sponsorizzati dagli small employers a partire dal 1° gennaio 2014; mentre rimangono esclusi dall'obbligo gli insured plans sponsorizzati dai large employers e i self-insured plans a prescindere dalle dimensioni del datore che li sponsorizza.

<sup>401</sup> ACA §10103(e); HCRA §2301.

<sup>402</sup> ACA §1001; HCRA §2301. Tale divieto prende il nome di «prohibitions on rescission of coverage».

<sup>403</sup> ACA §1001; HCRA §2301.

<sup>404</sup> HCRA §1511.



nuove tasse (come pari al 2,3% sui produttori di dispositivi medici) e l'aumento di tasse già esistenti (come l'aumento dello 0,9% delle contributi versati per il programma Medicare dai lavoratori con un reddito superiore ai \$200,000 e l'aumento delle franchigie per le spese mediche per gli individui con polizze assicurative sanitarie ad elevate soglie di deducibilità).

La terza ondata ha introdotto il principio dell'*individual mandate*, secondo cui, a partire dal 1° gennaio 2014, ogni individuo che non procuri una copertura sanitaria minima (*minimum essential coverage*)<sup>405</sup> a sé e i figli a suo carico è soggetto ad una pena pecuniaria proporzionata al reddito e destinata a crescere nel tempo (pari a \$95 nel 2014 e a \$695 nel 2016)<sup>406</sup>.

Per facilitare tale adempimento, l'ACA ha predisposto tre diversi meccanismi che coinvolgono rispettivamente i datori di lavoro, i singoli individui e lo Stato. Il primo, anche noto come *employer mandate*<sup>407</sup>, prevede una sanzione pecuniaria per i datori di lavoro (*large employers*, ovverosia quelli che hanno occupato almeno 50 «full-time equivalent employees» nell'anno precedente<sup>408</sup>) che non garantiscano una copertura sanitaria minima<sup>409</sup> a prezzi accessibili ed adeguati<sup>410</sup> a tutti i dipendenti impiegati a tempo pieno.

---

<sup>405</sup> Vedi in generale IRC §5000A e, in particolare, il sottoparagrafo (f) per la definizione di «minimum essential coverage». Si tenga inoltre presente che, ai fini dell'*individual* e dell'*employer mandates*, non soddisfano il requisito del minimum essential coverage quei piani che garantiscono solamente i ccdd. *excepted benefits* ai sensi del Public Health Services Act, §§2791(c)(1)-(4), ovverosia « (1) BENEFITS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS.— (A) Coverage only for accident, or disability income insurance, or any combination thereof. (B) Coverage issued as a supplement to liability insurance. (C) Liability insurance, including general liability insurance and automobile liability insurance. (D) Workers' compensation or similar insurance. (E) Automobile medical payment insurance. (F) Credit-only insurance. (G) Coverage for on-site medical clinics. (H) Other similar insurance coverage, specified in regulations, under which benefits for medical care are secondary or incidental to other insurance benefits. (2) BENEFITS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS IF OFFERED SEPARATELY.— (A) Limited scope dental or vision benefits. (B) Benefits for long-term care, nursing home care, home health care, community-based care, or any combination thereof. (C) Such other similar, limited benefits as are specified in regulations. (3) BENEFITS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS IF OFFERED AS INDEPENDENT, NONCOORDINATED BENEFITS.— (A) Coverage only for a specified disease or illness. (B) Hospital indemnity or other fixed indemnity insurance. (4) BENEFITS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS IF OFFERED AS SEPARATE INSURANCE POLICY.—Medicare supplemental health insurance (as defined under section 1882(g)(1) of the Social Security Act), coverage supplemental to the coverage provided under chapter 55 of title 10, United States Code, and similar supplemental coverage provided to coverage under a group health plan».

<sup>406</sup> IRC §5000A(c)(1)-(4).

<sup>407</sup> L'entrata in vigore di tale meccanismo è stato dapprima posticipata al 1° gennaio 2015, e, successivamente, declinata in modo tale da garantire tale copertura al 70% dei full-time employees per i datori di lavoro che occupino più di 101 full-time equivalent employees (nel 2015) e il 95% dei full-time employees per i datori di lavoro che occupino tra i 50 e 100 full-time equivalent employees (a partire dal 1° gennaio 2016).

<sup>408</sup> Come chiarito al 26 U.S.C. §4980H(2)(A); diversamente, i datori di lavoro che abbiano occupato meno di 50 full-time equivalent employees sono considerati piccoli datori di lavoro (*small employers*) e non sono, dunque, soggetti al meccanismo dell'*employer mandate*. A tale scopo giova precisare che, ai sensi del §4980H(4)(A), è considerato un full-time employee quello che, da contratto, lavora almeno 30 ore settimanali; mentre, per quantificare il numero dei ccdd. full-time equivalent employees, il §4980H(C)(2)(E) stabilisce che il datore di lavoro debba sommare le ore di lavoro mensili lavorate dai dipendenti part-time e poi dividere tale somma per 120. Tale cifra fornisce l'indicazione del numero di full-time equivalent employee per quel mese; sicchè è possibile stabilire il numero totale degli equivalent employee sommando la cifra ottenuta per ogni mese dell'anno e dividendola per 12.

<sup>409</sup> Ai sensi del 26 U.S.C. §4980H(a), anche noto come *play or pay penalty*.

<sup>410</sup> Ai sensi del 26 U.S.C. §4980H(b), anche noto come *free rider penalty*.

Il secondo è volto a facilitare l'acquisto di polizze assicurative da parte dei singoli cittadini (o individui legalmente residenti negli Stati Uniti) attraverso un sistema di vendita online chiamato *American Health Benefit Exchanges*, che garantisce trattamenti sanitari essenziali in conformità ai livelli fissati dalla legge federale e statale<sup>411</sup>.

Il terzo, infine, ha imposto a ciascuno stato di estendere la copertura offerta dal Medicaid program a tutti gli individui con età superiore ai 65 anni e un reddito non superiore al 133% della soglia di povertà fissata dalla legge federale<sup>412</sup>, stanziando fondi federali atti a garantire una copertura finanziaria pari al 100% delle spese sostenute da ciascuno stato a tale scopo, fino al 2016, e al 90% per gli anni seguenti (fino al 2020); viceversa sancendo la perdita *integrale* dei sussidi federali normalmente erogati per il Medicaid program a queglii stati che non hanno effettivamente esteso il programma nel senso stabilito dall'ACA. Tuttavia, tale previsione è stata in seguito dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema<sup>413</sup>, la quale ha ritenuto che non rientrasse nei poteri del Congresso prelevare *tutti* i fondi federali stanziati per finanziare il Medicaid program a livello statale, ma (eventualmente) solo quelli previsti per incentivare l'estensione dello stesso nei termini stabiliti dall'ACA in caso di mancata adesione da parte dello stato medesimo<sup>414</sup>.

#### 2.2.6. *Non-discrimination Requirements in Health Care Plans*

Diversamente dai retirement plans<sup>415</sup>, gli health care plans non sono soggetti a regole generali in materia di antidiscriminazione. È bene tenere presente, tuttavia, che, fino al 1986, la materia era regolata dall'IRC §89, abrogato – con effetti retroattivi – dalla *Tax Reform*<sup>416</sup> del 1989 a causa

---

<sup>411</sup> Per le piccole imprese trovano invece applicazione i diversi standard fissati dallo *Small Business Health Options Program* (SHOP), che consente ai piccoli datori di lavoro di scegliere tra un ventaglio di health care plans offerti dall'Exchange system a seconda delle esigenze manifestate dei propri dipendenti mediante il pagamento di una lump-sum in seguito equamente ripartita tra tutti i piani.

<sup>412</sup> Con riferimento al 2017, il *federal poverty level* è pari a \$12.060 annuali (disponibile su <https://aspe.hhs.gov/poverty-guidelines>).

<sup>413</sup> In *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2608, la Corte Suprema ha ritenuto incostituzionale quella parte dell'ACA che penalizza gli stati che decidano di non partecipare al New Medicaid Program, chiarendo che «Congress may offer the States grants and require the States to comply with accompanying conditions, but the States must have a genuine choice whether to accept the offer. The States are given no such choice in this case: They must either accept a basic change in the nature of Medicaid, or risk losing all Medicaid funding. The remedy for that constitutional violation is to preclude the Federal Government from imposing such a sanction. That remedy does not require striking down other portions of the Affordable Care Act».

<sup>414</sup> Si vedano, *ex multis*, GREVE M.S., *Coercion, Conditions, and Commandeering: a Brief Note on the Medicaid Holding of NFIB v. Sebelius*, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y, 2014, p. 83; ORENTLICHER D., *NFIB v. Sebelius: Proportionality in the Exercise of Congressional Power*, 2013 Utah L. Rev., 2013, p. 463; SIDHU J.S., *For the General Welfare: Finding a Limit on the Taxing Power after NFIB v. Sebelius*, 103 Cal. L. Rev., 2015, p. 103.

<sup>415</sup> La cui disciplina è stata approfondita nella sezione I del presente capitolo.

<sup>416</sup> Pub. L. 101–140, title II, § 202(a), Nov. 8, 1989, 103 Stat. 830.

dell'avversità dimostrata dalla *business community* in relazione alla complessità e agli alti costi che l'applicazione di tale norma comportava<sup>417</sup>.

Attualmente la materia è disciplinata dall'IRC §105, il quale stabilisce che i trattamenti sanitari (*medical benefit*) erogati tramite un employer's group health care plan di tipo self-insured<sup>418</sup> non sono soggetti a tassazione (*on a free-tax basis*) nella misura in cui il piano soddisfi le regole antidiscriminatorie dettate dal sottoparagrafo h)<sup>419</sup>, ai sensi del quale il piano non deve favorire gli HCEs<sup>420</sup> sia in relazione ai criteri di eleggibilità<sup>421</sup> che alla tipologia<sup>422</sup> e all'ammontare<sup>423</sup> dei trattamenti erogati. Ne deriva che un piano che risulti discriminatorio - in quanto difforme a tali requisiti - faccia sorgere l'obbligo in capo ai soli HCEs di includere nel proprio gross income i rimborsi ottenuti attraverso il piano che risultino *in eccesso* alla luce dei criteri anzidetti (*excess reimbursement*)<sup>424</sup>.

---

<sup>417</sup> BAKER ROSINA B., *Lessons from a Legislative Disaster*, 47 Tax Notes, 1987, p. 843. Per un approfondimento sul dibattito congressuale relativo alla necessità di semplificare le previsioni contenute nell'IRC §89 si veda, *Nondiscrimination Rules Applicable To Employee Benefit Plans Under Section 89 Of The Internal Revenue Code, Hearings Before The Committee On Ways And Means House Of Representatives One Hundred First Congress (First Session On HR 1864) To Amend The Internal Revenue Code Of 1986 To Simplify The Antidiscrimination Rules Applicable To Certain Employee Benefit Plans*, I, 1989, p. 31, in cui si legge «[...] this bill does not accommodate those who believe we should simply abandon the goal of providing tough, nondiscrimination rules for health plans. This bill makes it easier to test whether the employer's health insurance program is fair, but does not make it easier to provide significantly better tax-favored health benefits to high-paid employees than to rank-and-file employees». Con particolare riferimento alla piccola impresa, si veda altresì *The Impact Of Section 89 Of The Internal Revenue Code On Small Business, Hearings Before The Committee On Small Business United States Senate One Hundred First Congress First Session On The Impact Of Section 89 Of The Internal Revenue Code On Small Business*, 1 Legislative History of the Public Debt Limit P.L. 101-140 I 1989.

<sup>418</sup> Diversamente dai self-insured plan, gli insured plans non sono soggetti ad alcuna antidiscrimination rule; costituiscono, tuttavia, un'eccezione a tale regola generale gli insured plans che assumono la forma di un Cafeteria plan, rispetto ai quali trovano applicazione le previsioni contenute nell'IRC §125, cui si rimanda. Si tenga, inoltre, presente che la nozione di HCEs adottata da un Cafeteria plan differisce da quella contenuta nel §105.

<sup>419</sup> IRC §105(h) (4); Treas. Reg. §1.105-11(c)(1), (3).

<sup>420</sup> Ai sensi del §105(h)(5), è considerato HCE (1) un lavoratore che rientri tra i cinque officers maggiormente retribuiti all'interno dell'azienda; (2) che possieda almeno il 10% delle stock option aziendali; (3) che rientri nel 25% dei dipendenti maggiormente retribuiti in azienda.

<sup>421</sup> Per essere considerato conforme all'*Eligibility Test* ai sensi del §105(h)(3), un self-insured plan deve erogare trattamenti in favore di (1) almeno il 70% di tutti i dipendenti; (2) almeno l'80% di tutti i lavoratori considerati idonei a partecipare al piano, se almeno il 70% di tutti i dipendenti è considerato "eligible"; e, inoltre, deve basarsi su (3) una classificazione dei lavoratori che non risulti favorire gli HCEs. Sono, tuttavia, esclusi dal computo le categorie di lavoratori indicate al §105(h)(3)(B), ovvero: (1) i dipendenti con un'anzianità di servizio inferiore ai 3 anni; (2) dipendenti di età inferiore ai 25 anni; (3) lavoratori part-time o stagionali; (4) lavoratori iscritti ad un sindacato quando la materia degli health care benefit abbia costituito oggetto di *good-faith bargaining* in relazione al contratto collettivo applicabile; (5) lavoratori non residenti che non percepiscono alcuna fonte di reddito dagli Stati Uniti. Trovano, in ogni caso, applicazione le comuni *aggregation rules*, già menzionate altrove.

<sup>422</sup> Nel senso che tutti i benefit erogati in favore degli HCEs (e dei soggetti a carico di questi ultimi) devono essere disponibili anche a tutti gli altri partecipanti (nonché ai soggetti a carico di questi ultimi). Un piano che preveda *optional benefits* è ritenuto conforme ai requisiti dettati dalla norma in esame quando di tale componente opzionale possano giovare tutti i dipendenti e quando i contributi richiesti per beneficiare di tale opzione siano i medesimi per tutti. Si veda MAMORSKY J.D., *Health Care Benefits Law*, Law Journal Press, 2013, 2.04[5](a).

<sup>423</sup> Quanto all'ammontare dei benefit erogati attraverso il piano, esso deve essere uniforme per tutti i partecipanti; sicché, pur essendo ammessi *maximum dollar limits*, il trattamento non può variare in ragione dell'età, dell'anzianità di servizio e della retribuzione percepita. MAMORSKY J.D., *Ibidem*, 2.04[5](b).

<sup>424</sup> Secondo WIEDENBECK P.W., *ERISA: Principles of Employee Benefit Law*, Oxford University Press, 2010, p. 396, peraltro, tale sanzione mancherebbe dell'opportuna incisività, in quanto sarebbe sprovvista dei caratteri di deterrenza

Rientrano, peraltro, nella normativa antidiscriminatoria applicabile agli health care plans, le previsioni relative ai contributi che il datore di lavoro può versare negli HSAs dei propri dipendenti, i quali devono risultare “comparable” per i «similarly situated employees»<sup>425</sup>, a pena del pagamento da parte del datore di lavoro di un'accisa pari al 35% dell'ammontare dei contributi versati<sup>426</sup>.

### 2.2.7. *Welfare benefit plans and other federal laws*

Ai sensi del §514(d) ERISA<sup>427</sup>, l'ERISA non prevale sulle altre leggi federali - nemmeno quelle che disciplinano, direttamente o indirettamente, la materia dei welfare plans –, ma si coordina con queste nel regolare i rapporti tra datori di lavoro e lavoratori scaturenti dall'istituzione di tali tipologie di piano. Numerose, invero, sono le leggi che intervengono a disciplinare la materia, le più importanti delle quali sono menzionate in seguito.

### 2.2.8. *The American With Disabilities Act (ADA)*

L'ADA, emanato nel 1990 e modificato ad opera degli ADA Amendments nel 2008, trova applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro impegnati un'attività interstatale (*interstate commerce*) che occupino più di 15 lavoratori e sancisce, *inter alia*, l'illegittimità della condotta posta in essere da un datore di lavoro che risulti discriminatoria nei confronti di un lavoratore disabile in fase di assunzione, licenziamento, comminazione di sanzioni disciplinari e pattuizione del compenso o di altri termini, condizioni e prerogative del rapporto di lavoro<sup>428</sup> (ivi compresi, dunque, gli employee benefits).

In vero, la nozione di disabilità fornita dall'ADA differisce, in parte, da quella già richiamata con riferimento al Social Security Act, essendo definita come «un handicap fisico o mentale che limita

---

necessari a sensibilizzare i datori di lavoro in tal senso. Secondo HEVENER MARY B.H.-KERBY CHARLES K., *Administrative Issues: Challenges of the Current System, in Using Taxes to Reform Health Insurance*, AARON H.J.-BURMAN L.E. (edited by), 2008, pp. 147-155, le regole antidiscriminatorie applicabili agli health care plans sarebbero addirittura minime, se non addirittura inesistenti.

<sup>425</sup> Ovverosia quei lavoratori che vantano una copertura assicurativa con la medesima franchigia.

<sup>426</sup> IRC §§4980G, 4980E; Treas. Reg. §§54.4980G-0 to 5.

<sup>427</sup> Ai sensi del quale, letteralmente, «Nothing in this title shall be construed to alter, amend, modify, invalidate, impair, or supersede any law of the United States...or any rule or regulation issued under any such law».

<sup>428</sup> ADA §12112(a), ai sensi del quale, letteralmente, «No covered entity shall discriminate against a qualified individual on the basis of disability in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment».

considerevolmente un individuo nello svolgimento di una o più delle attività principali della vita (*major life activities*)»<sup>429</sup>.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui, dunque, un employee benefit plan operi in modo tale da erogare trattamenti diversi (o ridotti) ai lavoratori affetti da disabilità, l'ADA consente al datore di lavoro di ricorrere ad un *safe harbor for disability-based distinctions* alla triplice condizione che il piano risulti un «bona fide insured or self-insured plan», che la clausola che pone tale distinzione sia basata su rischi di natura assicurativa o classificatoria o rischi che non risultino in contrasto con la legge statale<sup>430</sup> e che tale clausola non rappresenti uno strumento per sottrarsi alle disposizioni contenute nell'ADA<sup>431</sup>.

In questa prospettiva, ha giocato un ruolo di primaria importanza la riforma portata a compimento dall'ACA, la quale, come noto, ha vietato l'apposizione di «annual or life time dollars limits» sui trattamenti sanitari erogati dai group health care plans e considerati *essenziali*, in tal modo riducendo la possibilità – spesso verificatasi in passato – di operare trattamenti differenziati in base allo stato di salute dei partecipanti. Nella stessa direzione ha operato l'MHPAEA, il quale ha stabilito che gli group health care plans che offrano trattamenti per la cura della salute mentale e in caso di abuso di sostanze stupefacenti (*mental health care and substance abuse treatment*) debbano garantire la medesima copertura dei trattamenti erogati dal piano per la cura del benessere fisico (*physical health conditions*).

#### 2.2.9. *Title VII of the Civil Rights Act of 1964 and The Pregnancy Discrimination Act of 1978 (PDA)*

Il Titolo Settimo del Civile Rights Act trova applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro impegnati in attività interstatali (*interstate commerce*) che occupino almeno 15 dipendenti per ciascun giorno e per almeno 20 settimane lavorative nell'arco dell'anno corrente o precedente. Ai sensi del 42 U.S.C. §2000e-2(a)(1) è considerato illecito il comportamento posto in essere da un datore di lavoro che discrimini un lavoratore «sulla base della razza/etnia, colore, religione, sesso o nazionalità». Tale norma è stata, peraltro, modificata dal *Pregnancy Discrimination Act*, il quale ha specificato che l'espressione «in base al sesso» ricomprende (ma non è limitata al)la maternità, al

---

<sup>429</sup> 42 U.S.C. §12102(1).

<sup>430</sup> 42 U.S.C. §12201(c)(2)-(3).

<sup>431</sup> 42 U.S.C. §12201(c)(2).

parto e alle condizioni di salute connesse a tali eventi<sup>432</sup> ed, inoltre, che, a tutti i fine connessi allo svolgimento del rapporto di lavoro - ivi compreso il riconoscimento di benefit attraverso *fringe benefit programs* - una donna che si trovi in tali condizioni debba essere trattata allo stesso modo in cui sarebbe trattata una persona che non si trovi in tale condizioni, ma che presenti caratteri analoghi di abilità e inabilità al lavoro. Ne risulta che la maternità, il parto e le condizioni di salute connesse a tali eventi debbano essere trattati alla stregua di qualsiasi altra disabilità o condizione di salute che dia normalmente il diritto a congedi per malattia, ferie o trattamenti erogati da un «short-term o long-term disability plans».

#### 2.2.10. *The Family and Medical Leave Act of 1993 (FMLA)*

Il FMLA trova applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro impegnati in attività interstatali (*interstate commerce*) che occupino almeno 50 dipendenti per ciascun giorno e per almeno 20 settimane lavorative nell'arco dell'anno corrente o precedente ed è stato promulgato allo scopo di promuovere un modello di work-life balance improntato sulla tutela dell'integrità della famiglia e del patrimonio familiare, nonché sulle pari opportunità tra uomo e donna nel mondo del lavoro<sup>433</sup>.

Ai sensi del FMLA un lavoratore<sup>434</sup> ha diritto a godere di un congedo (generalmente non retribuito<sup>435</sup>) che non può eccedere le 12 settimane lavorative ogni 12 mesi nelle seguenti circostanze<sup>436</sup>: a) nascita di un figlio e puerperio; b) adozione e affidamento; c) assistenza ad un familiare (figlio, coniuge o genitore) in gravi condizioni di salute; d) gravi condizioni di salute del lavoratore medesimo che non gli consentono di svolgere la prestazione per la quale è stato assunto; e) invio di un familiare in una missione militare all'estero<sup>437</sup>.

Al lavoratore in congedo è generalmente riconosciuto il diritto di rientrare al lavoro nella posizione precedentemente occupata o in una equivalente («the employee generally has a right

---

<sup>432</sup> 42 U.S.C. §2000e(k).

<sup>433</sup> Si veda il *Preambolo* Pub. L. No. 103-3, 107 Stat. 6 (1993), dove si legge, letteralmente, «It is the purpose of this Act (1) to balance the demands of the workplace with the needs of families, to promote the stability and economic security of families, and to promote national interests in preserving family integrity; (2) to entitle employees to take reasonable leave for medical reasons, for the birth or adoption of a child, and for the care of a child, spouse, or parent who has a serious health condition; ... (5) to promote the goal of equal employment opportunity for women and men [...]».

<sup>434</sup> Sia esso uomo o donna, in ossequio al principio di «Equal application» sancito nel 29 C.F.R. §825.112(b).

<sup>435</sup> 29 C.F.R. §825.207(a).

<sup>436</sup> Elencate al 29 C.F.R. §825.112(a).

<sup>437</sup> Il familiare di un individuo membro della Armed Forces, della National Guard o delle Reserves che viene inviato in missione militare all'estero ha diritto ad un congedo al verificarsi di uno dei ccdd. qualifying events elencati al 29 C.F.R. §825.126(b). Inoltre, ai sensi del §825.127 è garantito il congedo della durata massima di 26 settimane al familiare dell'individuo membro della Armed Forces, della National Guard o delle Reserves impegnato nella missione militare all'estero che necessiti di cure mediche o riabilitative a causa di una grave malattia o infortunio.

[...]»<sup>438</sup>, alle medesime condizioni retributive, lavorative e con i medesimi benefits di cui godeva prima di usufruire del congedo. D'altra parte, il datore di lavoro ha (generalmente) il diritto di ricevere la richiesta di congedo con anticipo (*advance notice*) e a richiedere al lavoratore un certificato medico, che attesti la gravità delle sue condizioni di salute (o del familiare di cui intende prendersi cura) a giustificazione della richiesta del congedo. Per poter godere dei FMLA leaves il lavoratore deve essere alle dipendenze del datore di lavoro da almeno 12 settimane (non consecutive) e deve aver prestato almeno 1.250 ore di servizio durante i 12 mesi antecedenti l'inizio del congedo.

In conformità alla *leave policy* adottata dal datore di lavoro, peraltro, la legge riconosce al lavoratore il diritto di chiedere che l'*unpaid FMLA leave* - di cui questo potrebbe giovare al verificarsi di uno dei qualifying events sopramenzionati - venga sostituito con un *paid leave* (come, ad esempio, un *sick leave* o un *short-term disability leave*), senza che ciò comporti l'estensione delle 12 settimane garantite dal FMLA<sup>439</sup>. A tale scopo, occorre, tuttavia, che l'evento considerato "qualifying", ai sensi del FMLA, risulti compatibile con il tipo di *paid leave* di cui il lavoratore faccia richiesta, dal momento che non tutte le circostanze che giustificano l'uno e l'altro tipo di congedo sono sempre sovrapponibili<sup>440</sup>.

Inoltre, durante tutto il periodo in cui il lavoratore è in congedo per il verificarsi di una delle circostanze elencate nel FMLA, il datore di lavoro è tenuto a garantirgli una copertura sanitaria attraverso il group health care plan cui il primo è iscritto alle medesime condizioni cui sarebbe stato soggetto qualora avesse continuato a lavorare per tutto il periodo di assenza<sup>441</sup>. Spetta comunque al lavoratore decidere se beneficiare o meno della cd. *continue coverage* garantita attraverso il group health care plan cui è iscritto; dal momento che, nell'ipotesi in cui opti per la continuazione della copertura, egli dovrà pagare un premio pari nell'ammontare a quello che pagava prima di usufruire del congedo, pur continuando a giovare dei contributi del datore di lavoro<sup>442</sup>; viceversa, il lavoratore che opti per interrompere la copertura durante la fruizione del congedo, ha diritto a rientrare nel group health care plan «alle medesime condizioni praticate prima del congedo, ivi comprese le coperture

---

<sup>438</sup> 29 C.F.R. §825.100(c).

<sup>439</sup> 29 C.F.R. §825.207(a). Viceversa, la medesima richiesta può essere formulata dal datore di lavoro nei confronti del proprio dipendente, qualora non sia quest'ultimo a farlo.

<sup>440</sup> È il caso, ad esempio, del lavoratore che chieda di sostituire un FMLA leave con un (paid) sick leave all'insorgere di una malattia che, però, non presenta il requisito della "gravità" richiesto dai qualifying events individuati dal FMLA. Al contrario, ben potrebbe una lavoratrice in gravi condizioni di salute a seguito del parto fare richiesta di sostituire un FMLA leave con un short-term disability leave.

<sup>441</sup> 29 C.F.R. §825.209(a).

<sup>442</sup> 29 C.F.R. §825.100(b). Da questo punto di vista, peraltro, risulta di tutta evidenza che i termini prescritti dal FMLA a garanzia della copertura sanitaria di un lavoratore in congedo attraverso un group health care plan risultano preferibili rispetto alle regole generali dettate dal COBRA, posto che queste ultime - diversamente dai primi - non obbligano il datore di lavoro a continuare a versare la propria parte di premio. Per le diverse opzioni di pagamento del premio cui il lavoratore può accedere si veda 29 C.F.R. §825.210(b)-(e).

dei familiari e dei soggetti a carico, senza che si rendano a tale scopo necessarie sia la decorrenza di un periodo di qualificazione (*qualifying period*) che la sottoposizione ad una visita medica»<sup>443</sup>.

#### 2.2.11. *The Uniformed Services Employment and Reemployment Act of 1994 (USERRA)*<sup>444</sup>

L'USERRA trova, invece, applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro – a prescindere dalle dimensioni - e garantisce la copertura sanitaria attraverso il group health care plan al lavoratore (e ai soggetti che da questo dipendono) che sia chiamato alla leva militare per un periodo di tempo inferiore a 30 giorni e alla stessa tariffa praticata agli altri lavoratori correntemente impiegati presso lo stesso datore<sup>445</sup>. Se, tuttavia, il periodo di leva si protrae per una durata superiore a 30 giorni, dal trentunesimo giorno la copertura attraverso il piano è comunque garantita per il lavoratore e ai soggetti a carico di quest'ultimo per un periodo massimo inferiore ai 24 mesi o per l'intera durata del servizio. Inoltre, per il periodo di copertura successivo al trentesimo giorno, il lavoratore è tenuto a pagare un premio che, tuttavia, non può eccedere il 102% dell'intero ammontare (ovverosia quello calcolato senza tenere conto dei sussidi normalmente erogati dal datore di lavoro per supportare i lavoratori attivi)<sup>446</sup>.

#### 2.2.12. *The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA)*<sup>447</sup>

L'ADEA trova applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro impegnati in attività interstatali (*interstate commerce*) che occupino almeno 20 dipendenti per ciascun giorno e per almeno 20 settimane lavorative nell'arco dell'anno corrente o precedente ed è stato promulgato allo scopo di promuovere l'occupazione dei lavoratori di età pari o superiore a 40 anni (*older workers*)<sup>448</sup>, proibendo trattamenti discriminatori nei confronti di questi ultimi. In particolare, il 29 U.S.C. §623(a)(1) sancisce l'illegittimità della condotta di un datore di lavoro che discrimini un lavoratore in ragione della sua età con riferimento all'assunzione, al licenziamento o alle condizioni contrattuali pattuite con quest'ultimo, ivi comprese le «condizioni e prerogative del rapporto di lavoro», tra cui rientrano sia i pension che gli health care benefits<sup>449</sup>. Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore

---

<sup>443</sup> 29 C.F.R. §825.209(e). Peraltro, nel caso in cui il lavoratore in congedo decada dalla partecipazione al piano per la mancata contribuzione del premio durante la sua assenza dal lavoro – non avendo optato, dunque, per la continuazione della copertura - trovano applicazione le regole dettate al §825.212(c).

<sup>444</sup> Pub L. No. 103-353, 108 Stat. 3150 (1994).

<sup>445</sup> 38 U.S.C. §4317(a). Ne deriva che la legge non considera i primi trenta giorni di servizio come uno degli eventi definiti *qualifying* ai sensi della disciplina contenuta nel COBRA.

<sup>446</sup> 38 U.S.C. §4317(a)(2).

<sup>447</sup> Pub. L. No. 90-202, 81 Stat. 602 (1967).

<sup>448</sup> 29 C.F.R. §1625.2.

<sup>449</sup> Si veda in generale 29 C.F.R. §1625.



dell'*Older Workers Protection Act*<sup>450</sup> (OWBPA), che ha in parte modificato l'ADEA, costituisce un'eccezione a tale principio generale la cd. *equal cost rule*, ai sensi della quale sono ammessi trattamenti deteriori nei confronti dei lavoratori più anziani in ragione dei più alti costi che il datore di lavoro dovrebbe sostenere allo scopo di garantire ai lavoratori di età superiore ai 40 anni lo stesso trattamento erogato ai lavoratori giovani<sup>451</sup>. In altre parole, spetta al datore di lavoro provare che la scelta di erogare un quantitativo inferiore di benefit ai lavoratori di età superiore ai 40 anni non sia motivata da un intento discriminatorio, ma risulti in conseguenza delle più alte tariffe praticate per tale categoria di lavoratori da benefit providers, a parità di spesa<sup>452</sup>.

### 2.2.13. *The Medicare as secondary payer rule (MSP rule)*

Merita infine una particolare menzione la categoria dei cd. *working aged*, ovverosia quei lavoratori che, da un lato, soddisfano i requisiti richiesti dalla legge per beneficiare dei trattamenti di Social Security - e, di conseguenza, degli health care benefits erogati attraverso il programma di Medicare - e, dall'altro, sono ancora alle dipendenze di un datore di lavoro che sponsorizza un group health care plan. Tale categoria di lavoratori differisce quindi da quella dei retired employees in quanto è ancora attiva sul mercato del lavoro e, a differenza di quest'ultima, è soggetta alla cd. *Medicare as secondary payer rule*, che trovano applicazione nei confronti di tutti i datori di lavoro che occupano più di 20 dipendenti e che sponsorizzano un group health care plan. In particolare, ai sensi dei 42 USC §§1395(y) ss., a qualsiasi lavoratore (e al coniuge di questo) di età pari o superiore ai 65 anni - che risulti in *current employment status*<sup>453</sup> - deve essere garantita la medesima copertura sanitaria offerta ad un giovane lavoratore. Inoltre, un lavoratore soggetto alle MSP rule e coperto da un group health care plan, è ammesso a godere dei trattamenti erogati dal programma di Medicare solo in senso residuale, ovverosia per quelle tipologie di benefit che non sono offerte dal group health care plan cui partecipa attraverso il suo datore di lavoro ed è in questo senso che va, dunque, interpretata la regola della Medicare come *secondary rule*. Ne deriva che sarà considerato in

---

<sup>450</sup> Pub. L. No. 101-433, 104 Stat. 978 (1990).

<sup>451</sup> Ai sensi del 29 U.S.C. §623(f)(2)(B): «It shall not be unlawful for an employer, employment agency, or labor organization...to observe the terms of a bona fide employee benefit plan— (i) where, for each benefit or benefit package, the actual amount of payment made or cost incurred on behalf of an older worker is no less than that made or incurred on behalf of a younger worker, as permissible under section 1625.10, title 29, Code of Federal Regulations (as in effect on June 22, 1989)».

<sup>452</sup> È chiaro infatti che il premio imposto da una compagnia assicuratrice ad un datore di lavoro che voglia garantire una copertura assicurativa ad un older worker attraverso un life insurance plan è più alto di quello imposto per garantire lo stesso trattamento ad un lavoratore giovane in ragione della diversa tipologia di rischio assunto.

<sup>453</sup> Ai sensi del 42 U.S.C. §1395y(b)(1)(E)(ii) deve, quindi, trattarsi di «an employee, and employer, or is associated with the employer in a business relationship».

violazione di tali regole l'employer's group health care plan che, alternativamente, adotti i medesimi criteri di ammissibilità adottati dal programma di Medicare per la partecipazione al piano, eroghi trattamenti differenziati agli *young workers* e a i *Medicare-eligible workers*, ometta di informare il programma di Medicare dei trattamenti che il group health care plan eroga in qualità di *primary payer* o di rimborsare al programma di Medicare dei trattamenti erogati in ragione di richieste che avrebbe, invece, dovuto soddisfare il group health plan in qualità di *primary payer*. La sanzione prevista dall'IRS §5000 per il datore di lavoro che sponsorizzi un piano che risulti in violazione di tali norme consiste in un'accisa non deducibile pari al 25% del totale delle spese da questo sostenute per la gestione ed il mantenimento del group health care plan. Possono, inoltre, essere chiamati a rispondere dei danni patiti dal federal government in conseguenza di un «improper Medicare payment» tutti quei soggetti/entità che ne risultino direttamente o indirettamente responsabili<sup>454</sup>.

Quanto, infine, ai retired employees, che sono esclusi dal campo di applicazione delle MSP, il *Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act* del 2003, così come modificato dall'*Affordable Care Act*, ha cercato di incentivare i datori di lavoro a continuare la sponsorizzazione della prescrizione di farmaci attraverso l'introduzione di un sussidio federale pari al 28% delle spese sostenute per ciascun retired employee<sup>455</sup> (in un range compreso tra i \$400 e i \$8,250 nel 2017)<sup>456</sup>.

#### 2.2.14. Amending or Terminating Welfare Benefit Plans

Come noto, i welfare plans non regolati dalla *Settlor Function Doctrine*<sup>457</sup>, secondo cui un datore di lavoro che sponsorizzi un welfare plan è libero di istituire, modificare ed estinguere il piano per qualunque ragione ed in qualunque momento; tuttavia, tale principio è mitigato dalle previsioni contenute dalle leggi federali sopra menzionate - ivi compreso l'ACA, che ne ha certamente ridotto gli spazi di operatività - nonché dalla stessa ERISA, che, al §510 (rubricato *Interference With Rights Protected Under Act*), sancisce l'illegittimità di qualsiasi comportamento «posto in essere allo scopo di licenziare, sanzionare, sospendere, espellere, punire o discriminare un partecipante o un

---

<sup>454</sup> 42 U.S.C. §1395y(b)(2)(B)(iii).

<sup>455</sup> 42 U.S.C. 1395w-115.

<sup>456</sup> CENTER OF MEDICARE AND MEDICAID SERVICES, *Announcement of Calendar Year (CY) 2017 Medicare Advantage Capitation Rates and Medicare Advantage and Part D Payment Policies and Final Call Letter*, 2017, p. 69 e 74 (disponibile su <https://www.cms.gov/Medicare/Health-Plans/MedicareAdvtgSpecRateStats/Downloads/Announcement2017.pdf>).

<sup>457</sup> La Settlor Function Doctrine compare per la prima volta in *Curtiss-Wright Corp. v. Schoonejongen*, 514, U.S. 78 (1995), dove la Corte Suprema ha affermato che «Employers or other plan sponsors are generally free under ERISA, for any reason at any time, to adopt, modify, or terminate welfare plans».

beneficiario che abbia esercitato uno dei diritti a questi riconosciuti dall'employee benefit plans o dal presente titolo [Titolo I]...o allo scopo di interferire con il conseguimento di qualunque diritto di cui il partecipante potrebbe divenire titolare secondo quanto stabilito nel piano medesimo, dal presente titolo [...]»<sup>458</sup>.

Nonostante il chiaro intento garantista di tale previsione, la giurisprudenza in materia ha, invero, dimostrato di privilegiare un'interpretazione restrittiva di tale principio, finendo - *de iure condendo* - per attribuire ampi margini di discrezionalità al datore di lavoro<sup>459</sup>.

Indicativa da questo punto di vista appare altresì l'evoluzione nella giurisprudenza delle Corti federali in relazione alla cd. *vested-rights theory of retiree health care benefits*, che - in deroga al principio della summenzionata Settlor Function Doctrine - impedirebbe ai datori di lavoro di modificare o cessare il retiree health care plan quando il linguaggio adottato nel plan document o il comportamento assunto dall'amministratore lascino intendere che gli health care benefits maturati attraverso il piano siano *vested* e quindi *unforfeitable*.

Una delle prime e più significative pronunce in materia è certamente *Yard-Man*<sup>460</sup> (cui, peraltro, si attribuisce la genesi della teoria dei vested rights), in cui i lavoratori - ormai in pensione - rivendicavano il diritto a godere del trattamento sanitario riconosciuto loro da un contratto collettivo ormai scaduto. In tale occasione, i giudici del Sesto Circuito hanno affermato che il linguaggio adottato dal contratto collettivo, pur in assenza di alcun esplicito riferimento a riguardo, disvelava l'intento delle parti di garantire l'erogazione di tali benefit «as long as the beneficiary remains retiree»<sup>461</sup>, sicché l'erogazione di tali benefit sarebbe dovuta continuare fintanto che non si sarebbe verificato un mutamento di *status* del beneficiario, a prescindere dalla vita del contratto collettivo.

Più di recente, tuttavia, tale principio è stato messo in discussione in più di una occasione dalla stessa Corte del Sesto Circuito, la quale, richiamando esplicitamente il percorso argomentativo adottato in *Yard-Man* ha voluto chiarire che, in tale occasione, «the Court has never inferred an intent

---

<sup>458</sup> ERISA §510, ai sensi del quale «It shall be unlawful for any person to expel, discipline, or discriminate against a participant or beneficiary for exercising any right to which he is entitled under the provisions of an employee benefit plan, this title...for the purpose of interfering with the attainment of any right to which such participant may become entitled under the plan, this title, or the Welfare and Pension Plans Disclosure Act».

<sup>459</sup> Si vedano *McGann v. H&H Music Co.*, 946 F.2d 401, che richiama *Aronson v. Servus Rubber, Div. of Chromalloy*, 730 F.2d 12 (1<sup>st</sup> Circ. 1984); *Shaw v. Delta Air Lines, Inc.* 463 U.S. 85 (1983); *Moore v. Reynolds Metals Co. Retirement Program for Salaried Employees*, 740 F.2d 454, 456 (6<sup>th</sup> Circ. 1984); *Musto v American General Corp.*, 861 F.2d 897, 912 (6<sup>th</sup> Circ. 1988); *Moore v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 856 F.2d 488, 492 (2<sup>nd</sup> Circ. 1988); nello stesso senso, *Coonce v. Aetna Life Ins. Co.*, 777 F. Supp. 765 (1991), *Attar v. UNUM Life Ins. Co. of Am.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 23254, 24 (1997); più di recente, *Cortes v. Midway Games, Inc.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20795, 35 (2004).

<sup>460</sup> *Union Automobile Workers v. Yard-Man*, 716 F.2d 1476 (6<sup>th</sup> Circ. 1983).

<sup>461</sup> *Yard-Man*, 1479, laddove la Corte afferma che «when the parties contract for benefits which accrue upon achievement of retiree status, there is an inference that the parties likely intended those benefits to continue as long as the beneficiary remains retiree».

to vest benefits with absence or either explicit contractual language or extrinsic evidence indicating such intent»<sup>462</sup>, in tal modo depotenziando notevolmente il carattere presuntivo di tale principio.

---

<sup>462</sup> *Yolton v. El Paso Tennessee Pipeline Co.*, 435 F.3d 580 (6th Circ. 2006); nello stesso senso *Winnett v. Caterpillar, Inc.*, 553 F.3d 1000 (6th Circ. 2009), ma anche la Corte di Appello del Settimo Circuito in *Bland v. Fiatallis North America, Inc.*, 401 F.3d 784 (2005), la quale afferma che «the intention to vest must be found in clear and express language in plan documents» e *Vallone v. CNA Fin. Corp.*, 375 F.3d 632 (7th Circ. 2004), dove similmente afferma che «a modification that purports to vest welfare benefits must be contained in the plan documents and must be stated in clear and express language».

### 2.3. Welfare Benefits<sup>463</sup>

I welfare benefits sono generalmente riconosciuti dai datori di lavoro ai propri dipendenti (e, talvolta, ai familiari di questi ultimi) in aggiunta ai pension e health care benefits e sono incentivati dal Congresso attraverso un trattamento fiscale favorevole. I welfare benefit che soddisfano i criteri fissati dall'ERISA sono soggetti alla disciplina di quest'ultima, tutti gli altri benefit che il datore di lavoro può concedere al dipendente in virtù di separati accordi di natura contrattuale possono invece essere catalogati come *fringe benefits* (secondo il linguaggio adottato dall'IRC §132)<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> Una panoramica della disciplina del welfare benefits è disponibile su [https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/PensionRetirementBenefitsSecondarySources/PensionRetirementBenefitsTextsTreatises/WelfareBenefitsGuideHealthPlansOtherEmployerSponsoredBenefits?transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Category\)](https://1.next.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/PensionRetirementBenefitsSecondarySources/PensionRetirementBenefitsTextsTreatises/WelfareBenefitsGuideHealthPlansOtherEmployerSponsoredBenefits?transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Category)).

<sup>464</sup> I *fringe benefits* differiscono da un welfare plan in quanto a natura e *ratio*: infatti, non presentano il requisito della «ongoing administrative scheme» - richiesto dalla giurisprudenza per la configurazione di un plan nel senso indicato nell'ERISA – e sono finalizzati ad integrare la retribuzione base del lavoratore. Si tratta di servizi o prestazioni economiche frutto della negoziazione individuale tra datore di lavoro e lavoratore e possono assumere le più svariate forme. Normalmente sono incluse nel gross income del lavoratore, fatta eccezione per i fringe benefits espressamente richiamati dall'IRC §132, che ne sono esclusi, ma con alcune condizioni. Ai sensi del §132(j) cit., infatti, è concesso escludere dal gross income degli HCEs i fringe benefit concessi a questi ultimi a condizione che i medesimi benefit siano erogati a tutti i dipendenti o a gruppi di lavoratori classificati in base a criteri che non risultino favorire gli HCEs. In generale, rientrano in questa tipologia di benefit, quelli elencati alla lettera (a), ovverosia «(1) no-additional-cost service, (2) qualified employee discount, (3) working condition fringe, (4) de minimis fringe, (5) qualified transportation fringe, (6) qualified moving expense reimbursement, (7) qualified retirement planning services, or (8) qualified military base realignment and closure fringe». In particolare, i *no-additional-cost services* sono normalmente offerti ai clienti del datore di lavoro a prezzi ribassati e ai dipendenti di quest'ultimo gratuitamente (IRC §132(b); possono beneficiare di tale tipologia di benefit i lavoratori alle dipendenze del datore e i loro coniugi e figli a carico, ex dipendenti in pensione o divenuti disabili (e loro superstiti), genitori dei lavoratori impiegati nel settore del trasporto aereo (v. IRC §132(h) e Treas. Reg. §1.132-1(b)(1)). Gli *employee discounts* sono concepiti allo scopo di fornire ai dipendenti i beni (e servizi) distribuiti, prodotti o venduti dal datore di lavoro a prezzi scontati; possono beneficiarne i soggetti già menzionati con riferimento ai no-additional-cost services e possono essere esclusi dall'income di questi ultimi a condizione che si tratti di beni normalmente venduti dalla line of business del datore di lavoro, utilizzati nell'interesse personale del lavoratore (il quale, peraltro, deve svolgere la propria attività per la medesima line of business dalla quale riceve il benefit); che gli sconti sulle merci non eccedano la percentuale dell'imponibile del datore o comunque il 20% del prezzo normalmente praticato nei confronti dei clienti del datore di lavoro; e che tali sconti non siano concessi sulla base di criteri discriminatori (v. IRC §132(c) e Treas. Reg. §1.132-3(a)(1)-(2), (6)). I *working condition fringe benefits* sono beni o servizi che, se fossero acquistati direttamente dai lavoratori, sarebbero considerati dall'IRC come *deductible business expenses* (come, ad esempio, l'abbonamento ad una rivista o l'uso di computer e telefoni aziendali). Possono beneficiare di tali benefit i lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro, gli amministratori della società, i partners e i lavoratori autonomi che svolgono prestazioni in favore del datore di lavoro (v. Treas. Reg. §§1.132-1(a), 1.132-1(b)(2)). I *de minimis fringe benefits*, invece, sono beni o servizi il cui valore è talmente scarso da non poter essere contabilizzati separatamente per gli eccessivi costi di gestione che ne deriverebbero (IRC §132(e)). Trattasi normalmente di cibo e bevande fornite in occasione di partie o picnic, dell'uso di strumenti di lavoro quali stampanti, computers, fax, nonché regali in occasione delle festività; sono invece esclusi i biglietti per spettacoli teatrali o eventi sportivi, le tasse di iscrizione a country clubs o a centri sportivi, l'uso di strutture aziendali per pernottamenti di un giorno o durante il week end (v. Treas. Reg. §1.132-6(e)(2) e, in generale, *Fringe Benefits*, in HR Praticitioners Guide, Employee Services and Fringe Benefits, BNA, 2017, 6-7); di tali benefit possono beneficiare i dipendenti e i lavoratori autonomi che svolgono la loro attività in favore del datore di lavoro. I *qualified transportation (commuting) benefits* sono generalmente erogati allo scopo di incentivare l'uso dei mezzi pubblici da parte dei dipendenti la cui abitazione non si trovi nelle immediate vicinanze del luogo di lavoro e comprendono «mass transit» (ivi compresi farecards, smartcards, carte di debito e di credito o altre strumenti di pagamento elettronici utilizzati per pagare i biglietti del bus, della metropolitana, dei treni, dei traghetti e di altri mezzi di trasporto pubblici); *van pool*; *parking costs*; e *bicycle benefits*, per un valore massimo di \$255 al mese (nel 2017, v. IRS Rev. Procs. 2016-55). I *qualified moving expense reimbursements* sono, invece, predisposti dal datore di lavoro allo scopo di coprire (una parte del)le spese affrontate dal lavoratore trasferito per motivi legati al proprio lavoro. Per poter essere escluse dal

### 2.3.1. Disability plans

Oltre ai trattamenti offerti ai lavoratori disabili (*workers with disabilities*) dal programma di Social Security attraverso l'OASDI, molti datori di lavoro predispongono piani di welfare per erogare prestazioni aggiuntive ai dipendenti divenuti disabili. Tuttavia, è bene chiarire che, un disability plan è soggetto alla disciplina dell'ERISA (la quale peraltro prevale sulla state law) quando soddisfi i requisiti dettati dalla legge in relazione ai welfare benefit plans, sicchè il disability plan deve necessariamente «essere costituito o mantenuto<sup>465</sup> da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi allo scopo di fornire ai suoi partecipanti o ai beneficiari (*beneficiaries*) di questi ultimi [...] disability benefits». È, infatti, possibile che un disability plan venga finanziato attraverso il *payroll system* e i *general assets* del datore di lavoro e non sia quindi soggetto all'ERISA<sup>466</sup>. Diversamente, secondo le indicazioni fornite dall'Internal Revenue Service<sup>467</sup>, il disability plan sarà considerato un welfare benefit plan in presenza di alcuni elementi: 1) quando è espressamente richiamato dallo stesso contratto di lavoro, 2) quando riceve contributi da parte di entrambi il datore

---

reddito di quest'ultimo, deve tuttavia trattarsi di costi ragionevolmente sostenuti dal dipendente per trasportare i beni e gli effetti personali (suoi e dei membri della sua famiglia) dalla vecchia alla nuova abitazione, nonché i costi del viaggio e per l'alloggio provvisorio. I *retirement planning services*, d'altra parte, consistono in servizi di consulenza rivolti ai dipendenti e ai rispettivi coniugi relativi alla pianificazione dei propri risparmi in vista del pensionamento. Il valore di tali benefit può essere escluso del reddito del lavoratore a condizione che il datore di lavoro sponsorizzi qualified pension plans e che tale servizio non risulti discriminatorio nei confronti di talune categorie di dipendenti a vantaggio di altre (v. IRC §§132(m)). Rientrano, infine, nei *qualified military base realignment and closure fringe benefits* i pagamenti effettuati ai sensi del §1013 del *Demonstration Cities and Metropolitan Development Act* del 1966 per compensare gli effetti negativi derivanti dalla svalutazione di proprietà immobiliari a seguito della riorganizzazione o chiusura di una base militare. Ai fringe benefit elencati nel §132 vanno aggiunti quelli disciplinati dal §139, il quale ammette il pagamento da parte del datore di lavoro delle spese sostenute dal lavoratore a seguito del verificarsi di "eventi catastrofici", come disastri aerei, terremoti, uragani, tempeste di neve, azioni militari o attacchi terroristici e altri eventi ritenuti tali dal Segretario del Dipartimento Federale del Tesoro (IRC §139(c)). Trattasi, dunque, dei costi legati al funerale o alla manutenzione dell'abitazione, nonché al trasporto delle persone ferite o decedute a seguito dell'evento (IRC §139(b)). Infine, rientrano in tale categoria di benefit i servizi erogati al dipendente che sia stato vittima del furto della propria identità, che si verifica quando un soggetto non autorizzato abbia ottenuto e fatto uso di dati personali del lavoratore, ivi compreso il nome, l'indirizzo, il numero della social security, lo stato di salute, dettagli relativi al conto corrente o alle carte di credito da questi possedute. A tale scopo il datore di lavoro può fornire servizi di monitoraggio e rendicontazione del credito, di assicurazione in caso di furto dell'identità e di indennizzo (a riguardo, si veda BNA, *Identity Theft Protection*, in *Benefits Guide: Basics, Welfare and Fringe Benefits, Fringe Benefits*, BNA, 2017, 271320.100).

<sup>465</sup> Un self-funded program è considerato "mantenuto" dal datore di lavoro, mentre un insured program è considerato tale, secondo le indicazioni fornite dal DOL Reg. § 2510.3-1(j), nella misura in cui il datore di lavoro contribuisca a versare una parte del premio. In *O'Leary v. Provident Life and Accident Ins. Co.*, 456 F. Supp. 2d 285, 40 Employee Benefits Cas. (BNA) 1436 (D. Mass. 2006), la Corte ha ritenuto che il piano fosse «costituito e mantenuto» dal datore di lavoro dal momento che una persona di ordinaria diligenza (*reasonable person*) avrebbe potuto individuare «(1) the intended benefits (i.e. disability benefits) (2) the class of beneficiaries (i.e. this employee) (3) the source of financing (i.e. the employer paid the premiums) (4) the procedures for receiving benefits (i.e. the policy spelled out the claims procedures)». Secondo il giudizio della Corte hanno peraltro influito le circostanze che il datore di lavoro contribuisse a pagare il premio e avesse il diritto non solo di determinare il livello dei benefit erogabili attraverso il piano, ma anche di cessarlo.

<sup>466</sup> ROUTH P.J., *Disability Programs*, in *Welfare Benefit Guide, Health Plans and Other Employer Sponsored Benefits*, Westlaw, 2016, p. 69.

<sup>467</sup> Rev. Rul. 80-303 (IRS RRU), 1980-45 I.R.B. 10, 1980-2 C.B. 295, 1980 WL 130340.

di lavoro e il lavoratore e 3) quando il fondo utilizzato per finanziare il piano è diverso da quello impiegato per corrispondere al lavoratore la normale retribuzione.

Trovano, inoltre, applicazione nei confronti dei disability plans le antidiscrimination rules dettate dall'ADEA con riferimento alla componente anagrafica, sicché il datore di lavoro non può interrompere la copertura di un dipendente in ragione dell'età di quest'ultimo (valgono, tuttavia, le considerazioni già svolte in merito alla diversità dei trattamenti erogabili ai dipendenti di uno stesso datore di lavoro risultanti dai più alti costi di gestione che questo dovrebbe sostenere per garantire il medesimo livello di benefit ai lavoratori giovani e anziani in ossequio alla cd. equal cost rule di cui si è detto in riferimento all'age discrimination rules). Similmente, troverà applicazione a tale tipologia di piani anche l'Americans with Disabilities Act (ADA), il quale, tuttavia, con specifico riferimento ai disability plans, ammette trattamenti differenziati a seconda del tipo di disabilità e dell'età del dipendente<sup>468</sup>.

Dal punto di vista fiscale, poi, se i costi di finanziamento del piano sono posti in capo al lavoratore (oppure al datore di lavoro, ma tassati come un additional income del lavoratore), allora i trattamenti erogati sono esclusi dal gross income; diversamente, se i costi sono sostenuti dal datore di lavoro e non considerati come una fonte ulteriore di reddito per il lavoratore, i benefit sono soggetti a tassazione<sup>469</sup>. Sono, inoltre, esclusi dalla tassazione i trattamenti economici erogati attraverso un disability plan in caso di perdita permanente di una parte del corpo o dell'uso di una parte del corpo o di una funzione di esso o ancora in caso di deformazione permanente<sup>470</sup>.

Più specificamente, i *Disability plans* sostituiscono la retribuzione del lavoratore assente per malattia, infortunio o inabilità al lavoro<sup>471</sup><sup>472</sup> e, a seconda della gravità dell'evento morboso (o dell'infortunio) - nonchè, dunque, del periodo di assenza dal luogo di lavoro – possono assumere la forma dei *short-term disability plans* ovvero dei *long-term disability plans*, i quali sono normalmente coordinati allo scopo di garantire al lavoratore la continuità dell'erogazione dei rispettivi trattamenti.

---

<sup>468</sup> Sicché, ad esempio, il datore di lavoro ben potrà sponsorizzare un piano che, in caso di disabilità fisica, eroghi al lavoratore benefit fino al raggiungimento dei 65 anni, mentre, in caso di disabilità mentale, per soli 24 mesi (cfr. *E.E.O.C. v. Staten Island Sav. Bank*, 207 F.3d 148 (2d Cir. 2000). Nello stesso senso, *Lewis v. Kmart Corp.*, 180 F.3d 170-171 (4th Cir. 1999); in senso parzialmente difforme *Weyer v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 198 F.3d 1108 (9th Cir. 2000).

<sup>469</sup> 26 U.S.C. §§104-106.

<sup>470</sup> I.R.C. §105(c).

<sup>471</sup> Treas. Reg. §1401(b)(i).

<sup>472</sup> Come noto, peraltro, a seguito dell'entrata in vigore del Pregnancy Discrimination Act – che ha modificato il Titolo VII del United States Code - anche la maternità (e le “disabilità” che da questa potrebbero derivare) rientra tra le ipotesi di disabilities e deve dunque essere considerata alla stregua di qualsiasi altra causa di disabilità. Ne deriva che l'ammontare del trattamento e la durata dello stesso deve corrispondere a quelli previsti per le altre tipologie di disabilità. Si veda 29 C.F.R. § 1604.10. Peraltro, il fatto che il PDA vieti trattamenti discriminatori nei confronti delle donne incinta, non impedisce al datore di lavoro di erogare trattamenti più favorevoli nei confronti di queste ultime (cfr. *Aubrey v. Aetna Life Ins. Co.*, 886 F.2d 123 (6th Cir. 1989)).

I *short-term disability plans* sono generalmente di due tipi: i ccdd. *sick-pay plans* (o *sick leaves*) e i ccdd. *accident and sickness plans* e coprono normalmente gli infortuni e le malattie verificatisi durante o al di fuori dell'orario di lavoro.

Questa tipologia di piani è pensata per il lavoratore che sia temporaneamente impossibilitato a svolgere la propria attività lavorativa ed è finalizzata a garantire una prestazione di breve durata (normalmente si tratta di una copertura di sei settimane, 120 giorni o un anno<sup>473</sup>); inoltre, diversamente dalla nozione di disabilità adottata dall'OASDI - la quale risulta, invero, piuttosto penalizzante per il lavoratore, trattandosi dell'impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa (*inability to engage in any substantially gainful activity*) -, i *short-term disability plans* sono soliti ricorrere ad una definizione più restrittiva, dovendo il lavoratore risultare impossibilitato a svolgere una determinata attività (*specific job*)<sup>474</sup> e non una *qualsiasi* attività<sup>475</sup>.

In particolare, un *sick-pay plan* è concepito allo scopo di fornire un trattamento economico sostitutivo dell'intero ammontare (o di una parte) della retribuzione per un periodo di tempo normalmente non superiore ai cinque mesi<sup>476</sup>; tuttavia, sono ammessi trattamenti differenziati a seconda dell'anzianità di servizio ed è normalmente concesso al lavoratore di accumulare i permessi non goduti da un anno con l'altro<sup>477</sup>. Similmente operano gli *accident o sickness plans*, i quali sostituiscono normalmente il 50-70% della retribuzione normalmente percepita dal lavoratore; tuttavia, diversamente dai primi, tali piani non ammettono il cumulo dei permessi non goduti e non sono solitamente concepiti in modo tale da garantire un migliore trattamento per i lavoratori con una maggiore anzianità di servizio<sup>478</sup>.

I *long-term disability plans*, invece, sono pensati per coprire periodi più lunghi di malattia, che possono protrarsi fino al momento in cui il lavoratore riacquisti la capacità di lavorare oppure fino al momento del pensionamento; alcuni di essi, tuttavia, possono prevedere un periodo massimo

---

<sup>473</sup> PRATT D.A.-REECE S., *ERISA and Employee Benefit Law*, ABA, 2010, p. 289.

<sup>474</sup> ROUTH P.J., *Disability Programs*, in *Welfare Benefit Guide, Health Plans and Other Employer Sponsored Benefits*, Westlaw, 2016, p. 74.

<sup>475</sup> Secondo PRATT D.A.-REECE S., *op. ult. cit.*, p. 290, peraltro, sarebbe questo il motivo per cui alcuni piani si servirebbero di una nozione più ampia di disability, quale «the inability to engage in the worker's usual occupation», specialmente quando il piano è concepito allo scopo di garantire una copertura agli HCEs, che sono più facilmente chiamati a svolgere attività di tipo intellettuale piuttosto che *physically demanding activities*.

<sup>476</sup> Diversamente da quanto accade per i disability plan sponsorizzati dal datore di lavoro, infatti, il programma OASDI prescrive un periodo di attesa (*waiting period*) di cinque mesi prima dell'erogazione dei disability benefits, non essendo concepito allo scopo di coprire short-term disabilities (<https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/sspus/oasdi.pdf>, pag. 15); ne deriva, dunque, la necessità di coordinare le due tipologie di trattamento per evitare, da una parte, che si cumulino e, dall'altra, che il lavoratore rimanga scoperto per un certo periodo di tempo.

<sup>477</sup> ROUTH P.J., *ivi*, p. 76.

<sup>478</sup> ROUTH P.J., *Ibidem*.



di erogazione pari a due o cinque anni (o periodi più corti in caso di mental disability)<sup>479</sup>. Tale tipologia di trattamento viene normalmente erogata tramite un'assicurazione a quei lavoratori che vantano un'anzianità di servizio di almeno cinque mesi (ma alcuni piani possono richiedere fino ad un anno) e che versano i contributi necessari a coprirne i costi in un apposito trust<sup>480</sup>; inoltre, è normalmente strutturata in modo tale da coprire il lavoratore che abbia già goduto dei benefit erogati tramite un short-term plans, ma che non abbia riacquisito la capacità di lavorare al termine di tale trattamento. In questa prospettiva, occorre prestare attenzione alla nozione di disabilità contenuta nel plan document, la quale spesso differisce da quella dell'OASDI in quanto ai requisiti di durata della disabilità<sup>481</sup>, di guisa che al lavoratore potrebbe essere richiesto di dimostrare di essere impossibilitato a svolgere *qualsiasi* attività cui potrebbe ragionevolmente essere adibito in considerazione delle sue competenze<sup>482</sup>, o essere solo *parzialmente* impossibilitato<sup>483</sup>.

Infine, all'amministratore del piano è concesso interrompere il trattamento quando risulti di tutta evidenza che il lavoratore abbia riacquisito la capacità di lavorare<sup>484</sup> o quando cessi il rapporto di lavoro, se è il plan document a prevederlo<sup>485</sup>. In ogni caso, trattandosi di welfare plans, non trovano

---

<sup>479</sup> PRATT D.A.-REECE S., *op. ult. cit.*, p. 289.

<sup>480</sup> ROUTH P.J., *ivi*, p. 100.

<sup>481</sup> Secondo ROUTH P.J., *ivi*, p. 100 "it is not uncommon for a plan to provide that disability means the inability to perform one's regular duties for two years".

<sup>482</sup> In *Ray v. UNUM Life Ins. Co. of America*, 224 Fed. Appx. 775, 785, 41 Employee Benefits Cas. (BNA) 1466 (10th Cir. 2007) un avvocato specializzato in cause immobiliari ha ottenuto dai giudici della Corte d'Appello del Decimo Circuito il riconoscimento di un long-term disability a seguito dell'allergia sviluppata per alcune sostanze chimiche presenti nel suo ufficio (ubicato in un grattacelo) sulla base del fatto che la competenza specifica da lei maturata nel settore immobiliare l'avrebbe costretta a lavorare per tutta la vita in grandi studi legali, i cui uffici, a Denver, sono solitamente ubicati in grattacieli; sicchè la patologia da lei lamentata (*sick building syndrome*) le avrebbe impedito di svolgere la propria attività lavorativa con la conseguenza che le è stato riconosciuto il diritto ad ottenere il trattamento richiesto.

<sup>483</sup> Trattasi delle ipotesi in cui il lavoratore è in grado di svolgere la propria attività solamente part-time oppure non è più in grado di svolgere l'attività precedentemente svolta, ma può essere adibito ad una diversa attività cui potrebbe risultare idoneo a seguito di un programma di formazione o maturando la necessaria esperienza, v. ROUTH P.J., *ivi*, p. 100.

<sup>484</sup> A tale fine, peraltro, non sono considerate sufficienti le osservazioni svolte dai medici convenzionati con l'azienda in presenza di più approfondite valutazioni mediche sul medesimo caso. In *Hackner v. Long Term Disability Plan for Employees of Havi Group LP*, 81 Fed. Appx. 595, 31 Employee Benefits Cas. (BNA) 2906 (7th Cir. 2003), l'amministratore del piano aveva unilateralmente deciso di interrompere i long-term disability benefits erogati al ricorrente sulla base del fatto che questi fosse in grado di svolgere attività lavorative di tipo sedentario e che, quindi, non fosse "totally disabled"; tuttavia la decisione era stata presa sulla base di dati non aggiornati e in assenza degli opportuni riscontri medici, sicchè la Corte ha ripristinato i benefit spettanti al ricorrente sulla base del fatto che non vi fosse alcuna legittima motivazione per cessare il trattamento. In *Black & Decker Disability Plan v. Nord*, 538 U.S. 825 (2003), tuttavia, la Corte Suprema ha affermato che la diagnosi del medico curante deve essere valutata alla stregua di quella effettuata da altri medici, non dovendosi dunque attribuire un maggior peso alla prima rispetto alle seconde.

<sup>485</sup> In *Moyers v. Super Valu Stores, Inc.*, 1992 WL 46379 (E.D. La. 1992) la Corte del distretto orientale della Luisiana ha ritenuto legittimo il rifiuto del datore di lavoro di erogare i benefit al proprio dipendente nel momento in cui il rapporto di lavoro è venuto meno, nonostante la disabilità si fosse manifestata in un momento antecedente; mentre in *Stoltz v. Fenn Mfg. Co.*, 27 Employee Benefits Cas. (BNA) 2058, 2002 WL 295377 (D. Conn. 2002), il Tribunale del Connecticut ha affermato l'illegittimità della decisione del datore di lavoro di sospendere l'erogazione dei benefit attraverso il short-term disability plan sponsorizzato dall'azienda al proprio dipendente affetto da cancro (successivamente) licenziato per aver falsificato dei report sul controllo-qualità dal momento che il plan document nulla diceva a riguardo. Tuttavia, in *Price v. Board of Trustees of Indiana Laborer's Pension Fund*, 707 F.3d 647, 54 Employee Benefits Cas. (BNA) 2855 (6th Cir. 2013), la Corte ha considerato legittima la scelta del datore di lavoro di modificare

applicazione le regole dettate per i pension plans dall'ERISA in materia di vesting, ma valgono le considerazioni già svolte in merito alla facoltà del datore di lavoro di modificare il piano quando lo ritiene più opportuno.

### 2.3.2. *Accidental death plans & Group-Term Life Insurance plans*

Sono, inoltre, previsti piani in caso di morte del lavoratore, che differiscono in base alla rilevanza attribuita all'evento che ne ha dato causa: un *Accidental death plans* eroga una prestazione ai superstiti del lavoratore che perda la vita per una «accidental injury»<sup>486</sup> e non è soggetto a tassazione, né per il datore di lavoro né per i destinatari del trattamento medesimo; mentre un *Group-Term Life Insurance plan* è istituito allo scopo di garantire una prestazione economica al soggetto designato dal lavoratore come beneficiario dell'assicurazione a prescindere dalla causa che ne ha causato la morte ed è generalmente a carico del solo datore di lavoro, il quale deve, tuttavia, garantire che il piano rispetti le nondiscriminatory rules dettate dall'IRC §79 e, pertanto, non favorisca gli HCEs<sup>487</sup>. In aggiunta a tale programma, i lavoratori possono, inoltre, optare per un *Individual Life Insurance Coverage*, acquistabile dalla stessa compagnia assicurativa che fornisce il trattamento erogato dal group plan. Anche in questo caso, i premi assicurativi pagati dal datore di lavoro sono ammessi in deduzione, dal momento che, verosimilmente, egli non coincide con il beneficiario del trattamento medesimo<sup>488</sup>.

### 2.3.3. *Long-term care plans*

Invece, i *Long-term care plans* assicurano - tramite la stipulazione di contratti assicurativi che soddisfino i requisiti dettati dal IRC §7702B per i qualified long-term care insurance - trattamenti di tipo assistenziale rivolti a individui che non sono in grado di svolgere le normali attività del quotidiano

---

retroattivamente il long-term disability plan al fine di ridurre la durata del trattamento erogato attraverso il piano sulla base del fatto che il linguaggio adottato dal plan document fosse ambiguo a riguardo.

<sup>486</sup> Secondo la definizione fornita da definitions.uslegal.com deve trattarsi di un infortunio di natura accidentale (involontario) ovvero causato da forze esterne, violente e prevedibili («Accidental injury means an injury that results accidentally or from any external, violent and anticipated causes», disponibile su <https://definitions.uslegal.com/a/accidental-injury/>).

<sup>487</sup> Se i requisiti dettati dal §79 sono rispettati, i primi \$50,000 spesi dal datore di lavoro per finanziare il group-term life insurance sono esclusi dalla tassazione, mentre le somme eccedenti tale ammontare sono tassabili come fringe benefits.

<sup>488</sup> KENNEDY K.J.- SCHULZ III P.T., *Employee Benefits Law: Qualification and Erisa Requirements*, II Ed., Lexis Nexis, 2012, p. 479.

– e che non sono coperti dal programma di Medicare - presso strutture specializzate come le case di cura (*nursing home*) oppure al domicilio (*custodial care*), ma anche servizi diagnostici, riabilitativi e preventivi<sup>489</sup>. Le somme liquidate dall'assicurazione sono escluse dal gross income del beneficiario al di sotto di una determinata soglia, che è fissata in considerazione delle condizioni di salute del soggetto medesimo (malattie croniche v. malattie terminali)<sup>490</sup>; parimenti sono deducibili per il datore di lavoro<sup>491</sup>.

#### 2.3.4. *Dependent Care Assistance Programs & Family-Oriented Work Policies*

I *Dependent Care Assistance Programs* sono definiti dall'IRC come piani – redatti per iscritto - appositamente predisposti dal datore di lavoro allo scopo di beneficiare i propri dipendenti attraverso la fornitura di servizi assistenziali nell'interesse dei soggetti posti a carico di questi ultimi<sup>492</sup> e consistono principalmente nella predisposizione di asili nido gestiti dallo stesso datore di lavoro oppure nel pagamento/rimborso delle tasse di iscrizione pagate dai dipendenti di quest'ultimo per iscrivere i propri figli ad asili nido non aziendali<sup>493</sup>. Per espresso riferimento al §21(b)(1), peraltro, possono essere destinatari di tali trattamenti solamente i figli a carico del lavoratore di età inferiore a 13 anni, nonché i figli ed il coniuge fisicamente o mentalmente incapaci di provvedere ai propri bisogni. Tuttavia, affinché i costi sostenuti dal datore di lavoro per la predisposizione di tale servizio possano essere esclusi dal gross income del lavoratore, è necessario che il dependent care program soddisfi taluni requisiti, tra cui quello di consentire al lavoratore di svolgere un'attività che gli procuri un reddito<sup>494</sup>. Deve, inoltre, trattarsi di spese da questo sostenute per assistere i soggetti qualificati ai sensi del §21 cit. (ivi comprese le spese legate alla manutenzione della casa in cui tali individui vivono).

Devono, inoltre, essere rispettati i requisiti dettati dall'IRC §129(d), ai sensi del quale i contributi e i trattamenti erogati attraverso il piano non devono favorire/discriminare talune categorie

---

<sup>489</sup> IRC §7702B(c).

<sup>490</sup> KENNEDY K.J.- SCHULZ III P.T., *op. ult. cit.*, pp. 488-489.

<sup>491</sup> IRC §162(a).

<sup>492</sup> IRC §129(d), ai sensi del quale, letteralmente, un dependent care assistance program «is a separate written plan of an employer for the exclusive benefit of his employees to provide such employees with dependent care assistance which meets the requirements of paragraphs (2) through (8) of this subsection [129]».

<sup>493</sup> IRC §129.

<sup>494</sup> IRC §§21(b)(2) e 129(e)(1). La finalità di questi programmi è, infatti, di consentire al lavoratore di organizzare il suo tempo e i propri impegni in modo tale da garantirgli un work-life balance.

di lavoratori<sup>495</sup> (in particolare, le spese sostenute dal datore di lavoro per erogare servizi di dependent care agli shareholders e agli owners dell'azienda non devono eccedere il 25% delle spese annuali complessive sostenute dal datore attraverso il medesimo programma<sup>496</sup>); inoltre il datore di lavoro deve informare i lavoratori che risultino idonei a beneficiare del programma dei termini che lo regolano<sup>497</sup> e delle spese sostenute nell'anno precedente in relazione al programma medesimo<sup>498</sup>. Infine, è necessario che la media dei benefit erogati dalla totalità dei dependent care plans sponsorizzati dal medesimo datore di lavoro in favore dei NHCEs corrisponda almeno al 55% della media dei benefit erogati in favore degli HCEs<sup>499</sup>.

In ogni caso, le spese escluse dal gross income non possono eccedere la somma di \$ 5,000 se il lavoratore non è sposato (o è sposato, ma effettua la dichiarazione congiunta dei redditi o è il capofamiglia; la soglia è invece ridotta a \$2,500 se il lavoratore è sposato, ma effettua la dichiarazione separata dei redditi)<sup>500</sup>; mentre se il piano è finanziato attraverso la riduzione del salario dell'ammontare corrispondente al valore del trattamento erogato, i pagamenti o rimborsi effettuati attraverso il piano non possono eccedere la retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore<sup>501502</sup>.

Infine, dal momento che la legge non definisce quali servizi possano rientrare in un dependent care program, l'Internal Revenue Service ha fornito alcune indicazioni in merito, ritenendo opportuno ricomprendervi sia i kindergarten (quali, ad esempio, gli asili nido e le scuole materne, anche quando la componente educativa rappresenti una parte significativa del programma), che i costi ad esso associati, quali i pasti<sup>503</sup>, mentre ha escluso i costi sostenuti per l'iscrizione a corsi di studio in età più avanzata<sup>504</sup>. Allo stesso modo possono rientrarvi i costi sostenuti per il trasporto del figlio presso le strutture convenzionate (ma solo quando il mezzo di trasporto sia messo a disposizione dalla struttura

---

<sup>495</sup> Si veda IRC §129(d)(2), derubricato "discrimination", il quale fa espresso riferimento alle categorie degli HCEs e dei NHCEs. Al fine di stabilire se un piano è discriminatorio trovano, inoltre, applicazione le regole già illustrate in riferimento ai retirement plans, ivi compresi i criteri di esclusione dal computo di alcune tipologie di lavoratori, cui si rimanda.

<sup>496</sup> IRC §129(d)(4).

<sup>497</sup> IRC §129(d)(6).

<sup>498</sup> IRC §129(d)(7).

<sup>499</sup> IRC §129(d)(8)(a).

<sup>500</sup> IRC § 129(a). Per definire lo stato civile di un lavoratore divorziato o separato trovano, inoltre, applicazione le regole speciali dettate dai §§ 21(e)(3)(4) e 129(a)(2)(C).

<sup>501</sup> IRC §129(b)(1). A tali fini, per retribuzione percepita si intende, quanto ai lavoratori subordinati, sia i salari che gli stipendi, nonché le mance e le altre forme di compenso legate alla prestazione svolta, quanto ai lavoratori autonomi, invece, il reddito netto; sono, invece, escluse le somme pagate dal datore di lavoro per erogare i medesimi servizi di dependent-care.

<sup>502</sup> Ai sensi dell'IRC §129(e)(8), peraltro, nel caso in cui l'asilo nido sia predisposto all'interno dei locali aziendali ed erogato quindi in-site, la parte di stipendio esclusa dal gross income deve corrispondere all'uso che di tale servizio è stato fatto da parte del figlio (o dei figli) del dipendente o al valore complessivo dei servizi di cui il dipendente si è servito.

<sup>503</sup> DOL Reg. §§1.21-1(d)(5) e 1.21-1(d)(12), Example 1.

<sup>504</sup> DOL Reg. §1.21-1(d)(1).

che accoglie il bambino)<sup>505</sup>, nonché il compenso riconosciuto alla donna di servizio per la cura dei figli a carico (ivi compreso l'eventuale incremento del costo delle forniture domestiche, quali l'energia elettrica, il gas, l'acqua, ecc.)<sup>506</sup>.

Sono, infine, considerati dependent care benefits i *servizi di resource and referral* attraverso cui il datore di lavoro raccoglie e fornisce ai propri dipendenti informazioni relative ai servizi di assistenza all'infanzia presenti sul territorio, ovvero organizza seminari formativi nel luogo di lavoro o predispone servizi di consulenza telefonica (*telephone information lines*, denominati *phonepals* o *warmlines*) o altri servizi per i ccdd. latch-key children (ovverosia i bambini lasciati spesso a casa da soli)<sup>507</sup>; nonché le ccdd. *Family-Oriented Work Policies*, che consistono in *flexible job (re)scheduling*, *job-sharing*, congedi di maternità e paternità, permessi in caso di malattia del figlio o per appuntamenti medici, o ancora per partecipare ai colloqui genitori-insegnanti o altre attività scolastiche<sup>508509</sup>. Rientrano in questa tipologia di benefits anche i ccdd. *laundry and dry cleaning services*, nonché i «pet at work programs», che consentono ai dipendenti di portare periodicamente o giornalmente i propri animali domestici sul luogo di lavoro.

### 2.3.5. Adoption Assistance Programs

Il datore di lavoro potrebbe altresì decidere di offrire ai propri dipendenti un *Adoption Assistance Program* allo scopo di fornire un supporto economico ai dipendenti che intendano adottare un figlio di età inferiore ai 18 anni o un individuo di qualsiasi età, se mentalmente o fisicamente disabile. Ai fini fiscali, tali somme potranno essere escluse dal reddito del lavoratore a condizione che siano rispettati i requisiti dettati dall'IRC §137, ovverosia deve trattarsi di programmi istituiti per iscritto e gestiti separatamente rispetto ad altri piani e/o programmi sponsorizzati dal datore di lavoro; il lavoratore deve essere informato con un ragionevole anticipo dei termini del programma; il programma deve essere accessibile a tutti i dipendenti (fatta esclusione per quelli coperti da un

---

<sup>505</sup> DOL Reg. §1.21-1(d)(8).

<sup>506</sup> DOL Reg. §1.21-1(d)(10).

<sup>507</sup> ROUTH P.J., *op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>508</sup> ROUTH P.J., *ivi*, p. 149.

<sup>509</sup> Rientrano tra le Family-oriented policies anche gli *Elder Care Programs and Services*, che assistono il lavoratore che debba prestare assistenza ai propri genitori o al coniuge o altro adulto posto a suo carico che risultino affetti da disabilità. A questo scopo il datore di lavoro può predisporre referral and resource services ai propri dipendenti attraverso il personale delle risorse umane o third-party elder care providers allo scopo di identificare le necessità di ognuno e i servizi disponibili sul territorio di per l'assistenza al domicilio o case di cura. In alternativa può fornire indicazioni attraverso newsletter, bulletin boards, seminari, video o manuali per indirizzare i propri dipendenti verso organizzazioni che forniscono servizi di consulenza legale e finanziaria o servizi di day care, home care e respite care presenti sul territorio (si veda, in merito, BNA, *Family Care and Work-Life Benefits*, in HR Practitioners Guide, Employee Services and Fringe Benefits, BNA, 2017, p. 11).

accordo collettivo che includa l'adoption assistance tra le materie coperte da good-faith bargaining); gli HCEs non devono ricevere trattamenti più favorevoli rispetto ai NHCEs; i pagamenti o i rimborsi effettuati attraverso tale programma agli shareholders e agli owners non deve eccedere il 5% del volume totale delle somme erogate annualmente attraverso il programma di adoption assistance; e il lavoratore che intenda beneficiare di tale programma è tenuto a fornire l'opportuna documentazione a supporto delle richieste di rimborso e/o finanziamento<sup>510</sup>. Per il 2017, la somma massima erogabile a ciascun dipendente attraverso tale tipologia di programma ammontava a \$13,570<sup>511</sup> e poteva essere impiegata per coprire le spese legali, le tasse di adozione e le eventuali spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dal lavoratore a tale scopo.

### 2.3.6. *Employee Assistance Programs (EAPs)*

Rientrano, poi, tra i welfare benefit i ccdd. *Employee Assistance Programs (EAP)*, ovverosia i programmi di consulenza messi a disposizione dei dipendenti che necessitino di supporto e assistenza nell'identificazione e gestione di problemi personali non legati al rapporto di lavoro<sup>512</sup> che possono incidere negativamente sulla loro salute e la prestazione lavorativa. Trattasi normalmente di problemi di dipendenza da sostanze stupefacenti o dal gioco d'azzardo, difficoltà legate alla carriera (come il trasferimento), preoccupazioni relative all'assistenza dei propri figli e genitori, problemi legali o finanziari, conflitti familiari o col proprio coniuge, nonché problemi di stress, ansia e depressione. Gli EAP possono, inoltre, consistere in *short-term counseling* (ovverosia un numero limitato di sedute telefoniche o face-to-face); *professional referrals and discounts* (che forniscono indicazioni circa i professionisti cui il lavoratore può rivolgersi per ottenere un'assistenza qualificata a prezzi ribassati); *informational resources* (attraverso brochures, webinars, ecc.); *work-life assistance counseling*; *crisis hot-lines* (trattasi di linee telefoniche o web chat, che forniscono assistenza al lavoratore in caso di emergenza).

---

<sup>510</sup> IRC §137(c); IRS Notice 10-66, 2010-42, IRB 437).

<sup>511</sup> BNA, *Family Care and Work-Life Benefits*, in HR Practitioners Guide, Employee Services and Fringe Benefits, BNA, 2017, p. 4.

<sup>512</sup> I datori di lavoro, infatti, tendono a proibire il ricorso a EAPs per risolvere problemi legati al rapporto di lavoro, ivi compreso il rapporto con i colleghi o superiori gerarchici, che sono normalmente di competenza del personale delle risorse umane. Si veda BNA, *Employee Assistance Programs*, in HR Practitioners Guide, Employee Services and Fringe Benefits, BNA, 2017, p. 2.

### 2.3.7. *Wellness and Health Promotion Programs*

Per *Wellness and Health Promotion Programs*, invece, si intendono tutte quelle attività o pratiche aziendali, sponsorizzate dal datore di lavoro e finalizzate alla tutela della salute dei propri dipendenti e alla prevenzione delle malattie. Rientrano in questo tipo di attività programmi volti a incoraggiare e assistere i dipendenti ad assumere uno stile di vita sano (*behavior modification*) e normalmente consistono in attività di *health coaching*; *healthy behavior partnerships* con rivenditori locali, regionali o nazionali (come ad esempio grocery stores e ristoranti che offrono cibo sano a prezzi vantaggiosi); *smoking cessation programs*, che forniscono assistenza ai dipendenti che decidano di smettere di fumare attraverso la fornitura di cerotti alla nicotina, la predisposizione di terapie di gruppo, consulenza telefonica, ecc.; *stress management programs*; *weight loss programs*; *charitable giving activities*, che aiutino i dipendenti a sentirsi utili e parte della comunità; *community service projects* in convenzione con scuole, organizzazioni no profit e agenzie governative che possono consistere nella costruzione di case, nella pulizia di spiagge, parchi, fiumi e autostrade, attività di giardinaggio e di tutoraggio rivolte a bambini e giovani; *fitness fundraisers programs* consistenti nell'organizzazione di eventi sportivi che consentono al datore di lavoro di raccogliere fondi e sensibilizzare su tematiche inerenti la salute; campagne per la raccolta di cibo e vestiti; *workplace giving campaigns programs*, che consentono ai dipendenti di effettuare donazioni in favore di organizzazioni caritatevoli attraverso un sistema di trattenute dal proprio stipendio; *health risk assessments programs*, che forniscono ai dipendenti la possibilità di sottoporsi a screening medici a scopi preventivi; *biometric screenings*, quali esami del sangue, indicizzazione della massa corporea, ecc.; *health screenings* per la rilevazione di malattie quali il cancro, il diabete, l'alta pressione, le cardiopatie, il colesterolo, l'osteoporosi; *information services* attraverso materiali educativi in tema di famiglia, economica domestica, salute e intrattenimento; *newsletters, libraries and bulletin boards, workshop, lectures and classroom study* presso il luogo di lavoro, scuole, università, auditorium, centri sociali, durante la pausa pranzo o al di fuori dell'orario di lavoro che possono essere tenute da colleghi, *motivational speakers*, professori o esperti in materia; *medical care programs* che forniscono ai dipendenti servizi di assistenza e consulenza medica gratuiti o a prezzi scontati a scopo preventivo; *24-hours hotline*; *flu shots and immunization programs* attraverso cui il datore di lavoro mette a disposizione dei propri dipendenti e dei figli di questi ultimi vaccini a prezzi accessibili; *house calls* per fornire consulenza medica ai dipendenti che necessitino di assistenza telefonica per *non-emergency conditions*; mammografie; check-up annuali; assistenza prenatale per aiutare le dipendenti incinta a mantenere uno stile di vita sano durante la maternità; *physical fitness programs* per promuovere la salute fisica, mentale e spirituale dei dipendenti attraverso la predisposizione di

rastrelliere per le bici, pedometri, formazione e valutazione sull'ergonomia nel posto di lavoro, camminate, ecc.; *athletic facilities*, come abbonamenti a palestre o predisposizione di strutture on-site, quali piscine, campi da basket, ecc.; *group exercise classes* presso il luogo di lavoro o in strutture apposite ubicate nelle vicinanze per offrire ai dipendenti corsi di aerobica, danza, kickboxing, pilates, stretching, tai-chi, yoga e sollevamento pesi; infine, *field days* e *sport contests*. Dal punto di vista fiscale, se il datore di lavoro decide di ricompensare in denaro i lavoratori che partecipano ai wellness programs, tali somme rientrano nel gross income del dipendente<sup>513</sup>.

### 2.3.8. Educational Assistance Programs

L'IRC §127(b)(1) definisce *Educational Assistance Program* un piano – redatto in forma scritta - appositamente predisposto dal datore di lavoro allo scopo di fornire servizi di assistenza scolastica (*educational assistance*) a dipendenti<sup>514</sup> che intendano iscriversi a corsi universitari o professionalizzanti attraverso il rimborso delle spese da questi sostenute (entro il limite annuo dei \$5,250<sup>515</sup>) oppure attraverso la predisposizione di programmi formativi da parte dello stesso datore di lavoro, di un gruppo di datori o di un'istituzione scolastica<sup>516</sup>. A tale fine sono considerati «educational assistance benefit» i costi di iscrizione al corso di studio<sup>517</sup>, le tasse, i libri, le forniture e le attrezzature, mentre non sono considerati tali i pasti, l'alloggio, il trasporto, nonché attività sportive e hobbies (quali la fotografia e il giardinaggio)<sup>518</sup>.

Anche in questo caso, infine, affinché le somme erogate attraverso un educational program siano escluse dal gross income del lavoratore, è necessario che il piano soddisfi i requisiti elencati al §127(b)(2)-(6) in materia di *eligibility*, obblighi informativi, nonché le regole dettate al fine di evitare trattamenti discriminatori tra le diverse categorie di lavoratori<sup>519520</sup>.

---

<sup>513</sup> IRS Advice Memo No. 201622031 (April 14, 2016).

<sup>514</sup> Ai sensi dell'IRC §127(c)(2) e Reg. § 1.127-2(h)(1), possono partecipare a tale tipologia di programma solamente i dipendenti, gli ex-dipendenti o i lavoratori autonomi, mentre rimangono esclusi sia i coniugi che i figli a carico.

<sup>515</sup> IRC §127(a)(2).

<sup>516</sup> DOL Reg. §1.127-2(c)(4).

<sup>517</sup> Non deve necessariamente trattarsi di corsi inerenti al tipo di attività lavorativa svolta dal lavoratore, si veda ROUTH P.J., *ivi*, p. 157.

<sup>518</sup> AA.VV. *Employee Benefits Law*, II Ed., ABA Section of Labor and Employment Law, p. 374.

<sup>519</sup> Ai sensi dell'IRC §127(b)(2)-(3), infatti, è necessario che il valore complessivo dei benefit erogati attraverso tale tipologia di programma agli shareholders e agli owners non ecceda l'ammontare totale dei benefit erogati dal medesimo datore di lavoro durante l'anno.

<sup>520</sup> Ulteriori previsioni sono inoltre contenute nei §§117 (ai sensi del quale sono esclusi dalla tassazione i benefit erogati nell'interesse di un degree candidate ad un'istituzione qualificata quando il programma di studio non abbia alcuna attinenza con il lavoro normalmente svolto da quest'ultimo), 132 (che richiama la diversa ipotesi in cui il programma di studio abbia invece attinenza con il lavoro svolto dal beneficiario dei benefit) e 162 (che esclude la tassazione dei benefit per i soli pagamenti attinenti al lavoro normalmente svolto dal beneficiario e in relazione alle «educational expenses»).



In ogni caso, ogniqualvolta i benefit siano liquidati «out of the general assets» del datore di lavoro, il piano non sarà considerato un welfare benefit plan<sup>521</sup> né sarà pertanto soggetto alle regole di *reporting and disclosure* dettate dall'ERISA<sup>522</sup>.

### 2.3.9. Severance Pay Plans

Per facilitare la transizione da un'occupazione ad un'altra e garantire un "reddito" al lavoratore il cui rapporto di lavoro sia venuto a cessare, il datore di lavoro può scegliere alternativamente di istituire un *Severance Pay Plan* o di addivenire ad un accordo (*separation agreement*) con il proprio dipendente, dal quale può in cambio ottenere una liberatoria (*release*) o una rinuncia (*waiver*) allo scopo di prevenire successive ed eventuali azioni rivendicative. Solamente la prima delle due alternative appena menzionate, tuttavia, può essere considerata un benefit plan ed essere dunque soggetta alla disciplina contenuta nell'ERISA; laddove la seconda ne è esclusa, trattandosi, invero, di un patto liberamente sottoscritto tra le parti in virtù di una trattativa intercorsa tra le parti.

Tuttavia, con specifico riferimento alla prima delle due alternative prospettate, occorre innanzitutto chiarire che, affinché il piano possa essere considerato un benefit plan nel senso specificato dall'ERISA, deve essere accertata l'esistenza di un «ongoing administrative scheme», che, per consolidata giurisprudenza<sup>523</sup>, è riscontrabile nella presenza di tre fattori: (1) la discrezionalità manageriale del datore di lavoro (*managerial discretion*) nella gestione del piano; (2) la percezione da parte di un qualsiasi lavoratore di media diligenza dell'impegno assunto dall'azienda nel garantire tale trattamento; (3) l'obbligo imposto al datore di lavoro di verificare le ragioni poste alla base di ciascun licenziamento alla luce di determinati criteri.

La presenza di tali fattori non è, tuttavia, indicativa della natura del severance pay plan, il quale, invero, potrebbe astrattamente essere classificato sia come un welfare plans che come un pension plans. In assenza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore in tal senso, a fare luce su tale aspetto è stato ancora una volta il DOL, il quale ha chiarito che un severance pay plan

---

Per ulteriori approfondimenti si veda in merito ROUTH P.J., *ivi*, pp. 163-164.

<sup>521</sup> ERISA Opinion Letters 85-34A and 89-10A.

<sup>522</sup> ROUTH P.J., *ivi*, p. 158.

<sup>523</sup> Si veda *Schonholz v. Long Island Jewish Medical Center*, 87 F.3d 72, 76 (2<sup>nd</sup> Circ. 1996), in cui la Corte d'Appello del Secondo Circuito ha affermato che «Other courts [...] have looked to a variety of factors, including whether the employer's undertaking or obligation requires managerial discretion in its administration (*Bogue*, 976 F.2d at 1323); whether "a reasonable employee would perceive an ongoing commitment by the employer to provide employee benefits" (*Belanger*, 71 F.3d at 455); and whether the employer was required to analyze the circumstances of each employee's termination separately in light of certain criteria (*Fontenot*, 953 F.2d at 963, citing *Pane v. RCA Corp.*, 667 F. Supp. 168, 170-71 (D.N.J. 1987)»; e, più di recente, *Lamantia v. Keyspan Energy*, 42 Employee Benefits Cas. (BNA) 2274, 2007 WL 2816188 (E.D. N.Y. 2007).

sarà considerato un pension plan (1) quando la prestazione cominci ad essere erogata nel momento in cui il lavoratore vada in pensione; (2) l'ammontare complessivo delle somme erogate attraverso tale piano non ecceda il doppio della retribuzione annualmente percepita dal lavoratore; (3) tutti i pagamenti liquidati attraverso il piano avvengano nell'arco dei successivi 24 mesi dalla cessazione del rapporto o del raggiungimento dell'età pensionabile<sup>524</sup>. Un severance plan che risulti soddisfare tale criteri sarà, dunque, considerato un pension plan e, pertanto, sarà soggetto alla disciplina contenuta nel Titolo I dell'ERISA. Troveranno, dunque, applicazione le regole in materia di partecipazione, di vesting, di finanziamento, di reporting e disclosure, nonché di responsabilità dei soggetti fiduciari e di enforcement già descritte con riferimento ai pension plans; diversamente, sarà considerato un welfare<sup>525</sup>.

Dal punto di vista fiscale, infine, le somme erogate a titolo di severance pay sono deducibili per il datore di lavoro<sup>526</sup>, ma non per il lavoratore<sup>527</sup>.

### 2.3.10. Other Types of Welfare Benefit Programs (miscellaneous)

Senza pretese di esaustività, vale inoltre la pena menzionare i seguenti tipi di welfare benefits:

- *Commuting benefits*: trattasi dei *parking, transit e bicycle benefits* erogati dal datore di lavoro ai dipendenti che necessitino di mezzi (pubblici o privati) per raggiungere il luogo di lavoro. La somma massima erogabile per questo tipo di benefit ammonta a \$255 al mese<sup>528</sup> e può essere spesa attraverso carte elettroniche, come le smartcard, le carte di debito e di credito. Rientrano in questa categoria anche i servizi di *car e van pooling* predisposti dal datore di lavoro per il trasporto collettivo dei dipendenti da e per il luogo di lavoro<sup>529</sup>; anche per questa tipologia di benefit la somma massima mensile ammonta a \$250<sup>530</sup>.
- *Home Offices and Computers*, sia per uso aziendale che personale.
- *Business and Travel Expenses*: comprensive delle spese di trasporto, vitto, alloggio e quelle legate all'uso di *wireless communication devices* (come il cellulare o lo

---

<sup>524</sup> DOL Reg. §2510.3-2(b).

<sup>525</sup> Diversamente da un pension plan, un welfare plan non è soggetto alle regole di finanziamento (*funding*) e non necessita dell'istituzione di un fondo apposito (*trust*) per l'erogazione dei benefit.

<sup>526</sup> IRC §162.

<sup>527</sup> Reg. § 1.61-2(a).

<sup>528</sup> IRS Rev. Proc. 2016-55.

<sup>529</sup> In vero, la legge non prevede alcuna esenzione fiscale per i servizi di car e van pooling; tuttavia, con specifico riferimento ai servizi di van pooling, il datore di lavoro può escludere dal reddito dei propri dipendenti le somme erogate a tale scopo a condizione che i veicoli usati trasportino almeno sei passeggeri (escluso l'autista) e che per l'80% del chilometraggio effettuato dal veicolo la capienza registrata non sia inferiore alla metà della massima consentita (si veda Treas. Reg. §1.132-9).

<sup>530</sup> IRS. Rev. Proc. 2016-55.

smartphone), che possono essere versate al lavoratore in anticipo (*advances*) o rimborsate (*reimbursements*) in presenza dell'opportuna documentazione.

- *Uniforms and Tools.*

- *Moving and Relocation Expenses:* quanto alle ccdd. *moving expenses*, trattasi di spese occasionate da un trasferimento avvenuto per ragioni lavorative, che il datore di lavoro intenda rimborsare al lavoratore. Possono includere i costi di trasporto e deposito (ma per un periodo che non può superare i 30 giorni) dei beni propri e di quelli dei familiari, nonché del viaggio e dell'eventuale alloggio temporaneo. Per essere deducibili dal reddito del dipendente, tuttavia, è necessario che il trasferimento avvenga in un luogo che disti almeno 50 miglia (circa 80,5 km) dal luogo usuale di lavoro (o almeno 50 miglia dalla propria abitazione, in mancanza di un luogo fisso di lavoro) oppure che il dipendente trasferito svolga la propria prestazione a tempo pieno per almeno 39 settimane nei successivi 12 mesi<sup>531</sup>. Quanto alle ccdd. *relocation expenses*, invece, esse consistono in servizi di assistenza e consulenza rivolti al dipendente e alla famiglia di quest'ultimo allo scopo di agevolare la transizione da un luogo ad un altro e possono consistere in *career counseling*, *resume preparation*, *job-searching services* per il coniuge del lavoratore che ha dovuto abbandonare il proprio lavoro, informazioni sugli istituti scolastici presenti sul territorio, inserimento nella nuova comunità, informazioni relative ai costi degli affitti o delle case, ecc.

- *Prices and Awards* sono pensati per ricompensare simbolicamente il dipendente per il servizio reso all'azienda (il cui valore incrementa solitamente in relazione all'anzianità di servizio) o premiarlo per essersi distinto da altri colleghi in determinate situazioni (ad esempio, il datore di lavoro può decidere di premiare la «*safety person of the month*», che sia risultata la più virtuosa nel promuovere la sicurezza sul luogo di lavoro o ancora il lavoratore che si impegni in attività socialmente utili ovvero che sia risultato più produttivo degli altri).

---

<sup>531</sup> IRC §217(c)(1) e (2).

## CAPITOLO II

### IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE ITALIANO

#### *1. Introduzione*

Il sistema di sicurezza sociale<sup>532</sup> italiano trova il suo fondamento nell'articolo 38 della Carta Costituzionale, il quale, secondo quanto affermato dallo stesso giudice delle leggi, delinea «due modelli strutturalmente e qualitativamente distinti»<sup>533</sup>: quello di assistenza sociale - disciplinato dai commi 1 e 4 – che garantisce ai cittadini «i mezzi necessari per vivere» al verificarsi di talune accertate situazioni di bisogno; e quello di previdenza sociale – disciplinato dai commi 2 e 4 -, che attraverso strumenti mutualistico-assicurativi, assicura ai lavoratori la diversa e più elevata garanzia del diritto a «mezzi adeguati alle loro esigenze».

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>534</sup>, pertanto, assistenza e previdenza sociale risultano due insiemi distinti, in cui la prima, di ispirazione Beveridgeiana, persegue il fine di soddisfare i bisogni essenziali di ogni cittadino, ponendosi solidaristicamente a carico della fiscalità generale; mentre la seconda, di matrice bismarkiana, si connota «per il concetto assicurativo di rischio e per una ristretta mutualità di categoria, che, in sintonia con l'art. 35 Cost., si risolve in una privilegiata tutela dei lavoratori rispetto ai comuni cittadini»<sup>535</sup>.

In vero, in assenza di una chiara indicazione da parte del legislatore circa il modello di protezione da realizzare, non sono mancate in dottrina voci autorevoli che hanno suggerito, invece,

---

<sup>532</sup> Secondo LUDOVICO G., *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 61, con l'espressione di derivazione anglosassone "sicurezza sociale" «si suole designare l'obbiettivo di liberazione dal bisogno cui deve tendere l'azione dello Stato nei confronti di ogni cittadino come espressione della solidarietà collettiva»; tuttavia, a causa delle diverse modalità in cui essa è stata tradotta nei vari ordinamenti, è tuttora lecito domandarsi «se la sicurezza sociale sia finalmente divenuta una istituzione giuridica o se sia ancora relegata all'astratto campo delle idee».

<sup>533</sup> Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, II, p. 763 ss., con nota di SANTORO A., *La revisione della rendita infortunistica: il problema delle concause sopravvenute di natura extralavorativa nell'attuale sistema antinfortunistico*.

<sup>534</sup> Tra i sostenitori della concezione dualistica, OLIVELLI P., *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 501 ss.; PESSIRI., *La riforma previdenziale del '95: il ritorno del modello assicurativo*, in *Dir.Lav.*, 1995, I, p. 65; ID., *Il "sistema" giuridico della previdenza sociale*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1997, p. 65 ss.; ID., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2000, p. 172-173; LAGALA C., *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001. Al contrario, a favore della nozione unitaria di sicurezza sociale in quanto esponenti della concezione monistica, PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, p. 33 ss.; ID., voce *Sicurezza sociale (diritto interno)*, in *Nov.Dig.It.*, 1987, App., Vol. VII, p. 212 ss.; ID., *Commento all'art. 38 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 237; ID., *Sicurezza sociale e persona umana*, in *Probl.Sic.Soc.*, 1970, p. 615 ss.; ID., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2005; BALANDI G., *Attualità e problemi delle assicurazioni sociali*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1986, p. 540 ss.; ID., *Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno*, in *Pol.Dir.*, 1984, p. 521.

<sup>535</sup> LUDOVICO G., *op. cit.*, 65.

di attribuire maggiore rilevanza al canone di “adeguatezza” piuttosto che alla distinzione summenzionata, ravvedendo solamente nel primo il parametro di valutazione delle scelte legislative da tenere in considerazione per raggiungere tale scopo<sup>536</sup>.

Peraltro, a sostegno della tesi che afferma il carattere “aperto” dell’art. 38 Cost.<sup>537</sup>, militerebbe altresì l’interpretazione recentemente fornita dalla Corte Costituzionale, ad avviso della quale le finalità di tutela dovrebbero essere tenute distinte dai profili inerenti gli strumenti utilizzati, rispetto ai quali dovrebbe, invece, essere riconosciuta allo Stato «piena libertà...di scegliere le strutture organizzative ritenute più convenienti al raggiungimento dei fini indicati»<sup>538</sup>.

L’evoluzione della legislazione in materia induce, tuttavia, a ritenere preferibile l’opinione di chi ha colto nell’origine del sistema di protezione sociale in Italia una matrice *liberale e bismarkiana* quanto a strumenti impiegati, finalizzazione politica e cultura giuridica<sup>539</sup>, nonché una scarsa frequentazione da parte dell’ordinamento stesso del concetto di universalismo, fatta eccezione per l’istituto della cd. pensione sociale (dal 1995 “assegno sociale”) e del Servizio Sanitario Italiano, istituito con L. 23 dicembre 1978, n. 833, allo scopo di promuovere, mantenere e recuperare «la salute fisica e psichica di tutta la popolazione, senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l’eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

In ogni caso, a prescindere dalla lettura che si intenda prediligere circa la nozione di sicurezza sociale, giova sottolineare che nel modello tratteggiato nell’art. 38 Cost., alla previdenza e alla assistenza sociale si affianca altresì la garanzia della libertà dell’assistenza privata<sup>540</sup>, riconosciuta dal comma 5 del medesimo articolo.

Ne deriva un sistema di protezione in cui, accanto agli «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato» (comma 4) allo scopo di garantire le prestazioni indicate dai primi due commi dell’art. 38 Cost., si collocherebbero anche i privati, chiamati a loro volta a contribuire alla realizzazione di

---

<sup>536</sup> CINELLI M., *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1982, I, p. 156 ss.; ID., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123 c.c.*, in BUSINELLI F. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2010, p. 23.

<sup>537</sup> Già affermata nella nota sentenza della Corte Costituzionale 5 febbraio 1986, n. 31, con nota di CINELLI M., *L’adeguatezza della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro It.*, 1986, I, c. 1770.

<sup>538</sup> Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 36, in *Riv.Giur.Lav.*, 2000, I, p. 157 ss., con saggio di FASSINA L., *La risposta della Corte Costituzionale ai referendum sullo stato sociale*, p. 65 e ss. In precedenza, la Corte Costituzionale aveva già manifestato un *favor* per il sistema “misto”: si veda Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro It.*, 1986, I, c. 2087 ss.

<sup>539</sup> Di questo avviso BALANDI G., *L’eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lav. e Dir.*, 2015, 2, p. 313 ss.

<sup>540</sup> Per sgombrare il campo da eventuali dubbi, preme in proposito chiarire sin da subito che l’espressione «assistenza privata» è sempre stata interpretata dalla dottrina come comprensiva delle nozioni di assistenza privata e previdenza privata, come peraltro risulta dai lavori preparatori.

tale modello attraverso la costruzione del secondo pilastro della previdenza sociale, rappresentato, appunto, dalla previdenza complementare.

In tale prospettiva - anticipando questioni approfondite nei paragrafi seguenti – vale la pena menzionare quella dottrina<sup>541</sup> che ha descritto il modello previdenziale italiano come un sistema costruito su tre cerchi concentrici, ciascuno dei quali rappresenterebbe una parte dei bisogni previdenziali socialmente e costituzionalmente rilevanti, così come individuati dall'articolo 38 cit. In tale ricostruzione, il cerchio centrale, costituito dall'assistenza sociale (art. 38, comma 1, Cost.), sarebbe deputato ad assicurare il *minimo vitale*; il cerchio intermedio, invece, determinato dalla previdenza obbligatoria (art. 38, comma 2, Cost.), sarebbe volto al *soddisfacimento dei bisogni essenziali* dei lavoratori, ossia quelli soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati; mentre in quello più esterno rientrerebbero i bisogni legati al *mantenimento del tenore di vita* raggiunto durante l'attività lavorativa, al soddisfacimento dei quali concorrerebbero sia il sistema pubblico che quello complementare. Al di fuori di tale ultimo cerchio, infine, si collocherebbero i bisogni previdenziali di rilievo *non* sociale, ovverosia di carattere meramente privato e individuale, rientranti nell'area della previdenza privata *tout court ex art. 38, comma 5, Cost.*

Sulla base di tale ricostruzione, dunque, emerge un sistema previdenziale composto da tre pilastri: quello della previdenza pubblica; quello della previdenza complementare e quello rappresentato dai fondi pensionistici individuali, ove il primo pilastro, disciplinato dal comma 2, art. 38 Cost., è obbligatorio e tutela i lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria; mentre la partecipazione al secondo e al terzo pilastro (comma 5) è volontaria, essendo stata concepita «al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale»<sup>542</sup> agli individui che decidano liberamente di aderirvi.

## 2. Il regime pensionistico pubblico (primo pilastro)

Senza alcuna pretesa di esaustività, ma solamente allo scopo di ripercorrere le tappe fondamentali della legislazione italiana in materia previdenziale dalla metà del secolo scorso ad oggi, pare utile richiamare alla mente che, negli anni successivi alla Seconda Guerra Mondiale, il sistema

---

<sup>541</sup> Ci si riferisce a PESSI R.-OLIVELLI P., *La previdenza complementare nella Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1992; OLIVELLI P., voce *Previdenza complementare*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Milano, 1995; SANDULLI P., *Riflessioni sulla previdenza complementare*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Not. giur. lav.-suppl.*, Roma, 1989, p. 312. Sul punto vedi anche TURSIA., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 17-18.

<sup>542</sup> *Ex Art. 1, D.lgs 5 dicembre 2005, n. 252.*

previdenziale italiano aveva abbandonato il finanziamento delle prestazioni previdenziali mediante il regime a capitalizzazione degli anni '30 in ragione della crescente inflazione e delle difficoltà economiche legate alla ricostruzione del sistema produttivo. Risale, infatti, alla fine degli anni Sessanta l'adozione del metodo a ripartizione, nonché l'introduzione del criterio di calcolo delle pensioni secondo il modello retributivo, sulla base del quale le prestazioni sono calcolate tenendo conto della retribuzione media percepita nel periodo finale della carriera lavorativa<sup>543</sup>. In vero, tale metodo di calcolo garantiva al lavoratore con almeno 40 anni di contribuzione trattamenti previdenziali pari all'80% dell'ultima retribuzione (e al 100% nel settore pubblico), rivalutati non solo in rapporto all'aumento del costo della vita, ma anche in relazione alla dinamica salariale (nel caso in cui quest'ultima fosse risultata maggiore del primo).

In quel periodo, dunque, il sistema pensionistico italiano appare particolarmente generoso<sup>544</sup>, in quanto caratterizzato altresì da un tasso di contribuzione pari al 10-15% del reddito per i lavoratori autonomi (mentre per i lavoratori subordinati era già al 33% circa della retribuzione); da una contribuzione figurativa in caso di malattia, infortunio, maternità, disoccupazione, ecc., considerata valida ai fini sia della maturazione del diritto sia del calcolo della prestazione pensionistica; dall'assenza di un tetto massimo di retribuzione oltre il quale i contributi non erano dovuti; dalla maturazione dei requisiti per l'ottenimento del diritto alla pensione di vecchiaia all'età di 55 anni per le donne e 60 per gli uomini (con almeno 15 anni di anzianità contributiva) e alla pensione cd. di anzianità con 35 anni di contributi (per i dipendenti pubblici era ammesso il pensionamento anche dopo solo 15 o 20 anni di contributi); dal riconoscimento di un rendimento pari al 2% della retribuzione per ogni anno di contribuzione per tutte le prestazioni pensionistiche (fatta eccezione per i redditi da lavoro superiori a euro 38.000, rispetto ai quali erano riconosciute aliquote di rendimento inferiori); e ancora dall'assenza di un importo massimo per i trattamenti pensionistici erogati ai dipendenti del settore pubblico; nonché dalla previsione di una integrazione (al minimo) del trattamento pensionistico.

Tale sistema, in vero, «aveva creato l'aspettativa di un sistema previdenziale pubblico in continua espansione e in grado di assicurare ai lavoratori prestazioni proporzionate al tenore di vita raggiunto al termine della carriera lavorativa»<sup>545</sup>. Non stupisce, dunque, che nel decennio successivo, si era fatta strada l'idea che il sistema previdenziale andasse riformato in un'ottica di

---

<sup>543</sup> D.P.R. 27 aprile 1968, n. 488 e L. 30 aprile 1969, n. 153.

<sup>544</sup> Così LAGALA C., *La previdenza complementare e il suo difficile decollo*, in GAROFANO-RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2016, pp. 709 ss.

<sup>545</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in PESSI R. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1, nota n.l.

ridimensionamento della spesa pensionistica pubblica, tenuto conto del mutato contesto economico, occupazionale e demografico. Tale intervento di riforma è stato, quindi, realizzato attraverso la promulgazione di tre leggi, approvate rispettivamente dal Governo Amato (L. 23 ottobre 1992, n. 421 e D.lgs 30 dicembre 1992, n. 502), Dini (L. 8 agosto 1995, n. 335) e Prodi (art. 59, L. 27 dicembre 1997, n. 449), che portarono all'elevazione dell'età pensionabile a 60 anni per le donne e 65 anni per gli uomini; all'aumento del tasso di contribuzione dei lavoratori autonomi; all'innalzamento dell'anzianità contributiva minima per il pensionamento di vecchiaia a 20 anni; all'eliminazione dei pensionamenti anticipati, specialmente nel settore pubblico; all'ampliamento del periodo di riferimento per il calcolo del trattamento pensionistico da 5 a 10 anni; alla fissazione della medesima aliquota di rendimento del 2% per ogni anno di contribuzione sia per i lavoratori del settore privato che di quelli del settore pubblico; al superamento del sistema di rivalutazione delle pensioni agganciato alla dinamica salariale e all'eliminazione dell'integrazione al trattamento minimo sulle prestazioni di importo inferiore a tale livello<sup>546</sup>; nonché all'abbandono del sistema di calcolo retributivo e alla conseguente (e progressiva) adozione di quello contributivo a capitalizzazione "virtuale" individuale<sup>547</sup> per tutti coloro che fossero stati assunti a partire dal 1° gennaio 1996 oppure che, a tale data, avessero maturato un'anzianità contributiva inferiore ai 18 anni<sup>548</sup>.

Quando è entrato in vigore tale nuovo sistema di calcolo - che misura il trattamento pensionistico sulla base della contribuzione versata durante tutto l'arco della carriera lavorativa - il diritto all'erogazione della prestazione maturava al compimento di 57 anni, con almeno 5 anni di contribuzione e una prestazione di almeno il 20% superiore all'importo della pensione sociale (erano, tuttavia, esclusi dall'applicazione di tale requisito gli ultra65enni).

Attualmente il montante contributivo individuale è rappresentato dalla somma dei contributi annualmente accantonati, pari al 33% della retribuzione per i lavoratori subordinati e al 20% per i lavoratori autonomi, rivalutati in base alla variazione media quinquennale del PIL nominale, con

---

<sup>546</sup> Secondo LUDOVICO G., *op. ult. cit.*, p., 923, tale eliminazione - peraltro, sospettata di illegittimità costituzionale (su cui si vedano MISCIONE M., *Il sistema di calcolo contributivo per i trattamenti pensionistici*, in CESTER C. (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 69; LAGALA C., *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Bari, 2001, p. 109 ss) - non sembra nemmeno idonea a garantire l'auspicata riduzione della spesa, «limitandosi semmai a trasferire sull'assistenza il peso di quegli oneri che, seppure parzialmente, erano in precedenza sostenuti dalla previdenza».

<sup>547</sup> Come sottolineato da LUDOVICO G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 4-5, p. 919, si tratta, invero, di un meccanismo a capitalizzazione simulata «che svuota completamente di significato il sottostante criterio a ripartizione, giacché, commisurando le prestazioni al precedente andamento economico, prescinde dalle risorse che saranno disponibili al momento della loro erogazione». Conformemente a AVIO A., *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corresponsività*, Roma, 2008, p. 125.

<sup>548</sup> Sull'intervento di riforma si veda *amplius* CANAVESI G., *L'omogeneizzazione dei trattamenti pensionistici nella riforma previdenziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, 4, spec. p. 352.



riferimento al quinquennio precedente; a tale somma viene, peraltro, applicato un coefficiente di trasformazione fissato per legge in relazione all'età del pensionamento e alle aspettative di vita. Ne deriva un sistema complessivamente più equo, ma che finisce per avvantaggiare i lavoratori con lunghe carriere lavorative e retribuzioni stabili, mentre penalizza sia i lavoratori non standard, che gli autonomi, nonché coloro che decidono di ritirarsi in anticipo dal mercato del lavoro, dal momento che tale metodo di calcolo non consente più di compensare eventuali periodi di disoccupazione o sottoccupazione con un aumento considerevole dello stipendio negli ultimi anni di lavoro. Non sfuggono, peraltro, le conseguenze sul piano dell'adeguatezza del trattamento pensionistico derivanti dalla scelta di utilizzare la variazione media quinquennale del PIL nominale come criterio di calcolo della rivalutazione del montante contributivo in un momento storico caratterizzato da una forte stagnazione economica, dal momento che, «un singolo anno di contrazione o di mancata crescita del PIL è sufficiente a deprimere il tasso di rivalutazione dell'intero quinquennio»<sup>549</sup>. Sicché, non può che condividersi l'opinione di chi<sup>550</sup>, in dottrina, ha rilevato come tale scelta sia motivata chiaramente dall'intento di contenere verso il basso la rivalutazione dei contributi, dal momento che il legame che viene in tal modo a crearsi tra crescita economica e prestazione pensionistica non può che condurre ad un progressivo abbassamento delle tutele<sup>551</sup>.

Negli anni a seguire, numerosi sono stati gli interventi di riforma del sistema previdenziale, sui quali, in vero, non ci si intende dilungare per questioni di spazio e di attinenza all'oggetto principale della presente indagine. Meritano, tuttavia, una menzione particolare la L. 24 dicembre 2007, n. 247, che ha individuato nuovi requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche e il D.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. con mod. in L. 30 luglio 2010, n. 122), che ha previsto nuove decorrenze della pensione di vecchiaia e dei trattamenti di anzianità, abrogato la costituzione della posizione assicurativa (istituita per la prima volta con L. 2 aprile 1958, n. 322) e innalzato l'età di pensionamento per le donne.

A questi è seguito il D.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. con mod. in L. 28 giugno 2012, n. 92, cd. Riforma Fornero), alla quale si devono, *inter alia*, l'estensione del sistema di calcolo contributivo anche mediante l'introduzione del cd. sistema misto o *pro quota*, ai sensi del quale dal 1° gennaio 2012, per i lavoratori beneficiari del sistema di calcolo retributivo, la pensione è calcolata

---

<sup>549</sup> LUDOVICO G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 4-5, p. 915, «un singolo anno di contrazione o di mancata crescita del PIL è sufficiente a deprimere il tasso di rivalutazione dell'intero quinquennio».

<sup>550</sup> LUDOVICO G., *ibidem*.

<sup>551</sup> La contrazione del valore reale del PIL è, infatti, cominciata nel 2008 (-1,2%) ma è andata peggiorata sensibilmente nel 2009 (-5,5%); nel 2012, essa ha raggiunto il valore di -2,4%, mentre è tornata a crescere solamente nell'ultimo periodo, registrando un tasso di crescita pari all'1,5% nel 2017, pur essendo ancora lontana dal raggiungere la percentuale richiesta per bilanciare gli effetti negativi prodotti dall'andamento dell'ultimo decennio.

su due quote: a) la prima quota con il sistema retributivo, calcolata sulla base dell'anzianità maturata al 31 dicembre 2011; b) la seconda quota con il sistema contributivo, calcolata sulla base dell'anzianità acquisita successivamente.

La legge in esame ha altresì previsto l'innalzamento dell'età pensionabile per il trattamento di vecchiaia - liquidato sia con il sistema misto che con quello retributivo "puro" - che, a decorrere dal 1° gennaio 2016, è di 66 anni e 7 mesi per i lavoratori subordinati uomini e 65 anni e 7 mesi per le donne (nel settore pubblico anche le donne maturano il requisito al compimento dei 66 anni e 7 mesi), con almeno 20 anni di contributi; mentre per i lavoratori autonomi (artigiani e commercianti) è di 66 anni e 7 mesi per gli uomini e di 66 anni e 1 mese per le donne a decorrere dal 1° gennaio 2014. Inoltre, con l'entrata in vigore della L. 92/2012 la pensione di anzianità con 40 anni di contributi è stata sostituita dalla pensione di "vecchiaia anticipata" liquidata sia con il sistema misto che con quello retributivo "puro", che, a decorrere dal 1° gennaio 2016, si consegue con 42 anni e 10 mesi per gli uomini (e 41 anni e 10 mesi per le donne) di anzianità contributiva, a prescindere dall'età anagrafica<sup>552</sup>.

Sono, infine, ascrivibili a tale intervento di riforma la soppressione delle ccdd. finestre di uscita; l'introduzione del meccanismo di adeguamento automatico dei requisiti di età anagrafica con cadenza triennale (biennale dal 2019) all'incremento della speranza di vita accertato dall'Istat con riferimento al triennio precedente, introdotto dall'articolo 12, comma 12-bis e ss. della L. 30 luglio 2010, n. 122, così come modificato dall'articolo 24, comma 13, del D.l. 6 dicembre 2011, n. 201<sup>553</sup>; nonché il blocco per gli anni 2012 e 2013 dell'indicizzazione nei confronti delle pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento Inps e superiori (mentre le pensioni di importo inferiore sono state adeguate all'inflazione pari a +2,7% nel 2012 e a +3% nel 2013) - in seguito peraltro dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale<sup>554</sup> nella parte in cui prevedeva che «In considerazione della

---

<sup>552</sup> Su questa riforma si vedano, in generale, CINELLI M., *La riforma delle pensioni del governo "tecnico"*. *Appunti sulla legge n. 214 del 2011*, in *Riv.Dir.Lav.*, 2012, 1, p. 385 ss.; GRAGNOLI E., *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giorn.Dir.Lav.Ind.*, 2012, p. 578 ss.; SANDULLI P., *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 1, p. 1 ss.; PANDOLFO A., *Le pensioni post-riforma: il sistema pensionistico dopo il D.l. n. 201/2011*, Milano, 2012; FEDELE F.-MORRONE A., *La legislazione sociale del 2011 tra crisi della finanza pubblica e riforma delle pensioni*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, p. 130.

<sup>553</sup> Come evidenziato da CANAVESI G., *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 3, p. 668, peraltro, il primo adeguamento è stato già fissato in misura pari a 3 mesi dal D.M. 6 dicembre 2011, n. 57302.

<sup>554</sup> Corte Cost. 3 aprile 2015, n. 70, con note di SANDULLI P., in *GCost.*, 2, 2015, pp. 559 ss. e FERRANTE V., in *Dir.Rel.Lav.*, 3, 2015, pp. 840 ss. Secondo la Corte Costituzionale «la censura relativa al comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, se vagliata sotto i profili della proporzionalità e adeguatezza del trattamento pensionistico, induce a ritenere che siano stati valicati i limiti di ragionevolezza e proporzionalità, con conseguente pregiudizio per il potere di acquisto del trattamento stesso e con «irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività» (sentenza n. 349 del 1985). Non è stato, dunque, ascoltato il monito indirizzato al legislatore con la sentenza n. 316 del 2010». In tale occasione, infatti, la Corte non aveva ritenuto che fossero stati violati i parametri di cui agli artt. 3, 36, comma 1, e 38, comma 2, Cost. (Le pensioni incise per un solo

contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo Inps, nella misura del 100 per cento».

In termini generali, pare, dunque, lecito affermare che se, da un lato, tali modifiche hanno contribuito a ridurre la spesa pensionistica e risanare il bilancio pubblico; dall'altro, hanno comportato un notevole abbassamento del cd. tasso di sostituzione. Infatti, secondo i calcoli della Ragioneria generale dello Stato<sup>555</sup>, in ragione dell'intervento di riforma realizzato dalla Legge Fornero, nel 2020 il tasso di sostituzione all'età di vecchiaia per un lavoratore subordinato di 66 anni e 7 mesi e 38 anni di contributi passerà dall'80 al 68% dell'ultimo stipendio percepito in corrispondenza delle massime anzianità contributive. Dopo il 2035, invece, addirittura al 61,5%, quale effetto del passaggio dal pensionamento di vecchiaia del regime misto a quello anticipato del regime contributivo. Ne deriva che, per garantirsi una pensione pari almeno al 70% dell'ultima retribuzione - ritenuta equivalente alla soglia minima accettabile - si dovranno accumulare molti più anni di contributi rispetto al passato. Sicché, un lavoratore subordinato soggetto al regime contributivo dovrà raggiungere almeno 42 anni di contributi, laddove con il sistema retributivo ne bastavano 40 anni per prendere l'80% dell'ultimo reddito. Peraltro, la situazione dei autonomi è ancora più grave poiché l'aliquota di computo per costoro è molto più bassa (24% contro il 33% dei lavoratori subordinati), di guisa che inferiore è anche il trattamento pensionistico finale<sup>556</sup>.

Infatti, negli ultimi anni, il legislatore ha provato ad introdurre nuovi strumenti per “ammorbidire” gli effetti prodotti dalla riforma del 2011, quali gli otto provvedimenti di salvaguardia

---

anno dalla norma allora impugnata, di importo piuttosto elevato, presentavano «margini di resistenza all'erosione determinata dal fenomeno inflattivo», sicché l'esigenza di una rivalutazione costante del correlativo valore monetario è apparsa per esse meno pressante).

<sup>555</sup> Ragioneria generale dello Stato, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario*, in *Tassi di sostituzione del sistema pensionistico pubblico e complementare*, 2013, p. 179, Tab. n. 6.1. Sul punto si veda anche PESSI R., *Tornando sul Welfare*, W.P. CSDLE, n. 311/2016, p. 9.

<sup>556</sup> Si tenga, inoltre, presente che simili valutazioni sono state effettuate prendendo in considerazione un (ottimistico) tasso di variazione medio del PIL pari all'1,5% nel lungo periodo (fino al 2060), pur nella consapevolezza che potrebbe ripetersi quanto già accaduto nel 2013, anno in cui è stata registrata addirittura una variazione in senso negativo del PIL (2013); di guisa che, se lo scenario dovesse scendere al di sotto di quella soglia, pare lecito ritenere che il quadro complessivo potrebbe ulteriormente aggravarsi.

per i ccdd. esodati<sup>557</sup> (l'ultimo dei quali contenuto nella Legge di Stabilità 2017), l'opzione donna<sup>558</sup>, nonché, in tempi più recenti, il cd. Anticipo finanziario a garanzia pensionistica (APE), istituito in via sperimentale dall'art. 1, commi da 166 a 178, L. 11 dicembre 2016, n. 232, per il periodo dal 1 maggio 2017 al 31 dicembre 2018 allo scopo di consentire ai lavoratori iscritti all'AGO, alle gestioni sostitutive ed esclusive e alla Gestione separata Inps, che ne facciano richiesta, di un prestito da restituire nei 20 anni successivi con trattenute sulla futura pensione<sup>559560</sup>. A riguardo, se per i primi pare lecito potersi attendere la reiterazione anche negli anni a venire, per le seconde sembrerebbe potersene affermare la cessazione con la conclusione dell'anno corrente; infine, circa l'utilità dell'iniziativa da ultimo menzionata, si dovranno attendere i risultati del monitoraggio che verosimilmente verranno resi noti dopo il 31 dicembre 2018.

### 3. *La crisi del cd. Welfare State*

Se negli anni '40-70 del secolo scorso il sistema di previdenza sociale italiano ha, dunque, conosciuto una stagione di notevole espansione, grazie alla straordinaria crescita economica e demografica degli anni successivi al secondo conflitto mondiale, che ha portato con sé un progressivo ampliamento delle tutele e dei servizi di welfare pubblico a carattere tendenzialmente universale; la crisi petrolifera degli anni Settanta, prima, e i problemi dell'invecchiamento e della crisi della spesa pubblica, poi, hanno, invece, indirizzato la legislazione in materia previdenziale del decennio successivo verso opposte politiche di contenimento della spesa.

---

<sup>557</sup> Gli otto provvedimenti di "salvaguardia" emanati dalla riforma del 2011 al 2017 hanno fino ad ora consentito di mantenere in vigore, in via eccezionale, le regole di pensionamento vigenti sino al dicembre 2011, nei confronti di determinati soggetti che il legislatore ha ritenuto meritevoli di una particolare tutela previdenziale. A costoro continuano ad applicarsi *tout court* le vecchie disposizioni in materia di requisiti di accesso e di decorrenza, anche se il diritto al pensionamento è maturato dopo il 31 dicembre 2011. Si calcola che dal 2012 al 2017 i provvedimenti di salvaguardia abbiano coinvolto circa 177.000 lavoratori.

<sup>558</sup> Tale disciplina era stata introdotta dall'art. 1, comma 9, L. 23 agosto 2004, n. 243, per consentire alle lavoratrici di fruire, alle condizioni previste, di una pensione di anzianità con i requisiti più favorevoli rispetto a quelli vigenti per la vecchiaia, seppure con il sacrificio di una parte consistente del trattamento, in ragione dell'imposizione integrale del calcolo contributivo. I commi da 222 a 225 della L. 11 dicembre 2016, n. 232, che pure hanno ammesso all'"opzione" in esame le lavoratrici dipendenti, pubbliche e private, nonché quelle autonome, che nell'ultimo trimestre avessero compiuto rispettivamente 57 e 58 anni e maturato almeno 35 anni di contributi al 31 dicembre 2016, ne hanno, tuttavia, sancito il termine.

<sup>559</sup> Per un approfondimento su APE e APE social, si veda CINELLI M., *Il "dopo referendum". La legge di stabilità per il 2017 e gli interventi sulle pensioni. Il decreto correttivo del Jobs Act*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2017, III, pp. 17-20.

<sup>560</sup> Secondo PESSI R., *Tornando sul Welfare*, W.P. CSDLE, n. 311/2016, p. 9, peraltro, «la "penalizzazione" quantitativa» prevista in caso di ricorso a tale anticipazione pensionistica sarebbe in realtà nient'altro che «la conseguenza della conservazione dell'equilibrio del rapporto tra capitale virtualmente accantonato e anni di fruizione».

In tale prospettiva vanno, pertanto, letti gli interventi posti in essere dal legislatore italiano dagli anni Novanta del secolo scorso ai giorni nostri per far fronte alle pressioni interne ed esterne, cui si deve in parte la crisi dello stato sociale. A riguardo, vale la pena citare la copiosa letteratura in materia<sup>561</sup> che individua tra i fattori esogeni che avrebbero contribuito a tale declino la globalizzazione e il processo di integrazione europea; mentre tra quelli endogeni annovera innanzitutto l'invecchiamento demografico<sup>562563</sup> e la riduzione del tasso di fertilità<sup>564</sup>, ma anche le trasformazioni del mercato del lavoro nel senso di una sempre maggiore flessibilizzazione (*rectius* precarizzazione) del medesimo - che si traduce inevitabilmente in una riduzione del gettito contributivo; la crescita dell'occupazione femminile<sup>565</sup> (connessa a sua volta alle trasformazioni nella

---

<sup>561</sup> *Ex multis*, MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 19.

<sup>562</sup> In Italia, l'aspettativa media di vita dell'uomo è di 80,1 anni, mentre quella della donna è di 84,7, con un aumento di 5,4 anni di vita media per gli uomini dal 1992 ad oggi e di 3,9 anni per le donne (si veda sul punto MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 20.

<sup>563</sup> Secondo i dati diffusi dalla European Commission, in *The 2015 Ageing Report*, 2015, p. 22, in Europa l'indice di dipendenza degli anziani (che misura il rapporto % tra la popolazione di +65 anni e la popolazione in età attiva tra i 15 e i 64 anni) è destinato ad aumentare nel periodo 2013-2060, passando da 27,8% a 50,1%. Di guisa che da 4 persone in età lavorativa ogni individuo ultrasessantacinquenne, l'UE giungerà a avere 2 persone in età lavorativa ogni individuo ultrasessantacinquenne. Inoltre, si ritiene che l'aumento dell'indice di dipendenza strutturale (che, invece, misura il rapporto % tra la popolazione in età non attiva (0-20 e 65+ anni) e la popolazione in età attiva (20-64 anni) sia destinato ad essere ancora maggiore, passando dal 64,9% al 94,5%. Allo stesso tempo, l'UE subirà un calo complessivo di circa 8,7 milioni di lavoratori durante il periodo 2013-2060. Secondo le proiezioni dell'OECD, *Demographic and Economic Context*, in *Pensions at a Glance 2015*, 158 (Tab. 7.5), inoltre, nel 2015 in tutta l'UE28 vi erano in media 29 individui di +65 anni ogni 100 persone in età lavorativa (dai 20 ai 64 anni). Nello stesso anno, invece, in Italia vi erano 36 persone di età superiore ai 65 anni ogni 100 persone in età lavorativa (dai 20 ai 64 anni); tuttavia, tale rapporto è destinato a peggiorare sensibilmente, visto che nel 2025 sarà di 42/100 e nel 2050 di 69/100.

<sup>564</sup> Secondo OECD, *The Future of Families to 2030*, Paris, OECD Publishing, 2011, il cd. *Total Fertility Rate*, (TFR), ossia il numero medio di bambini nati per donna, è vertiginosamente crollato, passando dal 2,8 degli anni Cinquanta all'1,6% del 2007. Nel 2016, secondo i dati pubblicati nel *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017, p. 17, il numero medio di figli per donna sarebbe ulteriormente diminuito, raggiungendo la percentuale dell'1,35% nel 2016. Peraltro, come sottolinea MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 20, l'incremento del numero di immigrati extracomunitari nei paesi europei può solo parzialmente compensare gli effetti del basso tasso di fertilità e dell'invecchiamento. Infatti, la loro presenza può contribuire a ridurre temporaneamente le conseguenze economiche negative prodotte dall'invecchiamento della popolazione «solo se sono legalmente occupati e se versano i contributi in schemi previdenziali pubblici, condizioni che non è scontato si verifichino per tutti gli immigrati e allo stesso modo in tutti i paesi membri». Inoltre, si consideri che, invero, i bassi tassi di natalità in Italia non sono nemmeno più compensati dalla popolazione straniera, laddove anche il contributo delle cittadine straniere della popolazione residente da questo punto di vista si va lentamente riducendo perché sono sempre più rappresentate comunità straniere (ucraine, moldave, filippine, peruviane ed ecuadoriane) che si caratterizzano per un progetto migratorio in cui anche le donne lavorano soprattutto nei servizi alla persona e quindi hanno una fecondità più bassa (sul punto MARSALA A.-DE GIOBBI A., *Il welfare aziendale dal punto di vista delle aziende*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 258).

<sup>565</sup> Secondo i dati relativi alla disoccupazione femminile diffusi da Eurostat per l'anno 2015 (disponibili al <http://ec.europa.eu/eurostat>, ultimo accesso 15/09/2017), emerge, tuttavia, che circa il 18% delle donne italiane in età lavorativa (pari a circa 4 milioni di persone) è escluso dal mercato del lavoro e che, dall'inizio del 2014 alla fine del 2016, la differenza tra tasso di occupazione maschile e femminile è rimasta stabile, anzi ha subito un lieve peggioramento, passando da 17,8 punti a 18,4. Infatti, segnalano MARSALA A.-DE GIOBBI A., *op. ult., cit.*, p. 259, nota 13, «Per molte madri non vi è convenienza a lavorare. Tra i motivi principali che portano le madri a considerare inadeguati i servizi di cura per l'infanzia c'è il costo. Più della metà delle mamme intervistate in analisi campionarie considera i servizi di cura troppo costosi. In molti casi, il costo dei servizi sostitutivi del lavoro domestico e di cura dei bambini e degli anziani è

struttura familiare)<sup>566</sup>, nonché la crescente privatizzazione del mercato. A ciò si aggiunga, peraltro, una popolazione attiva<sup>567</sup> nel mercato del lavoro pari a 22,5 milioni di lavoratori (di cui 2/3 lavoratori subordinati e 1/3 autonomi), a fronte di una forza lavoro complessiva di 25,6 milioni, in cui il rapporto tra lavoratori occupati e pensionati equivale a 1 su 4, tenuto conto altresì che il numero di pensionati è pari a circa 57 milioni (26% della popolazione totale).

In un simile contesto, si consideri, inoltre, che le grandi trasformazioni socio-economiche degli ultimi decenni hanno determinato, da un lato, l'emergere dei ccdd. nuovi rischi sociali, e, dall'altro, il progressivo aumento e la diversificazione dei bisogni sociali già esistenti. Allo stesso tempo, è mutata la platea dei beneficiari dei trattamenti previdenziali/assistenziali erogati dal "Welfare storico"<sup>568</sup>, tradizionalmente centrati sul prototipo del lavoratore maschio adulto assunto a tempo pieno e indeterminato, padre di famiglia; e si è modificata la tipologia di prestazioni richieste, che oggi, più di prima, necessitano di risposte personalizzate e non solo di carattere monetario, tenuto conto delle difficoltà registrate dalle imprese nell'adeguare gli stipendi all'aumento del costo della vita e, di conseguenza, della significativa perdita del potere di acquisto da parte dei lavoratori<sup>569</sup>.

In tale prospettiva, non stupisce che i servizi standard dello Stato sociale non siano più in grado di soddisfare pienamente le esigenze degli italiani<sup>570</sup>, tenuto altresì conto che, a causa del

---

superiore al salario atteso, e risulta, quindi, nel breve periodo, non conveniente lavorare. Quasi il 66 % delle lavoratrici italiane non può gestire con nessun margine di autonomia l'orario di entrata e di uscita dal lavoro e una quota molto modesta, solo l'1,1%, se confrontata con il resto dei paesi dell'Unione, dispone di una banca delle ore con la quale può fronteggiare le necessità familiari, soprattutto quelle impreviste. L'elemento di maggiore criticità è rappresentato dall'abnorme presenza in Italia di micro e piccole imprese: quasi un terzo delle lavoratrici risultano occupate in imprese sino a 9 dipendenti (29,7%) e quasi un quarto (23,2%) in quelle da 10 a 49 addetti. Il dato rende più difficoltoso l'adozione di questi schemi di flessibilità e di conciliazione, anche perché i costi per la maternità incidono in maniera più significativa sui modelli di budget che differenziano le piccole imprese dalle imprese medie e grandi. Il part time «può» essere uno strumento di flessibilità che aiuta la conciliazione famiglia-lavoro. Il 32,2% delle lavoratrici italiane utilizza il part-time (33,0% nella media EU27), ma per più della metà di loro non è una scelta volontaria (il 65,7% di loro lavora part time perché non ha trovato un lavoro a tempo pieno). Il lavoro con orario ridotto è invece più diffuso, e più volontario, nella popolazione delle neo-madri (intervistate a circa 2 anni dal parto): il 44,5% di queste lavora a tempo parziale (volontariamente nel 68,7%) e quasi la metà di coloro che lavorano a tempo pieno sarebbero invece interessate a lavorare con orario ridotto (45,9%)».

<sup>566</sup> Dal *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017, p. 17, risulta che quasi un terzo delle famiglie italiane oggi giorno è costituito da un solo componente e che una quota simile, vicina al 30%, è costituita dagli anziani che vivono soli. Con la conseguenza che «la coesione tra le generazioni [sembrebbe] indebolita, se non compromessa, già nelle strutture di base della società».

<sup>567</sup> Per attiva si intende "occupata".

<sup>568</sup> Così TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 2.

<sup>569</sup> Dati Istat, *Reddito e risparmio delle famiglie e profitti delle società*, III trimestre 2015, 8 gennaio 2016, disponibili in <https://www.istat.it/it/archivio/178050> (ultimo accesso 18/09/2017)

<sup>570</sup> Come correttamente evidenziato da CINELLI M., *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in Atti dei Convegni di Sergio Magrini, Giancarlo Perone e Pasquale Sandulli a cura di PESSI R.-VALLEBONA A., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Cedam, 2011, p. 111, infatti, nonostante i numerosi correttivi apportati dal legislatore previdenziale nel tempo, di fatto il livello di copertura pensionistica si è abbassato indiscriminatamente, così che «non può escludersi che, al termine dell'operazione, il grado di equità complessiva del sistema, anziché aumentare, di fatto si riduca».

rallentamento della crescita economica e della crisi del 2008, «lo Stato e le istituzioni del welfare hanno deciso di adottare una politica di maggiore selettività rispetto al passato nella individuazione delle prestazioni sociali, distinguendo quelle rispondenti a bisogni essenziali - e quindi da garantire su base universale, o comunque obbligatoria (assicurativa), e quelle che possono essere affidabili alla libera scelta delle persone gestibili anche su base privatistica»<sup>571</sup>.

Se, tuttavia, la “ricalibratura”<sup>572</sup> dei sistemi di welfare perseguita da alcuni Paesi europei – in particolare a quelli scandinavi – ha consentito di associare politiche rigorose al mantenimento di un welfare generoso e universalistico; in Italia, il tentativo di correggere «gli squilibri di un sistema di protezione sociale<sup>573</sup> disfunzionale in termini di copertura dei rischi e dei beneficiari e ripartizione della spesa per settori» non ha prodotto i medesimi risultati.

Risulta, infatti, che il modello tradizionale di sicurezza sociale italiano, fondato su uno schema mutualistico ed informato al principio di solidarietà generale e intergenerazionale<sup>574</sup>, si è dimostrato incapace di garantire un livello di prestazioni previdenziali adeguato a liberare il lavoratore dai bisogni enucleati dall’art. 38 Cost. In particolare, dall’analisi del sistema previdenziale obbligatorio emerge che la spesa pensionistica assorbe una quota rilevante del PIL e che l’attuale modello di gestione fatica a mantenersi in equilibrio, vista la discrepanza tra l’ammontare dei contributi versati e la spesa sostenuta per le prestazioni erogate. Inoltre, l’applicazione del metodo di calcolo retributivo delle prestazioni pensionistiche obbligatorie - che secondo le più recenti stime del Fondo Monetario Internazionale non si esaurirà prima del 2050<sup>575</sup> - contribuisce significativamente all’aumento della spesa per la vecchiaia<sup>576</sup>, in uno scenario già aggravato dalle preoccupanti previsioni relative all’aumento atteso della spesa sanitaria potenziale pro capite, che, secondo alcuni, rappresenta «la

---

<sup>571</sup> TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in Treu T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, pp. 3-4.

<sup>572</sup> Così FERRERA M.-HEMERIJCK A., *Recalibrating European Welfare Regimes*, in ZEITLIN J.-TRUBECK D. (a cura di), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 88-128.

<sup>573</sup> Si veda MAINO F.-MALLONE G., *Secondo welfare e imprese: nesso e prospettive*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, 195.

<sup>574</sup> Sul punto si vedano, da ultimo, PERSIANI M., *Ancora sull’esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2016, 3, pp. 552 ss. e CINELLI M., *L’ “effettività” delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 1, spec. p. 31.

<sup>575</sup> International Monetary Fund, *2017 Article IV Consultation—Press Release; Staff Report; and Statement By The Executive Director For Italy*, in IMF Country Report No. 17/237, July 2017, p. 25. Su tale profilo si veda anche CANAVESI G., *Percorsi del welfare tra interesse pubblico e libertà. Un tentativo di lettura con l’occhio alla previdenza e all’assistenza sociale*, in CANAVESI G. (a cura di), *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2015, spec. p. 22, secondo cui, peraltro, «era chiar[o] fin dalla prima elaborazione della teoria della sicurezza sociale» che il sistema di liquidazione delle pensioni retributive non potesse realizzare l’interesse pubblico tutelato dalla previdenza obbligatoria (anche) per il solo fatto che «promette di più a chi già ha».

<sup>576</sup> Dello stesso avviso, SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 119-120.

voce del welfare che, nelle prossime decadi, farà registrare la crescita più intensa in termini di incidenza sul prodotto intero lordo»<sup>577</sup>, come si dirà meglio più avanti.

#### 4. Spesa pubblica e spesa privata in Italia

Occorre, peraltro, osservare che se in Italia la spesa privata volontaria sociale<sup>578</sup> è ancora bassa in confronto ad altri stati europei, ammontando a 1,6% della spesa pubblica totale nel 2011<sup>579</sup><sup>580</sup>; la spesa per la protezione sociale dal 2013 al 2014 è aumentata, passando da 29,8% a 30% del PIL<sup>581</sup>. Per quanto, dunque, allo stato, non sembri sussistere un significativo distacco “quantitativo” rispetto agli altri Paesi europei<sup>582</sup>, l’analisi dei dati Eurostat mostra il perdurante sbilanciamento delle risorse pubbliche verso il segmento di popolazione anziana, sia per la componente previdenziale che per quella sanitaria. Secondo i dati pubblicati dal Ministero del Tesoro<sup>583</sup> risulta, infatti, che nel 2015 la quota complessiva di spesa per “Vecchiaia, Superstiti e Sanità” per anziani abbia raggiunto il 20% del Pil, ovverosia di 4,9 punti di Pil superiore alla media dei paesi UE a 28. A fronte, dunque, di una

---

<sup>577</sup> PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in DELL’AURIGA C.-TREU T., (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, p. 263. Inoltre, se si considera che, come sottolinea MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 20, nel 2025 in Italia avremo 2 milioni di anziani in più di oggi, che il tasso di non autosufficienza nella popolazione totale aumenterà dal 4 al 6% circa, ma anche che i consumi sanitari di un settantenne sono circa il doppio di quelli di un quarantenne, mentre quelli di un novantenne addirittura il triplo, è facile presagire gli enormi problemi finanziari, organizzativi e sociali che ne deriveranno.

<sup>578</sup> La spesa privata volontaria è definita dall’OCSE come tutte le risorse di natura privata derivanti dalla spesa di privati cittadini, aziende e altre organizzazioni come il Terzo Settore, indirizzate all’interno di schemi redistributivi che godono generalmente di vantaggi fiscali. La spesa privata volontaria include, dunque, tutti quei programmi di protezione e investimento sociale finanziati dalle aziende a beneficio della collettività e, molto più spesso, dei propri collaboratori e delle loro famiglie. Così, MALLONE G., *Il welfare aziendale in Italia: tempo di una riflessione organica*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, pp. 51-52.

<sup>579</sup> Dati riportati da MALLONE G., *Ibidem*.

<sup>580</sup> Mentre, con specifico riferimento ai fondi pensione, essa ammontava allo 0,4% del PIL (un percentuale ben lontana dalla media registrata nei Paesi OECD, pari all’1,6%, con picchi del 4,5%, nel caso degli Stati Uniti), si veda in merito OECD, *Finances of Retirement-income Systems*, in *Pensions at a Glance*, 2015, p. 181, Tab. 9.4.

<sup>581</sup> Secondo i dati Eurostat 2016, infatti, l’Italia si colloca al settimo posto tra i Paesi della UE per spesa sociale. Tuttavia, secondo le stime della Commissione Europea relativi all’andamento della spesa sociale prevista nel periodo 2013-20160 nella EU28, in European Commission, *The 2015 Ageing Report*, 2015, p. 74, è previsto che in Italia la spesa sociale sia destinata a crescere fino al 2040. Per quanto, secondo le previsioni dell’OECD, *Pensions at a Glance*, 2015, p. 182, che prendono in considerazione le tendenze in tutti i Paesi OECD, la spesa pubblica registrerà una diminuzione significativa intorno al 2050, in ragione dei tagli sui trattamenti previdenziali previsti per i futuri pensionati, ma anche per la minore indicizzazione e valorizzazione dei coefficienti di trasformazione impiegati, nonché per gli ulteriori aumenti attesi dell’età pensionabile.

<sup>582</sup> Sempre secondo i medesimi dati Eurostat 2016, la spesa sociale media nei Paesi UE nel 2014 si aggirava intorno al 28,75 del PIL.

<sup>583</sup> Mef, Ragioneria Generale dello Stato, in *Rendiconto economico delle Amm.ni centrali dello Stato per l’anno 2015*, 2016.



quota della spesa del 39,7% relativa alle prestazioni sociali, si rileva che il 31,1% della spesa pubblica è destinata alle pensioni, mentre il 6,8% del PIL alla spesa sanitaria<sup>584</sup>.

Pare allora chiaro che, così articolata, la spesa sociale finisce per penalizzare fortemente le altre componenti del *welfare*, soprattutto quella per i giovani e per le famiglie, che in Italia è pari al 2% della spesa totale sostenuta dalla Pubblica amministrazione e all'1% del PIL (una percentuale ben inferiore rispetto alla media registrata nella UE28, che è pari a 3,5%, che colloca l'Italia solamente al ventiseiesimo posto<sup>585</sup>).

Peraltro, soprattutto a causa della crisi economica che affligge l'Europa dal 2008, si è registrato un drammatico ridimensionamento delle abitudini di acquisto e consumo da parte delle famiglie italiane, che ha comportato non solo consistenti tagli a sprechi, ma anche un contenimento delle spese di base (anche alimentari o sanitarie<sup>586</sup>), nonché un più frequente ricorso al *low cost*, un ritorno a forme di riciclo, riutilizzo, o prolungato utilizzo di beni non rinnovabili<sup>587</sup>.

In un simile contesto non stupisce che le famiglie più colpite dalla crisi siano soprattutto quelle giovani o con figli, che spesso non dispongono di risparmi tali da poter coprire spese impreviste. Si giustifica, dunque, in tal modo il frequente ricorso a prestito da soggetti che ne hanno in avanzo, come familiari, parenti, amici o istituti di credito e finanziari.

In questa prospettiva, è interessante altresì osservare come i longevi si rendano protagonisti di un processo di redistribuzione della ricchezza in senso orizzontale (o a pioggia) all'interno della società italiana, attivando un flusso monetario annuale stimato intorno ai 9 miliardi di euro, che transita attraverso le reti informali, beneficiando mensilmente 2,2 milioni di famiglie<sup>588</sup>.

---

<sup>584</sup> Si calcola che la spesa sanitaria in Italia nel 2016 abbia sfiorato i 150 miliardi di euro, di cui circa il 77% a carico del bilancio pubblico (112.408 miliardi– fonte: Def 2016) e il rimanente 23% coperto da spesa privata. Un recente rapporto del Censis illustra, infatti, come la spesa *out of pocket* abbia raggiunto (senza considerare una componente non indifferente di sommerso) circa 34 miliardi, mantenendo così un trend di progressiva crescita (solo nel 2013 era stimata pari a 30 miliardi), che la rende in valore assoluto e percentuale tra le più elevate d'Europa (si stima che il costo annuo 2015 per nucleo familiare sfiori i 2.000 euro).

<sup>585</sup> Secondo quanto affermato da MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 75-76.

<sup>586</sup> Quanto ai consumi sanitari - per anticipare un tema che sarà approfondito in seguito - il Censis ha recentemente evidenziato che si è considerevolmente ampliato il fenomeno della rinuncia alla cura: sarebbero, infatti, 11 milioni le persone che nel corso del 2016 avrebbero rinunciato o rinviato il ricorso a prestazioni sanitarie. Nondimeno Osservasalute, l'osservatorio sulla salute nelle regioni, ha denunciato una riduzione dei livelli di prevenzione e segnalato che nel 2015 per la prima volta le aspettative di vita degli italiani sono calate, pur restando tra le più alte nel mondo: 80,1 anni per gli uomini e 84,7 per le donne.

<sup>587</sup> MAINO F.-MALLONE G., *ivi*, p. 77.

<sup>588</sup> Forum Ania Consumatori-Censis, *Bilancio di sostenibilità del Welfare italiano, 2015*, p. 22.

## 5. *La tutela del lavoro non standard e il principio di adeguatezza*

L'evoluzione del modello economico capitalista, caratterizzato dagli inarrestabili processi di globalizzazione e terziarizzazione dell'economia, ha profondamente modificato il sistema di produzione e delle relazioni industriali, e, di conseguenza, il diritto del lavoro e della previdenza sociale, mettendo fortemente in discussione il modello socialmente e giuridicamente tipico del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, rispetto al quale l'ordinamento aveva predisposto un complesso e omogeneo sistema di tutele legali e contrattuali-collettive. A partire dagli anni Novanta, infatti, il legislatore è intervenuto con una serie di provvedimenti che hanno consentito alle imprese di disporre di modalità più flessibili di acquisizione e utilizzazione della manodopera, allo scopo conclamato di assicurarne la competitività in un mercato dominato da continue mutazioni e sconvolto dai cambiamenti sociali e demografici sopra menzionati.

Da un lato, infatti, è stato consentito alle imprese di ridimensionare la forza lavoro attraverso processi di esternalizzazione o di internalizzazione; dall'altra di assumere il personale scegliendo tra una serie sempre più ampia di tipologie contrattuali, autonome e subordinate, che meglio si adattassero alle esigenze di riduzione del costo del lavoro, in quanto assistite da un apparato di tutele meno consistente rispetto a quelle "tradizionali"<sup>589</sup>.

A tali tipologie contrattuali (in cui rientrano i rapporti di somministrazione e di collaborazione coordinata e continuativa introdotti dal D.lgs 10 settembre 2003, n. 276, cd. Legge Biagi) si è convenzionalmente fatto riferimento come quelle «atipiche o non standard», in quanto, diversamente dai contratti "tipici", esse non instaurano rapporti a tempo pieno e indeterminato. Accanto a queste ultime si collocano, peraltro, altre tipologie contrattuali, definite da una parte della dottrina come "discontinue"<sup>590</sup>, in quanto caratterizzate dagli elementi della discontinuità e temporaneità, tra cui rientrerebbero i contratti di lavoro a termine (a tempo pieno o parziale), intermittente a termine, occasionale, intermittente e l'apprendistato.

Per fornire un supporto alla diffusione delle forme di lavoro flessibili e al fine di ottemperare alle esigenze di vita di cui all'art. 38, comma 2, Cost., il legislatore ha pensato di "aggiornare" il sistema previdenziale, introducendo varie misure, quali l'introduzione di meccanismi di modulazione

---

<sup>589</sup> Secondo BOZZAO P., *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 23, «il processo di progressiva flessibilizzazione delle regole giuridiche» iniziato già a partire dagli anni '70, «realizzato attraverso la predisposizione di schemi derogatori rispetto alla disciplina giuslavoristica di tipo tradizionale...[ha] segna[to] il definitivo abbandono della...opzione costituzionale, ispirata al perseguimento del fine della piena occupazione, stabile e duratura».

<sup>590</sup> Si vedano BOZZAO P., *op. ult. cit.* e BELLARDI L., *La rappresentanza sindacale dei lavoratori "atipici" e il ruolo degli enti bilaterali*, in GAROFALO D.-RICCI M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 263 ss.

delle aliquote contributive e la concessione di agevolazioni e incentivi, ovvero l'adeguamento delle tutele stesse a tipologie di lavoro «che, per le caratteristiche speciali dell'attività lavorativa (quali il carattere formativo, l'utilità sociale, la facoltà di variare i tempi di lavoro, lo svolgimento della prestazione in luoghi diversi dalla sede dell'impresa), necessitano di condizioni di protezioni particolari»<sup>591</sup>

L'obbiettivo era, invero, quello di estendere sotto il profilo previdenziale le tutele vincolistiche proprie del lavoro subordinato a tutti i soggetti presenti nel mercato del lavoro - seppure in misura più contenuta - come peraltro è avvenuto nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi, autonomi occasionali e dei lavoratori associati in partecipazione<sup>592</sup>.

Purtuttavia, tali rapporti di lavoro risultano complessivamente caratterizzati da un livello di protezione inferiore<sup>593</sup>, che fatica a superare il vaglio di adeguatezza richiamato dall'art. 38 Cost.<sup>594</sup>, quantomeno in riferimento ai requisiti di accesso alla tutela, soprattutto per quei lavoratori non standard che risultano privi di una presenza continuativa nel mercato del lavoro (i.e. lavoratori discontinui), nonché per quelli sottoposti ad una riduzione della retribuzione percepita rispetto a quella normalmente corrisposta ad un equivalente lavoratore a tempo pieno (i.e. lavoratori a termine, ivi compresi quelli occasionali, stagionali e gli apprendisti, e quelli a tempo parziale e in somministrazione a tempo indeterminato, in ragione dei periodi di sospensione dell'attività).

È, infatti, evidente che i requisiti di anzianità assicurativa e contributiva previsti per accedere alle pensioni di invalidità, vecchiaia e superstiti e per l'assicurazione contro la disoccupazione siano più difficilmente soddisfatti da parte di tali categorie di lavoratori<sup>595</sup>, tanto che una parte della dottrina

---

<sup>591</sup> BOZZAO P., *La tutela previdenziale...*, p. 36.

<sup>592</sup> BOZZAO P., *Ibidem*.

<sup>593</sup> Può tornare utile, a riguardo, consultare le stime contenute nel contributo di BOSI P., *Politica dei redditi e riforma del welfare*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 1, spec. 21 (tab. 4), secondo le quali il tasso di sostituzione della copertura previdenziale di un lavoratore la cui intera carriera lavorativa sia stata svolta come parasubordinato, si aggirava intorno al 40% con 40 anni di contributi, laddove, a parità di contributi, per un lavoratore dipendente era pari al 93%. Per un collaboratore coordinato continuativo, invece, cui si applicava l'aliquota del 20% - quando il contributo è stato scritto - si raggiungeva un tasso di sostituzione pari al 56% (si consideri che dal 1° luglio 2017, l'aliquota contributiva applicata ad un collaboratore coordinato continuativo e alle figure a questo assimilate è pari al 24%, se il collaboratore è già assicurato presso altre forme pensionistiche obbligatori o beneficiari di un trattamento pensionistico, e pari al 32,72% in caso contrario. Si veda da ultimo Circolare Inps n. 21/2017).

<sup>594</sup> In questo senso anche BOZZAO P., *La tutela previdenziale...*, pp. 80-81, secondo cui le esigenze di stabilizzazione della spesa pensionistica nel rapporto con il PIL si sono tradotte in una serie di interventi di riforma del sistema pensionistico nel corso degli anni Novanta, che hanno lasciato inalterato il tradizionale assetto delle tutele incardinato intorno al tradizionale tipo di impianto occupazionale, «senza una specifica attenzione verso la garanzia della continuità della protezione sociale dei lavoratori discontinui».

<sup>595</sup> Di questo avviso anche CINELLI M., *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in Atti dei Convegni di Sergio Magrini, Giancarlo Perone e Pasquale Sandulli a cura di PESSI R.-VALLEBONA A., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Cedam, 2011, p. 112, il quale sottolinea che «per i lavoratori discontinui o impiegati in attività scarsamente redditizie, può rendersi difficile (se non addirittura impossibile) maturare (o maturare per tempo) i requisiti assicurativi e contributivi, al possesso dei quali è subordinata, ai sensi della vigente disciplina, l'acquisizione del diritto al trattamento pensionistico». Non dissimilmente la maturazione del diritto all'indennità di mobilità e

ha persino ravvisato un problema di compatibilità sia con il principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, sia con il principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.*, in virtù del quale nessuna distinzione andrebbe operata in relazione alla modalità di svolgimento del lavoro<sup>596</sup>.

Ne consegue che, così articolato - seppur solamente descritto nei suoi tratti essenziali<sup>597</sup> - il sistema di protezione sociale sembra in vero porre problemi di congruità e di effettività rispetto al canone di *adeguatezza* sancito nell'art. 38 Cost. e agli standard di tutela offerti in particolar modo ai lavoratori «atipici».

Come anticipato, infatti, il processo di estensione delle forme di tutela previdenziale è stato articolato sulla base del modello – ormai superato<sup>598</sup> - del lavoro fordista - ove il lavoratore tradizionale poteva contare su una carriera lavorativa stabile e altamente remunerativa - senza che con ciò venisse mai messa in discussione la scelta del metodo cd. contributivo, che inevitabilmente determina la formazione di prestazioni pensionistiche di minor ammontare rispetto a quelle garantite col metodo cd. retributivo.

Non sfugge, infatti, che il metodo di calcolo contributivo, infatti, risulti particolarmente svantaggioso per i lavoratori discontinui, i quali devono spesso fare i conti con una base imponibile assai modesta ed una ricorrente carenza di occupazione. Chi scrive, è concorde, tuttavia, con quella autorevole dottrina<sup>599</sup> che non ritiene prospettabile – né auspicabile – l'abbandono della copertura pensionistica nei confronti di questa categoria di lavoratori, in favore di un sistema assistenziale-non contributivo, il quale d'altro canto esporrebbe al grave di rischio di una «ghettizzazione previdenziale» dei lavoratori atipici<sup>600</sup>.

---

all'integrazione salariale da parte dei lavoratori a termine, stagionali e saltuari – compresi, dunque, anche gli apprendisti – risulta compromessa dalla previsione di requisiti di anzianità occupazionale che, in ragione della natura stessa di tali rapporti, possono difficilmente essere soddisfatti. Sul punto si veda anche LUDOVICO G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 4-5, pp. 912-913.

<sup>596</sup> In questi termini si esprime anche RENGA S., *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, vol. 2, spec. pp. 1439-1441.

<sup>597</sup> Si tenga, infatti, presente che tale descrizione sommaria non intende esaurire la trattazione di un tema che, per la sua vastità ed articolazione, meriterebbe ben altro spazio e per l'approfondimento del quale si consiglia la lettura integrale di BOZZAO P., *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>598</sup> Si veda, *ex multis*, CINELLI M., *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in Atti dei Convegni di Sergio Magrini, Giancarlo Perone e Pasquale Sandulli a cura di PESSI R.-VALLEBONA A., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Cedam, 2011, p. 112.

<sup>599</sup> SANDULLI P., *La protezione sociale del lavoro non standard*, in *Lav.e Dir.*, 2003, 3, p. 438.

<sup>600</sup> Con riferimento a tale ultimo aspetto si vedano anche i paragrafi 10 e 11, cap. III.

## 6. La (insufficiente) risposta del legislatore e delle parti sociali

In un'ottica di riconduzione all'area del lavoro "tipico", cui ad oggi è ancora riservato un trattamento di tutela previdenziale certamente più consistente, dovrebbe, dunque, leggersi la previsione<sup>601</sup> introdotta con la Legge di Stabilità 2015, volta ad incentivare l'assunzione a tempo indeterminato mediante la previsione di un considerevole esonero contributivo «per un periodo massimo di trentasei mesi»<sup>602</sup>. Tuttavia, tale obiettivo non pare possa ritenersi raggiunto, nemmeno lontanamente. Infatti, i dati Istat rivelano che, dal gennaio 2015 al marzo 2017, gli occupati a tempo determinato sono cresciuti del 9,3% rispetto al 3,4% di quelli a tempo indeterminato e che il numero di occupati a termine sul totale è in costante aumento negli ultimi tre anni, avendo raggiunto il suo apice proprio nel 2015 e nel 2016. A riguardo, appare, inoltre, del tutto distonico rispetto al fine preposto, il contestuale intervento di riduzione delle tutele in caso di cessazione del rapporto di lavoro posto in essere dal legislatore del 2015 con il *Jobs Act*<sup>603</sup>, chiaramente ispirato dal *leit motiv* di una sempre maggiore flessibilizzazione in uscita del rapporto di lavoro.

Nondimeno occorre evidenziare il ritardo con cui le storiche organizzazioni sindacali sono intervenute a fornire le opportune risposte alle mutate esigenze di rappresentanza dei segmenti «meno organizzati» dell'attuale forza lavoro. Infatti, se per il lavoro somministrato, autonomo e parasubordinato essi hanno trovato risposta nelle *Nuove identità di lavoro* (Nidil-Cgil), mentre per l'area dei ccdd. non lavori (ovverosia i lavori socialmente utili e di pubblica utilità, borse di studio, tirocini formativi e piani di inserimento professionali) nella *Associazione dei lavoratori atipici e interinali* (Alai-Cisl), ed, infine, per gli inoccupati, disoccupati e iscritti alle liste di mobilità nel *Coordinamento per l'occupazione* (Cpo-Uil); per gli altri lavoratori subordinati definiti "discontinui" (nell'accezione chiarita in apertura del presente paragrafo), la rappresentanza è rimasta affidata ai sindacati della categoria nella quale essi prestano *pro tempore* la propria opera, a causa dello scetticismo nutrito da alcune sigle sindacali circa la creazione di rappresentanze sindacali distinte tra lavoratori stabili e discontinui, che avrebbe potuto indebolirne la capacità rappresentativa e alterarne gli equilibri organizzativi interni.

---

<sup>601</sup> Si veda in particolare l'art. 1, comma 117, l. 23 dicembre 2014, n. 204 (legge di Stabilità 2015). Si tenga inoltre, presente che tale iniziativa si è protratta per tutti gli anni a seguire, fino al 2017.

<sup>602</sup> Infatti, come sostengono SEGHEZZI F.-TIRABOSCHI M., *Le tutele moderne di un welfare evoluto*, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 29 maggio 2017, n. 20, «nella visione del Governo e dei suoi consiglieri economici i contratti a tempo determinato sarebbero tornati a crescere dopo che per due anni si era invertita la tendenza, e questa dinamica era prevedibile dopo l'esaurirsi degli incentivi».

<sup>603</sup> Ci si riferisce in particolare al D.lgs 15 giugno 2015, n. 81.

Col senno del poi, tuttavia, pare lecito affermare che tale scelta non si sia dimostrata vincente, dal momento che le modalità organizzative proprie delle confederazioni è risultata, sotto molti aspetti, inappropriata, come peraltro evidenziato da una parte consistente della dottrina<sup>604</sup>.

### 7. La cd. previdenza contrattuale

All'inadeguatezza del sistema di tutele apprestato in favore dei lavoratori "atipici", si è aggiunta la progressiva riduzione delle risorse pubbliche destinate al sistema previdenziale, a causa del contestuale aumento del debito pubblico e dei vincoli imposti al nostro Paese dall'appartenenza all'Unione Europea<sup>605</sup>, che hanno messo a dura prova la tenuta complessiva del sistema, disvelandone le debolezze e facendone emergere le carenze in termini di tutela.

Non stupisce, dunque, che nell'ultimo decennio, il legislatore si sia dimostrato più sensibile all'esigenza di ripensare il sistema previdenziale attraverso l'adozione di forme decentrate ed autogestite di tutela «mediante uno sviluppo di un nuovo welfare mutualistico ed autofinanziato, che lasci maggior spazio all'iniziativa privata, individuale e collettiva»<sup>606</sup> e parimenti interessato a ridefinire il rapporto tra il welfare pubblico e welfare privato, in un'ottica di integrazione - o anche di possibile supplenza – da parte del secondo nelle aree non raggiungibili dal primo.

È così che prende forma nell'ambito pensionistico un sistema *multilivello*<sup>607</sup>, che trova nella cd. previdenza contrattuale<sup>608</sup> (fondata su iniziative sia unilaterali che bilaterali<sup>609</sup>) una valida risposta

---

<sup>604</sup> *Ex multis*, BELLARDI L., *La rappresentanza sindacale dei lavoratori "atipici" e il ruolo degli enti bilaterali*, in GAROFALO D.-RICCI M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 269.

<sup>605</sup> A riguardo si veda *amplius* CONTALDI G., *Diritti sociali e programmi di riforme economiche nell'Unione Europea*, in CANAVESI G. (a cura di), *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2015, pp. 42-57.

<sup>606</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, 2008, p. 43.

<sup>607</sup> Parla di «sistema multilivello» ASCOLI U.-MIRABILE M.L.-PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare nel lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa d'impresa in Italia*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 53.

<sup>608</sup> Sulla definizione del concetto di cd. previdenza contrattuale si veda, in particolare, M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, 2014, pp. 113 ss., secondo il quale tale modello sarebbe comprensivo di strumenti previdenziali differenti, impiegati allo scopo di «perseguire efficacemente gli obiettivi di protezione e di tutela dei soggetti». Nello stesso senso, TURSI A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M.-FERRARO G.-MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 476, il quale, con particolare riferimento all'intervento riformatore realizzato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, fa riferimento ad un sistema parallelo di "previdenza contrattuale", che si affiancherebbe al tradizionale modello di sicurezza sociale e in cui gli strumenti di tutela privatistica-negoziiale verrebbero particolarmente valorizzati. Si propone, dunque, una classificazione parzialmente difforme da quella prospettata da SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, spec. p. 122, laddove chi scrive ritiene che il welfare aziendale *contrattato* rientrerebbe nel più ampio sistema della previdenza contrattuale e non viceversa, come ivi sostenuto.

<sup>609</sup> In tale ultimo caso essa si articola a livello nazionale (mediante l'adozione di CCNL) e a livello decentrato (tramite la contrattazione di secondo livello, soprattutto aziendale).

alle nuove esigenze di protezione sociale - per quanto ancora significativamente differenziata, socialmente e territorialmente.

Ai fini della presente analisi, è, inoltre, bene chiarire sin da ora che per “previdenza contrattuale” si intende quel variegato complesso di prestazioni previdenziali (e non solo), in cui protagoniste indiscusse appaiono ancora la previdenza e assistenza complementare, disciplinata dal D.lgs 5 dicembre 2015, n. 252, e l’assistenza sanitaria, regolata dal D.lgs 30 dicembre 1992, n. 502, ma cui sono altresì riconducibili i ccdd. enti bilaterali, la cui popolarità è significativamente cresciuta negli ultimi anni, gli ammortizzatori sociali contrattuali introdotti dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, oggi disciplinati dal D.lgs 14 settembre 2015, n. 148, nonché il cd. welfare aziendale, alla cui trattazione si procederà nei paragrafi che seguono.

Ad avviso di chi scrive, peraltro, tale paradigma risulta del tutto compatibile con il modello di sicurezza sociale prospettato nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente, laddove al legislatore è stata riconosciuta la libertà di modulare ed organizzare la previdenza e l’assistenza sociale adottando gli strumenti da questo ritenuti di volta in volta più idonei a realizzare le finalità di protezione sociale enunciante nell’art. 38 Cost<sup>610</sup>. Infatti, previdenza e assistenza sono diritti sociali condizionati, nel senso che «il loro godimento dipende dall’esistenza di un’organizzazione necessaria e idonea all’erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi, presupponendo l’intervento legislativo per consentire che si configurino come pretese direttamente azionabili»<sup>611</sup>.

Si spiega, dunque, come il Ministero del Lavoro si fosse già espresso a sostegno della necessità di una sempre maggiore interazione tra welfare pubblico e quello privato nel documento per la consultazione pubblica sul futuro del modello sociale (cd. Libro verde) pubblicato nel 2008 ed in seguito diffuso con il corrispondente Libro bianco<sup>612</sup> nel maggio del 2009, in cui si legge «Lo sviluppo

---

<sup>610</sup> Ci si riferisce in particolare al comma 4, art. 38 Cost.

<sup>611</sup> M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale...*, p. 123. Nello stesso senso anche MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 25, secondo cui «mentre i diritti civili e politici tutelano libertà e facoltà dei cittadini e sulla loro certezza non si può transigere, i diritti sociali sono diversi perché conferiscono spettanze, ossia titoli a partecipare alla suddivisione del bilancio pubblico – dipendente dal gettito fiscale e dal funzionamento dell’economia – nelle sue varie voci di spesa. I diritti sociali, per loro natura, non possono quindi essere considerati garanzie imm modificabili nel tempo; il loro contenuto deve essere programmaticamente commisurato alle risorse di cui uno Stato dispone, all’andamento del sistema economico e alle trasformazioni sociodemografiche».

<sup>612</sup> Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, *La vita buona nella società attiva. Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009. Si veda anche Ministero del Lavoro, *Glossario per un nuovo welfare*, 2009, una breve nota aggiuntiva al Libro bianco, contenente undici concetti che rappresentano «il seme delle politiche che dovranno accompagnare, attraverso i Piani d’azione del Governo, la traduzione nei fatti degli obiettivi del Libro bianco»: uno sul nuovo concetto di welfare: «Dal welfare state alla welfare society»; due su sostenibilità finanziaria: «universalismo selettivo» e «piani di rientro»; due sulle povertà: «povertà assoluta e povertà relativa» e «reddito di ultima istanza»; due sul federalismo: «costo storico e costo standard» e «federalismo fiscale»; uno sul significato di «presa in carico»; due sulla sanità: «salute» e «Lea»; uno sul lavoro: «lavoratore».

del pilastro privato complementare è un passaggio essenziale per la riqualificazione della spesa e la modernizzazione del nostro welfare [...] lo sviluppo dei fondi su base contrattuale, delle forme di mutualità, delle assicurazioni individuali o collettive può essere la risposta alle limitate risorse pubbliche e alla domanda di accesso a maggiori servizio».

In questo scenario, un ruolo di primo piano è stato indubbiamente assunto dall'autonomia collettiva, in qualità di soggetto in grado di adeguare il tradizionale sistema di tutela del lavoro alle nuove esigenze economiche e produttive<sup>613</sup>. In tal senso occorre, dunque, interpretare il tentativo di quest'ultimo di compensare la progressiva perdita del potere d'acquisto dei salari e la riduzione delle prestazioni garantite del Welfare State, tramite la negoziazione di un variegato ventaglio di prestazioni - che vanno dalla previdenza complementare e dalla sanità integrativa, al sostegno del reddito in caso di sospensione del lavoro, per arrivare a veri e propri pacchetti integrati di welfare cd. aziendale - «di ispirazione mutualistica, finanziati dalla contribuzione volontaria del datore di lavoro, e in misura ridotta dei lavoratori, e gestiti pariteticamente e in piena autonomia dalle parti, attraverso l'istituzione di enti e fondi bilaterali interprofessionali o di categoria»<sup>614</sup>, come meglio illustrato nei paragrafi che seguono.

Nel tentativo, dunque, di cogliere una *ratio* unitaria nel disegno posto in essere dal legislatore italiano nell'ultimo decennio - volendo qui solamente anticipare quanto più diffusamente argomentato nel capitolo III - pare potersi scorgere la volontà di spostare il baricentro delle tutele dal welfare pubblico, obsoleto e in affanno, verso un welfare privato e contrattuale, innovativo e duttile, certamente in grado di aprire scenari inediti, soprattutto sul versante della Responsabilità sociale d'impresa, ma parimenti foriero del pericolo di una sempre maggiore individualizzazione del rischio di tutela a scapito del singolo lavoratore<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> A tale profilo è dedicato, in particolare, il paragrafo 11, cap. III, cui si rinvia.

<sup>614</sup> Si vedano sul punto LEONARDI S.-ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2012, 3, p. 80; LUDOVICO G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 4-5, pp. 918-919.

<sup>615</sup> Conformemente N. WHITESIDE, *Privatization and after: time, complexity and the governance in the world of funded pensions*, in *Transfer*, SAGE, 2014, vol. 20(I), p. 78, il quale, in relazione alla tendenza a privilegiare forme pensionistiche complementari a contribuzione definita in sostituzione delle risorse pubbliche, sottolinea che «the shift from public to funded personal private pensions does not help. The promotion of market-based pensions does not permit redistribution of assets from the rich to the poor or disadvantaged, unless tax intervention facilitates this».



8. *La previdenza complementare (secondo pilastro) ed il complicato rapporto con la previdenza obbligatoria*

Risalgono agli anni Novanta del secolo scorso e al decennio immediatamente successivo le più rilevanti iniziative di regolazione e promozione della previdenza complementare (D.lgs 21 aprile 1993, n. 124 e, L. 23 agosto 2004, n. 243 e, successivamente, D.lgs 5 dicembre 2005, n. 252) volte, da un lato, a contenere le risorse pubbliche destinate alla previdenza sociale e, dall'altro, ad incentivare la cooperazione tra soggetti pubblici e privati, e ad assecondare la tendenza sempre più presente di affidare le politiche sociali non solo a iniziative e a strutture pubbliche, ma anche a soggetti collettivi.

Come anticipato in apertura del presente capitolo, il rapporto esistente tra il primo pilastro della previdenza obbligatoria (comma 2, art. 38 Cost.) ed il secondo pilastro della previdenza complementare (comma 5 o comma 2, art. 38 Cost.) è sempre stato controverso. Infatti, se, da un lato, l'articolo 38 Cost. individua chiaramente i compiti e gli obiettivi che devono essere perseguiti dal primo pilastro, esso non specifica il ruolo né la portata del secondo. Inoltre, in assenza di una specificazione del parametro di "adeguatezza", la Corte Costituzionale e la dottrina si sono sforzate di definire la misura in cui il secondo debba/sia ammesso a cooperare con il primo al duplice scopo di liberare i lavoratori dai bisogni enucleati nell'art. 38 Cost. e di aumentare lo standard dei trattamenti erogati dalla previdenza obbligatoria.

In questa prospettiva si inserisce il dibattito che anima la dottrina da alcuni decenni e che la vede divisa in tre diverse correnti di pensiero: secondo l'approccio *dualistico*, i fondi complementari sarebbero separati e indipendenti dalla sfera pubblica, essendo riservato solamente allo Stato il compito di soddisfare i bisogni sociali richiamati dall'art. 38, comma 2, Cost., laddove, invece, l'istituzione e la partecipazione alle forme pensionistiche complementari rimangono facoltative, in quanto rappresentative di interessi esclusivamente privati<sup>616</sup>. I sostenitori della tesi *intermedia*, invece, collocano la previdenza complementare "a cavallo" tra il comma 2 ed il comma 5, in considerazione del fatto che lo Stato non è più in grado di mantenere un adeguato livello di prestazioni previdenziali<sup>617</sup>, in tal modo inducendo altri soggetti privati e i singoli individui a collaborare per il

---

<sup>616</sup> PERSIANI M., *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1987, p. 70; SANTORO PASSARELLI G., *Note sulla previdenza di privati*, in *Lav. e Dir.*, 1991, p. 621; CINELLI M., *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1989, p. 208; PROIA G., *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2001, p. 619.

<sup>617</sup> In questo senso CINELLI M., *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in Atti dei Convegni di Sergio Magrini, Giancarlo Perone e Pasquale Sandulli a cura di PESSI R.-VALLEBONA A., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Cedam, 2011, spec. p. 111.

raggiungimento di tale scopo<sup>618</sup>. Secondo la lettura *monistica*, invece, - la quale aderisce alla cd. teoria della funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza obbligatoria - la previdenza complementare rientrerebbe nel campo di applicazione nell'art. 38, comma 2, Cost., di guisa che il primo e il secondo pilastro sarebbero autorizzati ad operare congiuntamente al fine di raggiungere l'obiettivo ivi enunciato<sup>619620</sup>.

Tuttavia, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393<sup>621622</sup> - in cui si legge che «alla stregua dell'evidenziato quadro normativo [gli interventi degli anni Novanta, n.d.a.] non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore, enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421, e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire... un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione.» - è sembrata prevalere la teoria della funzionalizzazione da ultimo menzionata, secondo cui il secondo pilastro è ammesso ad integrare il primo allo scopo di garantire i livelli di protezione di cui all'articolo 38, comma 2, Cost. medesimo. Ad avviso di una

---

<sup>618</sup> CINELLI M., *Appunti per un dibattito sulla previdenza integrativa*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1986, I, p. 888; ID., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare*. Art. 2123 c.c., Giuffrè, 2010, p. 21; TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, 2001; ID., *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 405; ID., *Il TFR nei fondi pensione? Per la Cassazione è l'inverso*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2006, p.710; SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>619</sup> PESSI R., *La nozione di previdenza integrativa*, in *Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1988, 3, p. 63; MAZZIOTTI F., *Determinazione della pensione e modelli di Welfare State*, in FERRARO G.-MAZZIOTTI F. (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato*, Jovene, 1994, p. 105.; GIUBBONI S., *La previdenza complementare fra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1999, III, p. 272; GHERA E., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. pubbl. priv.*, 2001, VI, p. 101.

<sup>620</sup> In particolare, la dottrina che sostiene tale ultimo approccio ha descritto il rapporto tra il primo ed il secondo come un sistema di cerchi concentrici - già sommariamente descritto in apertura di questo capitolo, all'interno del quale troverebbe spazio i bisogni socialmente rilevanti tutelati dall'azione combinata della previdenza obbligatoria e della previdenza complementare, laddove i bisogni privati e personali tutelati dall'iniziativa privata cui allude il comma 5, art. 38 Cost. Sul punto si vedano PESSI R.-OLIVETTI P., *La previdenza complementare nella Comunità europea*, Giuffrè, 1992; OLIVELLI P., voce *Previdenza complementare*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, 1995; SANDULLI P., *Riflessioni sulla previdenza complementare*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Not.Giur.Lav.-suppl.*, 1989, p. 312.

<sup>621</sup> Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass.Giur.Lav.*, 2000, p. 963 ss., con nota di PESSI R., *Una lezione di etica politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*.

<sup>622</sup> Quanto, invece, alla dibattuta questione della (non) assoggettabilità dei contributi datoriali al prelievo contributivo - meglio conosciuta come la questione del "contributo sul contributo" - che ha trovato soluzione nella nota sentenza della Corte Costituzionale 8 settembre 1995, n. 421, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, 2, p. 7, con nota di PERA G., *Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale*, in cui è stato chiaramente affermato che le contribuzioni dei datori di lavoro al finanziamento dei fondi non possono essere considerati emolumenti retributivi con funzione previdenziale, bensì contributi di natura previdenziale (in tal modo cristallizzando la soluzione adottata dal legislatore già con l'art. 9-bis, d.l. 29 marzo 1991, n. 103, che ha introdotto per la prima volta la previsione della contribuzione di solidarietà, nel tempo confermata fino all'attuale formulazione contenuta nell'art. 16, d.lgs 252/2005 cit.), ci si limita a rimandare alla copiosa bibliografia sviluppatasi sul tema, tra cui SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in PESSI R. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Giappichelli, Torino, 2011, tomo I, p. 13;TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, 2001, pp. 133 ss.; BOZZAO P., *Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare: una decisione non del tutto appagante*, in *Dir e Lav.*, 2000, II, p. 313; PROIA G., *I regimi privati di previdenza integrativa e l'obbligo di contribuzione "retroattivo"*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1998, p. 875; PERSIANI M., *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1998, p. 334.

certa dottrina<sup>623</sup>, tuttavia, l'interpretazione così offerta dal giudice delle leggi andrebbe più propriamente giustificata dalla volontà di porre rimedio ai problemi di sostenibilità attraverso l'attribuzione di una sempre maggiore rilevanza all'iniziativa di soggetti privati, collettivi e individuali, più che dalla consapevolezza del modello previdenziale da preferire in virtù del disegno originariamente concepito dai padri costituenti.

### 9. *La disciplina dei fondi di previdenza complementare*

Attualmente, la previdenza complementare è disciplinata dal D.lgs 5 dicembre 2005, n. 252, il quale chiarisce sin da subito che i trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio sono erogati «al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale» (art. 1, comma 1) e che «l'adesione alle forme pensionistiche complementari...è libera e volontaria» (art. 1, comma 2); sicché la partecipazione ai fondi pensione è volontaria ed individuale (anche se prevista dalla contrattazione collettiva).

Destinatari delle forme pensionistiche complementari sono sia i lavoratori dipendenti, pubblici e privati, sia i lavoratori autonomi e parasubordinati, i soci lavoratori di cooperative e i liberi professionisti (art. 2); ma a queste categorie si aggiungono poi - e non senza qualche perplessità<sup>624</sup> - i soggetti destinatari del D.lgs 16 settembre 1996, n. 565, ovverosia gli individui che svolgono lavori di cura non retribuiti derivati da responsabilità familiari (art. 2 cit, *lett. d*).

Tali fondi possono essere istituiti da contratti o accordi collettivi, anche aziendali; accordi tra lavoratori autonomi o liberi professionisti promossi dalle loro associazioni o sindacati di livello almeno regionale; da regolamenti di enti o aziende; dalle Regioni; da accordi fra soci lavoratori di cooperative e altri soggetti (si veda art. 3).

L'attuazione delle forme pensionistiche complementari avviene mediante la costituzione di fondi pensione come soggetti giuridici di natura associativa *ex art. 36 c.c.* ovvero come soggetti dotati di personalità giuridica<sup>625</sup>, i quali possono operare solamente se autorizzati dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione (in seguito Covip), una volta che siano stati esaminati lo Statuto, il

---

<sup>623</sup> PROIA G., *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2000, 1, p. 116; ID., *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2001, 2, p. 621; PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, *Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2000, p. 86.

<sup>624</sup> Sul punto si veda TURSI A., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, 2001, p. 104.

<sup>625</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) e b), d.lgs 252/2015.

Regolamento e la scheda informativa prevista per avviare la raccolta di adesioni nel numero minimo richiesto<sup>626</sup>.

Accanto ai fondi pensione *negoziali* (o chiusi), istituiti sulla base di contratti collettivi per lo più a livello nazionale e per settore produttivo, ma anche a livello territoriale o aziendale, sono contemplati i fondi pensione *aperti*, promossi da banche, compagnie di assicurazione, società di gestione del risparmio e società di intermediazione mobiliare, ai quali è possibile aderire individualmente o su base collettiva, quando manchi un fondo negoziale; nonché i piani individuali pensionistici (PIP), attuati mediante polizze di assicurazione sulla vita<sup>627</sup>.

Tali fondi operano in regime di capitalizzazione e secondo criteri di corrispettività, e possono assumere la forma della *contribuzione definita* o della *prestazione definita* (che nell'ordinamento statunitense prendono rispettivamente il nome di *defined contribution plans* o *defined benefit plans*<sup>628</sup>). In vero, i lavoratori subordinati possono optare solamente per il programma pensionistico a contribuzione definita, il quale presenta il vantaggio di garantire l'equilibrio del fondo medesimo - visto che la prestazione pensionistica non è predeterminata, bensì dipende dal rendimento della gestione del risparmio contributivo accantonato nel tempo in ragione della contribuzione versata - e lo svantaggio di addossare sul lavoratore il rischio di una modesta integrazione della pensione di base (non, invece, il rischio del dissesto finanziario, che esiste nella diversa forma dei piani a prestazione definita). Possono, invece, scegliere di iscriversi ad un fondo pensione a prestazione definita i lavoratori autonomi, cui è, dunque, riconosciuta la possibilità di stabilire *ex ante* la rendita attesa (normalmente parametrata su una percentuale dell'ultimo reddito da lavoro percepito), essendo gli stessi però esposti al rischio della mancata realizzazione del programma pensionistico per il modificarsi delle condizioni rispetto alle quali esso era stato *ab origine* costruito e, di conseguenza, della eventuale carenza del patrimonio accantonato a garanzia del programma medesimo<sup>629</sup>.

Il finanziamento è a carico dei lavoratori e datori di lavoro, ovvero del committente, per quanto riguarda i lavoratori autonomi o parasubordinati; mentre il *quantum* della contribuzione può essere determinato liberamente dall'interessato. Tuttavia, i contratti e gli accordi collettivi possono fissare

---

<sup>626</sup> Quanto al rapporto tra fonti istitutive e costitutive – in cui rientrerebbero tali fonti statutarie e regolamentari - si tenga è affermata in dottrina l'opinione secondo cui la natura di tale rapporto «è tale da collocare gli assetti negoziali “fonte istitutiva” in una posizione apicale nel sistema di poteri normativi di autonomia privata e, di conseguenza, ad attribuire agli stessi il più alto grado di vincolatività», così SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, 2008, p. 47. Conformemente a TURSI A., *La previdenza complementare...*, p. 193 e, più di recente, SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale...*, p. 13.

<sup>627</sup> Cui è dedicato il paragrafo 12 di questo capitolo.

<sup>628</sup> Per un confronto con i *DC plans* e i *DB plans*, si vedano i paragrafi 13.2.13. e 13.2.14., sez. I, cap. I.

<sup>629</sup> Tale eventualità costringe, peraltro, gli iscritti a tali piani ad adeguare continuamente i contributi versati in ragione delle variabili appena descritte e delle oscillazioni dei mercati finanziari, che hanno certamente delle ricadute sui rendimenti degli investimenti di capitali.

le modalità e l'entità del versamento con effetto vincolante – quantomeno in relazione alla misura contributiva minima - secondo i principi generali che regolano i rapporti riferibili all'autonomia collettiva<sup>630</sup>. L'importo può essere stabilito in cifra fissa oppure - per il solo caso dei lavoratori subordinati del settore privato - in percentuale sulla retribuzione assunta come base di calcolo per il trattamento di fine rapporto o in riferimento a elementi della retribuzione medesima; mentre per i lavoratori autonomi in percentuali del reddito di impresa e per i liberi professionisti del reddito dichiarato ai fini IRPEF. Quanto ai soci di cooperative, esso può essere calcolato in percentuale sulla retribuzione assunta a base del TFR oppure, a seconda della tipologia di lavoro svolto, in percentuale al reddito di lavoro autonomo dichiarato ai fini fiscali.

Le somme poste a carico dei datori di lavoro sono soggette ad un contributo di solidarietà del 10% a favore della gestione pensionistica obbligatoria alla quale sono iscritti i lavoratori, essendo sottratti dalla contribuzione obbligatoria a favore della previdenza pubblica.

L'articolo 8, D.lgs 252/2005 cit. ha, peraltro, introdotto un meccanismo di adesione tacita ai fondi pensione per incentivare i lavoratori a risparmiare in vista del pensionamento, ai sensi del quale, a partire dal 1° gennaio 2007, i dipendenti devono scegliere se destinare TFR al piano pensionistico che preferiscono o mantenerlo presso l'azienda in cui prestano la propria attività lavorativa. Secondo tale meccanismo, detto di *auto-enrollment*<sup>631</sup>, qualora il dipendente neoassunto non espliciti tale scelta entro i sei mesi successivi all'assunzione (o nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del decreto nel caso dei lavoratori già impiegati presso il proprio datore di lavoro), il TFR verrà automaticamente versato in un piano di previdenza complementare<sup>632</sup>. Nella diversa ipotesi in cui, invece, il dipendente comunichi la propria volontà di non voler destinare il proprio TFR ad un fondo pensione, quest'ultimo rimarrà presso l'impresa (se l'impresa occupa meno di 50 lavoratori) o, in alternativa, esso confluirà presso un apposito fondo istituito dall'INPS – che prende il nome di FONDINPS, se l'impresa occupa più di 50 lavoratori<sup>633</sup>.

I criteri di destinazione del TFR maturando sono, peraltro, dettagliatamente descritte nell'articolo 8, comma 7, lett. b), nn. 1-3, secondo cui, in caso di adesione tacita il datore di lavoro dovrà alternativamente trasferire il TFR alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o

---

<sup>630</sup> GIUBBONIS., *La previdenza complementare tra libertà individuale e interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009, p. 126.

<sup>631</sup> Tale meccanismo è assimilabile all'omonimo previsto per i 401(k) plans, descritto al paragrafo 13.2.13., sez. I, cap. I.

<sup>632</sup> Sono peraltro previsti degli obblighi informativi che devono essere adempiuti dal datore di lavoro nell'interesse del lavoratore prima dell'avvio del periodo di sei mesi e trenta giorni prima della scadenza dei medesimi (ex art. 8, comma 8, d.lgs 252/2005).

<sup>633</sup> La *ratio* sottesa a tale meccanismo è evidente: acquisire risorse finanziarie di consistenza tale da integrare una massa critica necessaria al mantenimento e all'apprezzabile rendimento dei fondi pensione.

contratti collettivi, anche territoriali - salvo sia intervenuto un diverso accordo aziendale che preveda la destinazione del TFR a una forma collettiva tra quelle previste all'articolo 1, comma 2, lett. e), n. 2), L. 23 agosto 2004, n. 243, nel qual caso esso deve essere notificato dal datore di lavoro al lavoratore, in modo diretto e personale) - (n. 1), ovvero, in caso di presenza di più forme pensionistiche di cui al n. 1), trasferire il detto TFR, salvo diverso accordo aziendale, a quella alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda (n. 2); o, ancora, qualora non siano applicabili le disposizioni di cui ai numeri 1) e 2), il datore di lavoro dovrà trasferire il TFR maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso l'INPS (n. 3).

La modalità di adesione (esplicita o tacita) comporta, peraltro, delle conseguenze sul piano delle tipologie di investimento per le quali è possibile optare, nel senso chiarito dal successivo comma 9, ai sensi del quale «Gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche complementari prevedono, in caso di conferimento tacito del TFR, l'investimento di tali somme nella linea a contenuto più prudentiale tali da garantire la restituzione del capitale e rendimenti comparabili, nei limiti previsti dalla normativa statale e comunitaria, al tasso di rivalutazione del TFR». Come stato opportunamente evidenziato in dottrina, tuttavia, tale previsione crea una disparità di trattamento difficilmente giustificabile sul piano dell'effettività della tutela garantita alla platea dei partecipanti a siffatti piani pensionistici, dal momento che tale garanzia dovrebbe essere garantita a tutti e non solo – paradossalmente - «a chi non ha saputo o voluto scegliere esplicitamente»<sup>634</sup>.

Ad ogni modo, il conferimento (anche solo) degli accantonamenti del TFR implica l'esercizio della libertà di adesione alla forma pensionistica, «senza bisogno di altro: senza bisogno, cioè, di altra manifestazione di volontà, e senza che sia indispensabile il concorso di altre fonti di finanziamento»<sup>635</sup>.

Si tenga, inoltre, presente, che, secondo la disciplina attualmente in vigore, i contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro o committente, sia volontari sia dovuti in base a contratti o accordi collettivi, anche aziendali, alle forme di previdenza complementare, sono deducibili, ai sensi dell'articolo 10 del TUIR, dal reddito complessivo per un importo non superiore ad euro 5.164,57 (*ex art. 8, comma 4, D.lgs 252/2005*), come si dirà meglio nel capitolo successivo. Nondimeno i fondi pensione sono soggetti ad imposta sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura del 20%, che si applica sul risultato netto maturato in ciascun periodo d'imposta (*ex art. 17, comma 1, D.lgs 252/2005*).

---

<sup>634</sup> GIUBBONI S., *La previdenza complementare...*, p. 135.

<sup>635</sup> GIUBBONI S., *La previdenza complementare...*, p. 130.

Gli organi di amministrazione e controllo dei fondi negoziali devono essere composti rispettando il criterio della pariteticità tra rappresentanti dei datori e dei lavoratori, secondo quanto stabilito all'art. 5 del decreto medesimo, il quale ne individua, *inter alia*, funzioni e responsabilità, specificando altresì che deve trattarsi di soggetti in possesso di requisiti di onorabilità e professionalità.

La gestione del patrimonio dei fondi è affidata a enti gestori terzi rispetto al fondo pensione (quali compagnie di assicurazione, SIM, ecc.), i quali sono tenuti a depositare le risorse raccolte presso banche che presentino le caratteristiche proprie di una banca depositaria di fondi comuni di investimento.

Quanto, infine, alle prestazioni erogate dai fondi pensione, occorre evidenziare che esse sono definite dalle fonti costitutive nel rispetto dei limiti posti dalla legge, che, come noto, sancisce un collegamento funzionale tra i regimi di previdenza obbligatoria e complementare in ossequio al principio affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 393/2000 sopra richiamata. In tale prospettiva, dunque, si giustifica la scelta del legislatore di ammettere al godimento del trattamento pensionistico integrativo (in forma di rendita) coloro che abbiano raggiunto l'età pensionabile e vantino contestualmente almeno cinque anni di partecipazione al fondo medesimo. È, peraltro, possibile ottenere la liquidazione di quanto maturato in forma di capitale, ma soltanto nel limite del 50%, a condizione che l'importo annuo della prestazione pensionistica corrispondente risulti superiore alla metà del valore dell'assegno sociale (*ex art. 11, comma 3*).

Il decreto in esame contempla altresì la possibilità per i partecipanti di trasferire la propria posizione ad altro fondo pensione o di riscattare la stessa secondo modalità, termini e condizioni previste dallo Statuto del fondo. In caso di morte dell'aderente in epoca antecedente al pensionamento di vecchiaia, la posizione di questo potrà essere riscattata dal coniuge, dai figli o, se già a carico, dai genitori, i quali potranno in tal modo recuperare l'intera contribuzione versata comprensiva degli eventuali incrementi ottenuti grazie al rendimento del fondo.

È, inoltre, concessa un'anticipazione sull'importo maturato pari al 75%, in presenza delle condizioni stabilite nell'art. 11, comma 7, lett. a), b), o per un importo non superiore al 30% «per ulteriori esigenze dell'aderente» (lett. c), la quale rimane tuttavia reintegrabile in un momento successivo, anche mediante contribuzioni annuali eccedenti il limite di 5.164,57 euro. In merito alla facoltà riconosciuta dalla lettera c) – definita da alcuni come un'ipotesi di riscatto “innominata” o “acausale”, occorre, tuttavia, sottolineare che essa ha destato non poche perplessità in ordine alla funzione ricoperta dalla previdenza complementare rispetto alla previdenza obbligatoria, dal

momento che contraddice «le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale»<sup>636</sup>, che invece vorrebbe la prima totalmente *funzionalizzata* alla seconda.

Parimenti pare opinabile la scelta di riconoscere la facoltà di anticipare il trattamento pensionistico complementare fino a cinque anni prima rispetto ai requisiti fissati dal sistema obbligatorio nell'ipotesi di inoccupazione superiore a 48 mesi (*ex art. 11, comma 4*), non tanto sotto il profilo della coerenza del sistema appena evocato, quanto piuttosto sul ruolo riconosciuto alla previdenza complementare, alla quale, in tal modo, viene altresì addossato una funzione di tutela contro la disoccupazione involontaria, «che potrebbe minare la tutela pensionistica, in quanto estranea a quest'ultima»<sup>637</sup>.

#### *10. Una fotografia dello stato della previdenza complementare in Italia*

Tradizionalmente la previdenza contrattuale - ed in particolare la previdenza complementare, l'assistenza integrativa (secondo pilastro) ed i fondi pensionistici individuali (terzo pilastro), - si presenta come un fenomeno marginale in Italia<sup>638</sup>, non solo perché la tutela dal rischio della vecchiaia è sempre stata garantita da un sistema di previdenza sociale primariamente costruito sulla previdenza obbligatoria (primo pilastro), ma anche perché l'adesione a tale tipo di previdenza è sempre stata facoltativa. Tuttavia, essa ha conosciuto una crescita significativa negli ultimi anni in ragione dei problemi di sostenibilità fiscale del sistema previdenziale e sanitario e, di conseguenza, del razionamento delle risorse pubbliche impiegate per erogare le relative prestazioni.

Infatti, pare potersi affermare che la diffusione dei fondi previdenziali e dei fondi sanitari progredisce, seppur non velocemente, sotto la spinta del ricambio generazionale: in proposito la Covip calcola che gli iscritti ai fondi pensione aumentino ad un ritmo medio annuo del 7,5%. Tuttavia, per accelerare le adesioni e per aumentare il valore dei contributi un ruolo maggiormente proattivo dovrebbe essere giocato, *in primis*, dalle imprese e in modo particolare delle piccole e medie imprese, tenuto conto che solamente il 20% dei lavoratori italiani è impiegato nelle grandi imprese, mentre l'80% di essi presta la propria attività in favore delle 6,3 milioni di microimprese e PMI attive in Italia.

---

<sup>636</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in PESSI R. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Giappichelli, Torino, 2011, tomo I, p. 46.

<sup>637</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Ibidem*.

<sup>638</sup> Secondo i dati OECD, *Pensions at a Glance 2015*, p. 187, solamente il 15,7% degli italiani risultava iscritto ad un fondo pensione nel 2013.



Allo stato i fondi pensione hanno raggiunto un terzo dei lavoratori<sup>639</sup>; tuttavia, la quota media di contribuzione, inferiore a 1.800 euro l'anno, è ancora insufficiente ad assicurare un'adeguata integrazione dei redditi pensionistici<sup>640</sup>.

Per dare un'idea più precisa della situazione i cui versano attualmente dei fondi pensione, si consideri che, secondo i dati diffusi dalla Covip<sup>641</sup>, al 2017 si contano 452 fondi pensione, di cui 36 Fondi pensione negoziali, 43 Fondi aperti, 294 Fondi preesistenti (istituiti anteriormente il 1993) e 78 Piani individuali pensionistici (PIP), cui si aggiunge il fondo costituito presso l'Inps, denominato FONDINPS. Il numero di iscritti nei Fondi pensione negoziali è pari a 2.596.847, di cui 2.401.109 sono dipendenti del settore privato ed il contributo medio pro capite ammonta a euro 1.733 annuali. Gli iscritti nei Fondi pensione aperti sono, invece, 1.258.980 (di cui 655.824 impiegati nel settore privato) ed il contributo annuale medio è pari a 1.310 euro. Quanto ai Fondi preesistenti si calcola un numero di partecipanti pari a 644.000 (di cui 619.000 dipendenti privati), i quali versano mediamente un contributo di euro 5.745 annui. Infine, il numero di iscritti ai PIP è di 3.298.328 (1.900.017 lavoratori nel settore privato) ed il contributo ammonta a 1.222 euro all'anno.

Va, peraltro, rilevato che la crescita degli iscritti ai Fondi pensione negoziali registratasi tra il 2015 e il 2016, pari al 24,4% in più rispetto all'anno precedente, è stata prodotta quasi esclusivamente dalla previsione dell'iscrizione automatica di tipo contrattuale di tutti i lavoratori dipendenti del settore edile, mediante il versamento di un contributo a carico del solo datore di lavoro – che, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere esportata anche in altri settori produttivi<sup>642</sup>.

Sempre secondo le analisi della Covip, peraltro, il numero complessivo dei partecipanti alla previdenza complementare nel 2016 è aumentato di 12 punti percentuali rispetto all'anno precedente, raggiungendo la cifra di 7,8 milioni di iscritti (di cui 5,8 lavoratori subordinati e 2 milioni lavoratori autonomi). Parimenti, le risorse accumulate dalle forme pensionistiche complementari a fine 2016 ammontavano a euro 151,3 miliardi, rappresentando il 9% del PIL italiano e il 3,6% delle attività finanziarie delle famiglie italiane.

---

<sup>639</sup> Risulta, infatti, che il tasso di adesione (che rappresenta il rapporto espresso in termini percentuali tra il numero di iscritti e il numero complessivo dei lavoratori in Italia) a fine 2016 abbia raggiunto il 34,2%, mentre nel 2012 era di 26,2%, nel 2013 di 28,1%, nel 2014 di 28,9% e nel 2015 di 32,1%

<sup>640</sup> *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017, p. 12.

<sup>641</sup> I dati sono pubblicati nella *Relazione Covip per l'anno 2016*, Roma, 8 giugno 2017.

<sup>642</sup> Si è, infatti, mosso in tale direzione il CCNL per l'industria metalmeccanica sottoscritto da CGIL-CISL-UIL e FEDERMECCANICA il 26 novembre 2016, su cui si veda la nota n. 888, paragrafo 11, cap. III.

Per quanto, dunque, il *trend* possa dirsi positivo - almeno i termini prospettici - i risultati ottenuti fino ad oggi non possono comunque dirsi entusiasmanti, ma piuttosto al di sotto delle aspettative.

Alla base di tale scarso successo sarebbero, in vero, da annoverarsi una pluralità di cause, tra cui, in primo luogo, la facoltatività dell'adesione (*ex art. 8, l. 5 dicembre 2015, n. 252 cit.*), della quale, secondo un parte della dottrina<sup>643</sup>, sarebbe auspicabile il superamento, in vista dell'assicurazione - specialmente per le generazioni future - della garanzia di un minimo vitale per tutti i pensionati (lavoratori e/o cittadini). A tale scopo, pare certamente suggestiva la proposta avanzata di recente da alcuni Autori, secondo cui, al fine, da un lato, di agevolare l'inserimento nel mercato del lavoro dei più giovani e, dall'altro, di assicurargli un'adeguata protezione sociale al momento dell'uscita dal mercato del lavoro, parallelamente alla riduzione del cuneo fiscale, «dovrebbe essere consentito l'*opting out* volontario a favore della previdenza complementare ovvero l'allocazione volontaria di una quota limitata della contribuzione destinata alla previdenza pubblica verso la previdenza complementare (avendo l'Italia, quanto all'aliquota obbligatoria, il valore più alto tra i maggiori Paesi europei)»<sup>644</sup>.

Tra i maggiori ostacoli alla diffusione e allo sviluppo della previdenza complementare vi sarebbero, in secondo luogo, sia l'"intermittenza" dei flussi contributivi in particolare da parte dei lavoratori autonomi, sia il basso tasso di adesione<sup>645</sup> che si registra, soprattutto, tra le donne e i giovani<sup>646</sup> e, in special modo, nel Sud Italia, in ragione della persistente disparità che affligge il mercato del lavoro italiano.

Da questo punto di vista, secondo alcuni, andrebbe imposta «una rimodulazione delle funzioni assolute dalla spesa previdenziale...a mezzo di un approdo ad un welfare universalistico»<sup>647</sup>, il quale, tuttavia, porrebbe «seri interrogativi sulle modalità di iniziamento», che potrebbero essere ovviati attraverso la previsione di: a) «un prelievo perequativo con uno scaglionamento più diluito ed aliquote

---

<sup>643</sup> Da ultimo, PESSI R., *Tornando sul welfare*, W.P. CSDLE n. 311/2016, p. 9, tenuto conto che «un mercato sempre più precarizzato non potrà garantire tassi di sostituzione soddisfacenti anche in presenza dello schema contributivo» e che «il capitale virtualmente accantonato retrocederà, nella maggior parte dei casi rendite non idonee a garantire l'adeguatezza alle esigenze di vita, proiettandosi piuttosto verso la tutela del mantenimento».

<sup>644</sup> AA.VV., *Libro bianco per un welfare della persona al tempo della Quarta rivoluzione industriale*; Adapt, 2017, p. 41.

<sup>645</sup> BANDERA L.-MAINO F.-MALLONE G., *Le assicurazioni: nessi e sinergie possibili*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 88.

<sup>646</sup> Secondo DEL COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 229, trova pertanto conferma una delle dinamiche più generali rese note da Covip e riferite alla partecipazione delle forze lavoro alla previdenza complementare, che appare particolarmente limitata nelle classi d'età più giovani, laddove si registra un tasso di adesione pari al 16% tra i lavoratori di età inferiore ai 35 anni, al 24% tra quelli di età compresa tra i 35 e i 44 anni e al 31% per i lavoratori di età compresa tra i 45 e i 64 anni.

<sup>647</sup> PESSI R., *Tornando sul welfare...*, p. 11.

più graduali» per le pensioni retributive intrinsecamente generose per carriere dinamiche, anche in ragione dell'«improvvisa soppressione di quei massimali», fisiologici nel modello della Legge n. 153 del 1969; b) «un'aliquota di riduzione perequativa commisurata agli anni di anticipata fruizione del trattamento» per le pensioni di anzianità e per le «cd. baby pensioni del pubblico impiego»; c) «un'aliquota di riduzione perequativa» per le pensioni che «hanno fruito di regimi convenzionali», come quello per il lavoro italiano all'estero, «proporzionale al numero di anni di utilizzazione» di questi regimi<sup>648</sup>.

Per fornire una soluzione al problema da ultimo menzionato, merita, inoltre, uno specifico cenno il disegno di legge delega presentato congiuntamente alla Camera e al Senato nel corso della XVI legislatura dall'On. CAZZOLA e dal Sen. TREU<sup>649</sup>, il quale prevedeva la costruzione di un sistema basato su due pilastri obbligatori, in cui ad una pensione di base, posta a carico della fiscalità generale e concepita allo scopo di garantire a tutti i cittadini «prestazioni minime adeguate alle loro esigenze di vita», si affiancava una prestazione calcolata in base al metodo di calcolo contributivo sui contributi versati durante la carriera lavorativa. In vero, a tale proposta va certamente riconosciuto il pregio di voler introdurre una *pensione di base* generalizzata (quindi, a beneficio anche dei lavoratori con una ridotta capacità reddituale), ma anche il limite di necessitare di risorse ingenti, che ne hanno di fatto impedito la realizzazione, dal momento che nemmeno la stessa legge delega forniva le opportune indicazioni in merito, rinviando tale incombenza all'emanazione di successivi decreti delegati.

Tornando, invece, alle criticità che ancora depotenziano il decollo delle forme di previdenza complementare, sono altresì da considerare l'andamento negativo del mercato azionario, che, in Italia, è coinciso con l'avvio della previdenza complementare<sup>650</sup>, ma anche il livello di copertura pensionistica (ancora) assicurato dal sistema pubblico, «ritenuto ancora sufficientemente elevato dai lavoratori più anziani per i quali le riforme degli anni '90 hanno inciso più marginalmente e con molta gradualità»<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> SANDULLI P., *Le "pensioni d'oro" di fronte alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, alla Corte costituzionale italiana e al legislatore*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2013, 4, spec. p. 691.

<sup>649</sup> Si tratta dei d.d.l. nn. 3035 e 1958 presentati rispettivamente alla Camera l'11 dicembre 2009 e al Senato il 13 gennaio 2010 dal titolo «Delega al Governo per l'introduzione della pensione di base e l'unificazione graduale dell'aliquota contributiva a favore dei lavoratori alla prima occupazione, nonché per l'introduzione del pensionamento flessibile e la revisione dei trattamenti previdenziali vigenti».

<sup>650</sup> LAGALA C., *La previdenza complementare e il suo difficile decollo*, in GAROFANO-RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2016, p. 715, secondo cui tale fenomeno avrebbe fatto registrare perdite nei Fondi pensione, che si aggirano complessivamente intorno al 2-3%.

<sup>651</sup> LAGALA C., *op. ult. cit.*, p. 716.

Ai problemi generali di copertura sopra ricordati, si affianca inoltre quello dell'accessibilità da parte dei lavoratori non standard alle forme pensionistiche complementari, che, oggi, ancor più di un tempo<sup>652</sup>, appaiono fuori dalla portata reddituale di tale categoria di lavoratori<sup>653</sup>.

\*\*\*

Alla luce di quanto appena affermato rendere obbligatoria la destinazione del TFR ai fondi pensione potrebbe, dunque, apparire una valida soluzione, se non fosse che tale opzione non consentirebbe comunque di risolvere il problema comunemente riscontrato dai lavoratori più vulnerabili e bisognosi di tale copertura, che lamentano spesso una carenza effettiva delle necessarie risorse finanziarie.

Ne consegue che la frammentazione del TRF nei rapporti di lavoro dipendente di breve durata, in un caso, e, la totale assenza di TFR, nel caso dei lavoratori "atipici" autonomi, sembra rappresentare un impedimento di non trascurabile entità per la risoluzione di tale problematica. Nondimeno, a tale ultimo proposito, si è consolidata in dottrina l'opinione secondo cui una più efficace forma di tutela dei lavoratori "atipici" potrebbe provenire dai fondi bilaterali<sup>654</sup>, di cui si darà conto nei paragrafi che seguono.

Ad ogni modo, il ritardo maggiore in ordine allo sviluppo della previdenza complementare si è registrato nel settore pubblico, rispetto al quale, a tutto il 2004 non era ancora stato attivato alcun fondo pensione (fatta eccezione per il Fondo Espero dei dipendenti statali del comparto scuola) a causa del ritardo con cui si è realizzato il passaggio dal trattamento di fine servizio al TFR<sup>655</sup>. Peraltro, non sembra potersi trovare alcuna giustificazione rispetto alla macchinosità che contraddistingue la disciplina dei flussi finanziari dei dipendenti pubblici iscritti a forme di previdenza complementare, la cui posizione previdenziale risulta scomponibile in due segmenti: il primo detenuto dal fondo in cui confluiscono i contributi del datore di lavoro e del lavoratore - al pari di quanto avviene per i lavoratori del settore privato; ed il secondo, contabilizzato presso l'ex INPDAP (oggi INPS), conferito al fondo pensione solo al momento della cessazione del rapporto di impiego.

---

<sup>652</sup> Già nel 1990 la Corte Costituzionale assimilava la previdenza complementare ad una specie di "eden" riservato ai "ricchi".

<sup>653</sup> Per i quali, secondo SANDULLI P., *La protezione sociale del lavoro non standard*, in *Lav.e Dir.*, 2003, 3, p. 435, dovrebbero piuttosto essere predisposti altri rimedi «per far fronte all'inadeguatezza delle prestazioni finali».

<sup>654</sup> RENGA S., *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, vol. 2, p. 1458. Nello stesso senso SANDULLI P., *op. ult. cit.*, pp. 436-437.

<sup>655</sup> Di cui possono godere i dipendenti assunti dal 31 dicembre 2000, mentre per quelli a tempo indeterminato assunti trova ancora applicazione il previgente istituto, fatta salva la possibilità, per chi ne faccia richiesta, di optare per il TFR.

A riguardo, come osservato da un'attenta dottrina, «non sfugge di certo come siffatto meccanismo, pur giustificato da comprensibili esigenze di riduzione dei costi del lavoro per le pubbliche amministrazioni, di fatto, sottraendo ai fondi pensione risorse rilevanti, sia suscettibile di riflettersi negativamente sui relativi assetti finanziari e, in definitiva, sulle potenzialità di decollo e sullo stesso ruolo dei fondi pensione destinati allo specifico settore»<sup>656</sup>.

### *11. Uno sguardo all'azione del legislatore odierno in materia di previdenza complementare*

Da ultimo, tra le iniziative legislative promosse in tempi più recenti in ambito di previdenza complementare allo scopo di facilitare l'uscita anticipata dal mercato del lavoro di coloro che abbiano accumulato sufficienti risorse nei fondi pensione cui sono iscritti, vale appena la pena menzionare la cd. Rendita integrativa temporanea anticipata (RITA), introdotta in via sperimentale dall'art. 1, commi 188-192, L. 11 dicembre 2016, n. 232, per il periodo dal 1° maggio 2017 al 31 dicembre 2018. Secondo quanto ivi stabilito, possono accedere a tale trattamento coloro che vantino i requisiti di età, contributivi e di imminente maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia fissati dal comma 167 per l'APE (su cui si veda *supra*, par. 2.), ai quali è concessa la facoltà di prelevare, in tutto o in parte, il montante maturato presso la propria forma pensionistica complementare in forma di rendita temporanea per il periodo intercorrente tra l'accettazione di tale richiesta e la maturazione della pensione.

Tuttavia, secondo un Autore<sup>657</sup>, tale iniziativa seppur lodevole nell'intento, finisce per accentuare i problemi sopra illustrati circa il ruolo assunto dalla previdenza complementare all'interno del sistema di sicurezza sociale genericamente inteso, la cui funzionalizzazione rispetto al primo pilastro verrebbe evidentemente compromessa dalla facoltà liberamente esercitabile da parte del singolo di erodere le riserve originariamente accumulate allo scopo di integrare il futuro reddito pensionistico.

---

<sup>656</sup> GIUBBONI S., *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009, p. 155, alla cui lettura si rimanda per ulteriori approfondimenti sul tema.

<sup>657</sup> In questo senso CINELLI M., *Il "dopo referendum". La legge di stabilità per il 2017 e gli interventi sulle pensioni. Il decreto correttivo del Jobs Act*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2017, III, p. 37.

## 12. I Piani pensionistici individuali (terzo pilastro)

I Piani individuali pensionistici di tipo assicurativo (PIP), disciplinati dal D.lgs. 21 aprile 1993, n. 47 (spec. artt. 9-bis e 9-ter), n. 124 e 5 dicembre 2005, n. 252 (spec. art. 13)<sup>658</sup>, sono forme pensionistiche complementari esclusivamente individuali, rivolte a tutti coloro che, indipendentemente dalla propria situazione lavorativa, intendano costruirsi una rendita integrativa alla pensione pubblica. Esse sono attuate mediante adesione ai fondi pensione aperti (art. 13, comma 1, *lett. a*) o, in alternativa, tramite contratti di assicurazione sulla vita stipulati con imprese di assicurazioni private autorizzate dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (art. 13, comma 1, *lett. b*), laddove l'evento incerto assicurato è l'effettiva sopravvivenza dell'assicurato alla scadenza del periodo di maturazione del diritto a pensione<sup>659</sup>. Il lavoratore iscritto ad un PIP può, peraltro, scegliere liberamente l'importo e la periodicità della contribuzione al momento dell'adesione (entrambi modificabili in qualsiasi momento) e può destinare anche (solamente) il proprio TFR maturando, nonché le eventuali contribuzioni del datore di lavoro spettantigli.

Premesso che i fondi aperti possono anche essere «su base individuale», nella prima delle due ipotesi appena indicate (*lett. a*), l'adesione alla relativa forma pensionistica individuale non è condizionata dal possesso del requisito soggettivo di appartenenza a una determinata «collettività» di lavoratori subordinati o autonomi, né alla sussistenza di specifiche previsioni nelle fonti istitutive in tal senso<sup>660</sup>. È inoltre venuta meno la differenziazione nel trattamento tributario della contribuzione, che nel previgente regime rendeva le forme pensionistiche individuali meno vantaggiose di quelle collettive<sup>661</sup>.

Ai sensi della disciplina vigente, dunque, il soggetto istitutore dapprima stabilisce il regolamento del fondo, previa autorizzazione della COVIP e successivamente formula una proposta di adesione a tutti i potenziali partecipanti<sup>662</sup>.

Vale, infine, la pena ricordare che, l'unico programma pensionistico ammissibile per i fondi individuali è quello a contribuzione definita, salvo per lavoratori autonomi e professionisti per i quali

---

<sup>658</sup> Trovano, infatti, applicazione nei confronti dei piani individuali pensionistici le medesime regole dettate dal medesimo decreto per i fondi di previdenza complementare quanto a finanziamento, prestazioni e trattamento tributario, cui si rimanda. Sicchè - pare superfluo chiarirlo - anche gli aderenti ai PIP sono ammessi al godimento delle somme ivi maturate nel momento in cui soddisfino i requisiti di pensionamento dettati dal regime obbligatorio, con la doverosa specificazione che per i soggetti non titolari di reddito di lavoro o d'impresa si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base (come chiarito dall'art. 13, comma 5, d.lgs. 252/2015).

<sup>659</sup> Così TURSÌ A., *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in LLCC, 2007, 3-4, p. 778.

<sup>660</sup> TURSÌ A., *Ibidem*.

<sup>661</sup> Si veda in merito art. 10, comma 1, lett. e-bis), d.lgs. n. 124/93.

<sup>662</sup> TURSÌ A., *Ibidem*.

può essere a prestazione definita - non diversamente da quanto stabilito per i lavoratori subordinati iscritti a forme pensionistiche complementari “collettive”.

Nella ipotesi indicata dalla *lett. b)*, invece - originariamente introdotta nell'ordinamento dal D.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47 con l'aggiunta dell'art. 9 *ter* al D.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 - i PIP sono costituiti in forma di patrimoni separati e autonomi rispetto a quello dell'impresa di assicurazione che li istituisce e sono destinati esclusivamente al pagamento delle prestazioni agli iscritti. Inoltre, tali fondi sono corredati da un regolamento che ne definisce le modalità di partecipazione, il trasferimento delle posizioni individuali verso altre forme pensionistiche, nonché le modalità di comunicazione agli iscritti e alla Covip, delle attività svolte dalla forma pensionistica e dalla posizione individuale.

### 13. I fondi sanitari integrativi

Come già accennato in apertura del presente capitolo, il Servizio Sanitario Nazionale (in seguito anche SSN), è stato istituito con L. 23 dicembre 1978, n. 833 allo scopo di realizzare una tutela universalistica della salute, globalmente intesa (comprensiva, dunque, non solo della cura, ma anche della prevenzione e della riabilitazione), in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 32 Cost, ma anche dagli articoli 3, comma 2 e 38, Cost.

Esso è costituito dal complesso delle aziende sanitarie locali (ASL), dei presidi ospedalieri e dei servizi multizonali di prevenzione cui sono affidati i compiti di promozione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione, senza distinzioni di condizioni individuali o sociali e nel rispetto del principio di eguaglianza. Sicché, a partire dal 1° gennaio 1980, la tutela della salute è resa obbligatoria nei confronti di tutti i cittadini italiani; ma possono fruire dell'assistenza sanitaria erogata dal SSN anche i cittadini stranieri residenti in Italia, anche se disoccupati, purché siano iscritti alle liste di collocamento (*ex d.m. 27 settembre 1990*).

Il finanziamento della tutela della salute, originariamente affidato al Fondo Sanitario Nazionale, è oggi gestito dalle Regioni, a seguito dell'attuazione del disegno federalista *ex D.lgs 18 febbraio 2000, n. 56*, il quale ne ha profondamente mutato la disciplina, attribuendo alle medesime una capacità impositiva, che consente loro di affrontare gli oneri finanziari conseguenti all'erogazione di prestazioni sanitarie, anche mediante l'aumento della pressione fiscale di loro competenza (spec. art. 83). A partire dal 1992, in vero, alle Regioni sono stati attribuiti, *inter alia*, i compiti di definire tramite i Piani Sanitari Regionali<sup>663</sup> i modelli organizzativi dei servizi in funzione delle peculiari esigenze del territorio e delle risorse disponibili (*ex art. 1, D.lgs 30 dicembre 1992, n. 502*); ma anche le linee di organizzazione dei servizi e delle attività destinate alla tutela della salute; i criteri di finanziamento e di indirizzo tecnico delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere<sup>664</sup>; nonché, dal 1998, la possibilità di finanziare livelli aggiuntivi di assistenza rispetto a quelli minimi erogati dal SSN mediante l'investimento di risorse proprie (*ex L. 30 novembre 1998, n. 419*). Dal 1999, è stata

---

<sup>663</sup> Spetta, invece, allo Stato individuare ogni tre anni, tramite il Piano Sanitario Nazionale, gli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione, nonché le linee generali di indirizzo del SSN e, non meno importanti, i livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità nazionale.

<sup>664</sup> PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2014, p. 317. Allo stesso tempo, è stata riconosciuta alle ASL e agli enti ospedalieri la piena autonomia (*ex art. 3, comma 1, d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502*).



peraltro conferita alle Regioni conferita la generalità delle funzioni sanitarie (*ex* D.lgs 19 giugno 1999, n. 229)<sup>665</sup>.

La ristrutturazione organizzativa del SSN è stata realizzata, in vero, dal D.lgs 30 dicembre 1992, n. 502, che risulta il primo intervento normativo volto a regolamentare i fondi sanitari integrativi (in attuazione della delega contenuta nella L. 23 ottobre 1992, n. 421), concepiti allo scopo di garantire una più ampia copertura assistenziale, quali secondo pilastro del Servizio Sanitario Nazionale in ragione del loro carattere di complementarietà rispetto all'assistenza sanitaria pubblica<sup>666</sup>. Nella versione originaria dell'articolo 9 di tale decreto, infatti, veniva riconosciuta la possibilità di attuare «forme differenziate di assistenza» per particolari tipologie di prestazioni, nel rispetto dei livelli uniformi di assistenza di cui all'art. 1 del medesimo decreto; mentre va attribuita al successivo D.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, che ha modificato il citato articolo 9, l'introduzione della locuzione «forme integrative di assistenza sanitaria».

Con l'art. 9 del D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 sono stati istituiti i ccdd. fondi doc, integrativi del SSN, finalizzati a potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni non comprese nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza (LEA)<sup>667</sup> nelle prestazioni aggiuntive erogate da professionisti e da strutture accreditate; nella copertura dei ticket; nella medicina non convenzionale; nelle cure termali e assistenza odontoiatrica non compresa nei LEA<sup>668</sup>. Tale articolo sancisce altresì il divieto assoluto di selezione degli iscritti, chiarendo che tutti i soggetti – pubblici e privati – che istituiscono fondi sanitari integrativi sono tenuti ad adottare politiche di non selezione dei rischi (comma 3) e che gli atti con cui questi ultimi vengono costituiti devono contenere l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di discriminazione nei confronti dei particolari categorie di soggetti (comma 3, *lett. f*). La *ratio* di tale previsione è da rinvenirsi nella volontà di garantire a qualunque soggetto, indipendentemente dall'età, professione e stato di salute, la facoltà di iscriversi ad un fondo sanitario integrativo.

---

<sup>665</sup> Tale opera di decentramento trova espressione nella definizione di Servizio Sanitario Nazionale fornita dall'articolo 1, l. 229/1999, secondo cui esso è quel «complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale».

<sup>666</sup> PAVOLINI E.-CECCONI C.-FIORETTI I-NERI S., *I fondi sanitari e le trasformazioni del welfare italiano, Innovare il welfare. Percorsi di trasformazioni in Italia e in Europa*, 2011 (disponibile su <http://www.espanet-italia.net>, ultimo accesso 22/09/2017). Conformemente, SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale...*, p. 77.

<sup>667</sup> Intese quali quell'insieme di prestazioni e servizi che il SSN è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (*ticket*), con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale. Sul punto si veda PIRAS E., *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6, pp. 1870B ss.

<sup>668</sup> Sicché, come stato opportunamente osservato da LUCANTONI S., *Fondi sanitari integrativi*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 295, il campo di applicazione dei fondi sanitari integrativi è «fortemente condizionato dall'individuazione del LEA».

Nondimeno, occorre precisare che, sulla base delle modalità di adesione ai fondi sanitari integrativi, è possibile operare una distinzione tra i cd. fondi *chiusi* e i ccdd. fondi *aperti*: laddove i primi sono rivolti a determinati soggetti in ragione per lo più dell'appartenenza a specifiche categorie professionali, mentre i secondi sono tendenzialmente aperti a qualunque individuo. I fondi chiusi sono rappresentati prevalentemente dalle casse aziendali e dai fondi di categoria; diversamente, i fondi aperti sono stati costituiti in misura preponderante dalle società di mutuo soccorso e presentano il vantaggio di raggiungere una più ampia e variegata platea di destinatari<sup>669</sup>. Come è stato rilevato in dottrina, peraltro, a questa ultima tipologia di fondi va riconosciuto il merito di rendere possibile l'accesso all'assistenza sanitaria integrativa anche ai cittadini sprovvisti da copertura contrattuale, quali lavoratori autonomi, pensionati, studenti, casalinghe, disoccupati, che altrimenti difficilmente potrebbero beneficiare di tale tutela<sup>670</sup>.

---

<sup>669</sup> Dello stesso avviso PIRAS E., *op. ult. cit.*, p. 1870B.

<sup>670</sup> Per un approfondimento sulle società di mutuo soccorso si consiglia la lettura di PAYRA B., *La mutualità di territorio: le società di mutuo soccorso nella sanità integrativa*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 135, secondo la quale le mutue che offrono servizi di assistenza ospedaliera e domiciliare, in forma diretta o attraverso una rete di cooperative e associazioni partner svolgono un importante ruolo «giocando nell'elaborazione di strategie di lavoro sui territori e nel supporto all'incontro tra domanda e offerta nel settore dell'assistenza familiare». Nondimeno, «la fornitura di questo tipo di prestazioni, oltre a soddisfare i bisogni delle persone non autosufficienti iscritte alle mutue, crea opportunità lavorative per una fascia di popolazione vulnerabile e collocata ai margini del mercato del lavoro, contribuendo alla lotta contro il lavoro irregolare». Tuttavia, a oggi, rappresenta ancora un limite al successo delle società di mutuo soccorso il loro *limitato bacino di utenza*, che fatica a superare il milione persone tra soci e familiari iscritti. Tra le ragioni di tale ritardo, secondo l'Autrice, sarebbe annoverabile «[l]a carenza di personale dedicato e...una scarsa pubblicizzazione dei prodotti, la cui diffusione è basata essenzialmente sul passaparola». *Contra* si veda ANIA, *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, Position paper, maggio 2015, pp. 6 ss., la quale evidenzia come queste società, camuffate da soggetti mutualistici, aggrediscano il mercato in modo tipicamente for profit, affidandosi ad ampie reti di procuratori d'affari, ponendosi in regime di concorrenza sleale con le imprese assicurative. Peraltro, tali società, secondo Ania, garantiscono un minor livello di tutela dei lavoratori dal momento che i piani sanitari integrativi gestiti da queste ultime non dispongono dei medesimi presidi previsti in materia di patrimonializzazione, solvibilità e controllo dettate dal Codice delle assicurazioni private. A tale proposito, si suggerisce la lettura della proposta di TU avanzata da ANIA, *Ibidem*, pp. 18-19, che fornisce qualche spunto di riflessione interessante.

In merito alla tematica fin qui esposta, chi scrive si interroga sulla opportunità di rivedere l'organizzazione delle strutture operanti nel settore della sanità integrativa in un'ottica di coordinamento e contenimento della proliferazione delle stesse, che, sembra produrre più svantaggi che occasioni di crescita ed ampliamento della platea di beneficiari.

<sup>671</sup> Come testimoniato da PAYRA B., *La mutualità di territorio...*, p.132, un esempio di sinergica collaborazione tra soggetti pubblici ed enti mutualistici e cooperativistici è rappresentato dalla Mutua Ligure, nata nel marzo del 2013 per iniziativa della Fimiv, Legacoop Liguria e Mutua Cesare Pozzo, con il riconoscimento e la partecipazione della Regione Liguria con l'obiettivo di offrire a tutti i cittadini (anche quelli non coperti da fondi sanitari di natura contrattuale) prestazioni sanitarie integrative e di fornire assistenza socio-sanitaria ospedaliera e domiciliare anche alle persone anziane e non autosufficienti. L'iniziativa è figlia del «Progetto Salute di Legacoop» mirante alla creazione di una rete di servizi socio-assistenziali e sanitari realizzati grazie alla collaborazione pubblico-privato non profit. Gestore tecnico del progetto è la Mutua Cesare Pozzo, che nella Regione Liguria ha sviluppato una consolidata esperienza nella gestione di fondi sanitari integrativi, quali il Fondo negoziale di Fincantieri. Il caso ligure è il secondo esempio in Italia di offerta mutualistica a livello regionale, dopo quello della Provincia Autonoma di Trento, che già nel 2012 aveva siglato un Protocollo d'Intesa con Cgil, Cisl, Uil, Confcommercio e Confindustria per la creazione di un fondo sanitario rivolto ai lavoratori, dipendenti o autonomi, sprovvisti di assistenza sanitaria integrativa fornita da fondi contrattuali. Obiettivo del fondo è di concentrarsi sui settori scoperti dai Lea, come l'odontoiatria, il rimborso del ticket e sui sussidi per la non-autosufficienza. L'idea di costituire un fondo territoriale è scaturita dall'esempio fornito dalla Cooperazione trentina, che già nel 2011 aveva creato un fondo sanitario dedicato alle prestazioni sanitarie per 18 000 lavoratori delle cooperative

Accanto ai fondi cd. doc, posso essere istituiti anche fondi sanitari di tipo non doc, definiti dall'art. 51, comma 2, lett. a), del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR) come «enti, casse e società di mutuo soccorso aventi esclusivamente fini assistenziali», i quali non solo integrano prestazioni del SSN, ma operano altresì in sostituzione di quelle che ricadono nei LEA.

In vero, la distinzione tra fondi doc e non doc è venuta meno con l'articolo 1, comma 198, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) ed il successivo D.M. Salute 30/3/2008 (cd. Decreto Turco) che, attraverso un meccanismo di armonizzazione delle agevolazioni fiscali, ha riconosciuto ad entrambe le tipologie di fondi sanitari la deducibilità dei contributi versati fino ad un tetto massimo di euro 3.615,20<sup>672</sup>. A tale scopo, tuttavia, i fondi non doc devono dimostrare di destinare annualmente il 20% dell'ammontare complessivo delle risorse all'erogazione delle prestazioni non incluse nei LEA.

Successivamente, col d.m. Welfare 27/10/2009 (cd. Decreto Sacconi) è stata istituita l'Anagrafe dei fondi presso il Ministero della salute e si è stabilito che le prestazioni sanitarie e sociosanitarie di riferimento per il 20% anzidetto siano destinate a: a) assistenza sanitaria odontoiatrica, incluse le protesi; b) prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, da garantire alle persone non autosufficienti al fine di favorire l'autonomia e la permanenza a domicilio; c) prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, da garantire alle persone non autosufficienti in ambito domiciliare, semiresidenziale e residenziale; d) prestazioni destinate al recupero di soggetti temporaneamente inabili per infortunio o malattia, dagli ausili ai dispositivi medici, fino alle cure termali e alla riabilitazione.

#### *14. Disciplina dei fondi sanitari integrativi*

Ai sensi dell'articolo 9, comma 3, D.lgs 30 dicembre 1992, n. 502, i fondi sanitari, operanti in regime di ripartizione<sup>673</sup>, possono essere istituiti da: a) contratti e accordi collettivi, anche aziendali;

---

trentine. Da quest'esperienza locale si è poi sviluppata l'iniziativa nazionale di Confcooperative che ha dato i natali alla Sms Cooperazione Salute.

<sup>672</sup> Ai sensi dell'art. 10. Comma 1, lett. e-ter), TUIR, «I contributi versati, fino ad un massimo di euro 3.615,20, ai fondi integrativi del Servizio sanitario nazionale istituiti o adeguati ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, che erogano prestazioni negli ambiti di intervento stabiliti con decreto del Ministro della salute da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Ai fini del calcolo del predetto limite si tiene conto anche dei contributi di assistenza sanitaria versati ai sensi dell'art. 51, c. 2, l. a). Per i contributi versati nell'interesse delle persone indicate nell'art. 12, che si trovino nelle condizioni ivi previste, la deduzione spetta per l'ammontare non dedotto dalle persone stesse, fermo restando l'importo complessivamente stabilito».

<sup>673</sup> In ossequio al principio di solidarietà generale sancito all'art. 2 Cost., cui possono essere assoggettati anche i fondi sanitari integrativi.

b) accordi tra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi dai loro sindacati o da associazioni di rilievo almeno provinciale; c) regolamenti di regioni, enti territoriali ed enti locali; d) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da organizzazioni non lucrative di cui all'articolo 1, comma 16 operanti nei settori dell'assistenza socio-sanitaria o dell'assistenza sanitaria; e) deliberazioni assunte, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, da società di mutuo soccorso riconosciute; f) atti assunti da altri soggetti pubblici e privati, a condizione che contengano l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi o di discriminazione nei confronti di particolari gruppi di soggetti.

Ad ogni modo, ad oggi, la fonte contrattuale (specialmente collettiva) risulta prevalere<sup>674</sup>; sicché, pur rimanendo l'adesione ai fondi libera e volontaria – al pari di quanto accade per i fondi di previdenza complementare –, il lavoratore può scegliere se parteciparvi entro un termine individuale individuato dalla fonte contrattuale collettiva<sup>675</sup>. Si tenga, tuttavia, presente che, a differenza della disciplina dei contributi dettata per i fondi di previdenza complementare, in capo al datore di lavoro non è configurabile un obbligo contributivo ad un fondo sanitario integrativo, anche in presenza di una specifica previsione collettivo e negoziale<sup>676</sup>.

In vero, a differenza dei fondi di previdenza complementare, la disciplina non fornisce indicazioni specifiche in ordine alle forme di regolamentazione aventi ad oggetto la tutela degli iscritti. Fatta eccezione per l'articolo 9, comma 8, D.lgs 502/1992, che, nel rinviare all'emanazione di un successivo regolamento, individua l'oggetto delle disposizioni regolamentari nelle modalità di costituzione e di scioglimento del fondo; nella composizione degli organi di amministrazione e di controllo; nelle forme e nelle modalità di contribuzione; nei soggetti destinatari dell'assistenza; nel trattamento e nelle garanzie riservate al singolo aderente e al nucleo familiare di quest'ultimo; e nelle cause di decadenza dalla qualificazione di fondo integrativo del SSN.

Quanto, infine, alla natura giuridica dei fondi sanitari, in assenza di una precisa indicazione in merito da parte della legge, nella prassi si è affermata l'idea che possa opportunamente assumersi

---

<sup>674</sup> SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, p. 78.

<sup>675</sup> SQUEGLIA M., *Ivi*, p. 83.

<sup>676</sup> SQUEGLIA M., *Ivi*, p. 117. In questa prospettiva, come peraltro sottolineato dallo stesso Autore, p. 79-80, risulta sempre attuale il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, anche in riferimento ai fondi sanitari integrativi. A riguardo, in coerenza con la Nota del Ministero del Lavoro e della previdenza sociale del 21 dicembre 2006, prot. 25/SEGR/0007573, secondo cui le clausole del contratto collettivo istitutive dei fondi di assistenza sanitaria integrativa hanno natura obbligatoria (e sono quindi costitutivi di obblighi esclusivamente in capo ai soggetti collettivi contraenti), rientrerebbe, invece, nella parte normativa del contratto collettivo l'eventuale contribuzione prevista dal contratto/accordo collettivo per il finanziamento delle prestazioni sanitarie integrative. Ad ogni modo, la questione è stata superata dalla previsione - pienamente estensibile ai datori non aderenti - di corrispondere ai lavoratori che non possano beneficiare della contribuzione a favore del fondo sanitario integrativo una retribuzione accessoria di natura compensativa di importo più elevato del contributo medesimo.

a modello di regolazione quello dettato per i fondi pensione dall'art. 4, D.lgs 252/2005. Pertanto, i fondi sanitari hanno alternativamente adottato la forma delle associazioni non riconosciute *ex art. 36 c.c. e ss.*, distinte dai soggetti promotori dell'iniziativa<sup>677</sup>; ovvero di soggetti dotati di personalità giuridica *ex art. 12 c.c.*; o ancora, conformemente allo stesso dato letterale, di «una struttura prevalentemente patrimoniale, analoga alla fondazione, quale potrebbe essere il patrimonio di destinazione separato nell'ambito del patrimonio dell'imprenditore»<sup>678</sup>, di cui all'art. 2117 c.c.<sup>679</sup>

### *15. Spesa sanitaria pubblica e privata e stato dei fondi sanitari integrativi*

A causa dei mutamenti sociali e demografici già ampiamente illustrati altrove, il Servizio Sanitario Nazionale deve oggi fare i conti con gravi problemi di sostenibilità finanziaria e di gestione, che si ripercuotono non solo sulla qualità delle prestazioni erogate, ma anche sui tempi di attesa - sempre più lunghi - nonché sull'accessibilità ai medesimi, che si riduce progressivamente in favore delle classi più abbienti a scapito dei soggetti con redditi più bassi<sup>680</sup>. Allo stato, il SSN eroga prestazioni eccellenti in alcuni ambiti (pronto soccorso, grandi interventi chirurgici, cure oncologiche...), mentre altre specialità risultano quasi esclusivamente coperte dalla sanità privata (odontoiatria, psicoterapia, ginecologia, logopedia...), con costi onerosi e spesso eccessivi per i cittadini.

Il SSN mette, infatti, a disposizione del cittadino soltanto il 78% della spesa sanitaria totale, mentre il 22% (circa 500 euro annui pro capite) rimane a carico del cittadino; di questa spesa solo il 18% è spesa intermediata e rimborsata attraverso assicurazioni o mutue, mentre l'82% viene pagata

---

<sup>677</sup> Quest'ultima pare, invero, la forma giuridica prevalente, presumibilmente in ragione della sua informalità e snellezza quanto a procedure di costituzione (così Squeglia M., *op. ult. cit.*, p. 87).

<sup>678</sup> SQUEGLIA M., *Ibidem.*

<sup>679</sup> Ad avviso di LUCANTONI S., *Fondi sanitari integrativi...*, p. 299, la forma giuridica da ultimo menzionata, pur essendo in astratto applicabile anche i fondi sanitari, pare, invero, di difficile configurazione al caso concreto.

<sup>680</sup> Si veda sul punto A. LUCIANO, *Dalle società di mutuo soccorso alla mutualità. Risposte alla crisi del welfare*, *WP Euricse*, 32/2012, 16, secondo cui solamente gli individui appartenenti alla classe media e con una buona educazione e una più alta aspettativa di vita può permettersi le cosidd. spese *out-of-pocket* e i trattamenti di medicina preventiva. Al contrario, l'accesso alle prestazioni risulta più difficile per i lavoratori subordinati, con redditi più bassi. Nello stesso senso anche BALANDI G., *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lav. e Dir.*, 2015, 2, p. 317, che denuncia come, a causa della disparità nella qualità delle prestazioni tra Regione e Regione, delle lunghezze delle liste di attesa e dell'incremento della partecipazione alla spesa sanitaria (i.e. *ticket*) «se l'universalismo è sicuramente garantito per i servizi urgenti, quelli essenziali e quelli per le patologie croniche e più gravi, l'eguaglianza di condizioni di accesso e trattamento è gravemente contraddetta nell'esperienza quotidiana della tutela sanitaria in Italia».

direttamente dal cittadino<sup>681</sup>. Si spiega in tal modo la crescente tendenza delle famiglie italiane di rinunciare alle prestazioni sanitarie o all'acquisto di farmaci, principalmente per motivi economici<sup>682</sup>.

Negli ultimi anni, tuttavia, è aumentata considerevolmente la richiesta di prestazioni sanitarie diverse da quelle tradizionalmente erogate dal SSN, a causa della diffusione di nuove patologie croniche, l'aumento di persone in stato di non autosufficienza<sup>683</sup>, ma anche in ragione di una sempre maggiore consapevolezza da parte dei cittadini della necessità di preservare la propria salute<sup>684</sup> anche mediante il ricorso a trattamenti preventivi e di medicina alternativa.

Secondo i dati OCSEL e ANIA, nel 2016 lo Stato italiano ha speso 149 miliardi di euro in spesa sanitaria, di cui il 75% (pari a 133 miliardi) in spesa pubblica e il 24,8% (pari a 37 miliardi) in spesa privata<sup>685</sup>. Quest'ultima si articola in spesa diretta delle famiglie (per l'89,9%) e in spesa intermediata (10,1%), che è scomponibile, a sua volta, in assicurazioni e fondi sanitari assicurati (36,0%) e fondi sanitari autogestiti e mutue (64,0%).

In vero, come anticipato nel precedente paragrafo, dal 2009, i fondi sanitari integrativi devono essere iscritti un'anagrafe tenuta dal Ministero della Salute, il quale, tuttavia, non rende accessibili i dati ad essi relativi, di guisa che risulta particolarmente difficile operare una ricostruzione dettagliata ed esaustiva del fenomeno della sanità integrativa italiana.

Secondo le più recenti informazioni fornite dal ministero della Salute nel corso di convegni o audizioni parlamentari, comunque, i fondi sanitari integrativi registrati nel 2013 erano in tutto 361 ai quali risultavano iscritti 5,8 milioni di contribuenti<sup>686</sup>.

Su un campione di 662.440 PMI imprese appartenenti a tutti i settori produttivi (industria, commercio e servizi, studi e servizi professionali, artigianato, terzo settore, agricoltura e agricoltura sociale) e di diverse classi dimensionali (da meno di 6 addetti a 250 addetti), il Rapporto Welfare

---

<sup>681</sup> Questi i dati diffusi da Fondazione Ambrosetti, *Meridiano sanità. Le coordinate della salute. Rapporto 2013*, The European House – Ambrosetti, 2013.

<sup>682</sup> CENSIS, *Quinta annualità del progetto census-rbm assicurazione salute sul ruolo della sanità integrativa nel servizio sanitario nazionale*, 2016, evidenza che nel 2015 se, da un lato, 11 milioni di cittadini hanno dovuto rinunciare alle spese mediche a causa delle difficoltà economiche, dall'altro, più di 7 milioni di italiani si è rivolto a servizi sanitari offerti da strutture private primariamente a causa dei tempi di attesa e dell'aumento del *ticket* sanitario.

<sup>683</sup> Sullo stato delle polizze LTC e le prospettive di sviluppo di questo settore si veda, in particolare, CAMPEDELLI M., *Le sfide delle non autosufficienze e i sistemi integrativi*, in *Politiche Sanitarie*, 2015, vol. 16, n. 1, p. 22. Sul punto anche MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni, in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 92-92; SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, pp. 89-90.

<sup>684</sup> Di questo avviso PAYRA B., *La mutualità di territorio...*, pp. 112-113.

<sup>685</sup> Secondo le stime dell'OECD (2015), con riferimento al 2014, la spesa sanitaria finanziata direttamente dal privato rappresentava il 2% del PIL, mentre quella pubblica ammontava al 6,8%. In riferimento a quest'ultima occorre, tuttavia, sottolineare, che, secondo le proiezioni OCSE, essa è destinata a raggiungere il 13,3% nel 2050.

<sup>686</sup> ANIA, *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, Position paper, maggio 2015, p. 2.

Index PMI 2017<sup>687</sup> ha inoltre dimostrato che il 65% di esse, a tutto il 2016, non aveva adottato alcuna iniziativa nell'area della sanità integrativa, mentre il 25,3% aveva istituito un fondo chiuso di categoria; il 7,5% una polizza assicurativa aziendale; il 2,6% un fondo aziendale di II livello e l'1,8% un fondo aperto. Peraltro, con specifico riferimento a quelle aziende che potevano vantare almeno un'iniziativa in ambito di sanità integrativa, nel 76,2% dei casi essa era stata attuata in applicazione di contratti di categoria, nel 15,9% per volontà unilaterale del datore di lavoro e nel 7,4% in attuazione di un contratto integrativo aziendale.

Quanto ai beneficiari - e sempre in riferimento a quelle aziende che potevano considerarsi "attive" nel settore della sanità integrativa - nel 72,1% dei casi risultava beneficiata la generalità dei lavoratori; nel 20,5% alcune categorie e nel 7,4% sia lavoratori che familiari.

D'altronde, non può essere sottaciuto che uno dei problemi evidenziati in dottrina in relazione ai fondi sanitari integrativi è proprio il rischio di una elevata frammentazione in termini di copertura offerta sia in relazione alla eterogeneità delle condizioni esistenti nei vari settori sia, all'interno di questi, tra le categorie professionali, che «ricorda in qualche modo alcuni caratteri del vecchio sistema mutualistico»<sup>688</sup>. Si tenga, infatti, presente che i fondi integrativi possono alternativamente essere istituiti allo scopo di raggiungere la più ampia platea di iscritti (è il caso dei fondi che ammettono l'adesione da parte di tutti i lavoratori), oppure una certa categoria di essi in possesso di una specifica qualifica professionale o operanti in determinati settori<sup>689</sup>. Conseguentemente, molte aziende - specialmente quelle di grandi dimensioni - decidono di riconoscere specialmente al personale con qualifica dirigenziale trattamenti sanitari integrativi più generosi mediante l'istituzione di fondi o la sottoscrizione di polizze sanitarie «separate e più ricche» rispetto a quelle riservate agli altri dipendenti<sup>690</sup>.

In conclusione, pur non potendosi non condividere l'opinione di chi sottolinea la necessità di rivedere e coordinare il frammentato panorama legislativo in materia sanità integrativa<sup>691</sup>, non

---

<sup>687</sup> *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017.

<sup>688</sup> COLOMBO S., *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 137.

<sup>689</sup> Come puntualizzato da SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, p. 83.

<sup>690</sup> COLOMBO S., *op. ult. cit.*, p. 138, che riporta diversi casi, tutti ascrivibili ad imprese di classi dimensionali maggiori, in cui i dirigenti (e, talvolta, i quadri) sono avvantaggiati rispetto alla restante popolazione aziendale. È il caso della Angelini (dove i dirigenti e i quadri aderiscono al fondo intersettoriale Fasi, riservato ai livelli superiori), del gruppo San Benedetto e di Camst, dove i dirigenti possono usufruire di una polizza sanitaria integrativa sulla base di aziendale. Parimenti anche in Luxottica, i dirigenti e i quadri godono di una copertura più consistente degli altri dipendenti, essendo soggetti a minimali più alti per i rimborsi delle prestazioni.

<sup>691</sup> SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, p. 85, conformemente a PROCOPIO M., *La fiscalità della sanità integrativa*, Roma, 2010.

sfuggono all'attenzione dello studioso della materia le enormi opportunità che presenta il settore dei fondi sanitari integrativi.

In questa prospettiva, una valida opzione da considerare per il potenziamento degli stessi sarebbe quella avanzata di recente dalla COVIP<sup>692</sup>, la quale si è candidata come «unica Autorità» con funzioni di vigilanza sia sui fondi di previdenza complementare sia sui fondi sanitari integrativi, al fine di agevolare un intervento di regolazione complessivo ed organico; ma anche quella avanzata da ANIA<sup>693</sup> di promuovere l'interazione tra strutture sanitarie integrative e Regioni nella gestione dei piani sanitari territoriali in un'ottica di efficientamento delle risorse, delle strutture e delle prestazioni offerte.

---

<sup>692</sup> COVIP, *Relazione per l'anno 2015*, 2016, p. 24, secondo cui «Posto che anche le funzioni di vigilanza, frazionate tra una molteplicità di soggetti, si mostrano sostanzialmente inadeguate rispetto alle esigenze di tutela degli aderenti, nel quadro del progressivo sviluppo di un sistema di Welfare allargato potrebbe essere opportunamente valutata la scelta di attribuire a un'unica Autorità le funzioni di vigilanza sul Welfare integrativo, agevolando in tal modo un intervento complessivo ed organico di regolazione anche del settore dei fondi sanitari, in coerenza con quanto da tempo avvenuto nel contiguo settore della previdenza complementare». Manifesta, invece, qualche perplessità a riguardo CAMPEDELLI M., *I fondi sanitari in Italia: evoluzione normativa e stime sulla loro incidenza*, in *Politiche Sanitarie*, 2015, vol. 16, n. 1, p. 38.

<sup>693</sup> ANIA, *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, Position paper, maggio 2015, p 14.



## 16. Gli enti bilaterali e i fondi bilaterali di solidarietà

Alla luce della nozione di previdenza contrattuale adottata ai fini della presente indagine<sup>694</sup> - sulla base della quale sono già stati affrontati gli istituti della previdenza complementare e dell'assistenza sanitaria integrativa - si rende ora necessario approfondire le due ulteriori componenti di siffatta previdenza, rappresentate rispettivamente dagli enti bilaterali e dai fondi di solidarietà bilaterali, cui sono dedicati i paragrafi che seguono; si rinvia, invece, al successivo capitolo la trattazione del cd. Welfare aziendale.

## 17. Lo sviluppo della bilateralità in Italia

La libertà dei singoli di organizzarsi per finalità di interesse comune trova espressione nella Carta Costituzionale e, specialmente, negli articoli 18, 33, 38 e 39, «in via diretta», e negli articoli 117 e 118, «[in via] indiretta»<sup>695</sup>.

È, in particolare, nel principio di *sussidiarietà orizzontale* (ex art. 118 Cost., così come modificato dalla legge costituzionale 19 gennaio 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della Costituzione), che ha trovato un valido sostegno normativo lo sviluppo della bilateralità, intesa quale strumento di cogestione del welfare per il tramite delle relazioni industriali<sup>696</sup>. Non occorre, infatti, ribadire che la crisi dello Stato sociale ha accelerato il processo di individuazione di «modelli alternativi di sicurezza sociale»<sup>697</sup>, in cui le parti sociali – e, in particolare, le organizzazioni sindacali – oltre a svolgere i compiti tradizionalmente affidatigli, sono chiamate ad offrire servizi aggiuntivi, diretti a soddisfare le esigenze non solo degli associati, ma, talvolta, di tutti i soggetti attivi nel mercato del lavoro di riferimento.

---

<sup>694</sup> Su cui si veda paragrafo 7 di questo capitolo.

<sup>695</sup> DONATI F.M.P., *Il welfare di seconda generazione: il welfare aziendale*, in FERRARO G. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 231-232.

<sup>696</sup> LEONARDI S.-ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 82. Precisa, inoltre, ROMEI R., *Flessibilità e sicurezza nei rapporti di lavoro atipici*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 101, che «si tratta di forme di welfare privato che hanno due caratteristiche: la prima è quella [...] di essere a costo zero per la fiscalità generale; la seconda è quella di derivare da un contratto collettivo».

<sup>697</sup> VARESI P., *Bilateralità e politiche attive del lavoro*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 71.

In tale prospettiva, si giustifica, dunque, nell'ultimo ventennio, la «tendenza espansiva della bilateralità»<sup>698</sup>, che è arrivata a coprire tutte le aree di politica del lavoro (dall'osservazione del mercato del lavoro, alla formazione professionale, ai servizi per l'impiego, fino agli ammortizzatori sociali), grazie alla combinata azione promozionale della legge e della contrattazione collettiva.

### 18. Gli enti bilaterali

Gli enti bilaterali sono istituiti come enti di fatto, che erogano prestazioni o servizi, in conformità a quanto stabilito nel contratto collettivo, quale fonte costitutiva dei medesimi. Essi assumono generalmente la forma dell'associazione non riconosciuta ai sensi degli articoli 36 ss. c.c. e godono di piena autonomia e titolarità dei rapporti giuridici, rappresentando «sedi stabili e specializzate di confronto»<sup>699</sup>, nonché la più avanzata forma di partecipazione raggiunta in Italia negli ultimi venti anni<sup>700</sup>. Si tratta, infatti, di organismi paritetici, finanziati dai contributi versati dai datori di lavoro e – in genere in misura diversa - dai lavoratori, cui aderiscono solamente le associazioni che li costituiscono e in cui le decisioni vengono prese all'unanimità. Tali contributi sono, peraltro, esclusi dall'imponibilità fiscale e contributiva, in ragione dell'assimilabilità di tali enti alle associazioni sindacali<sup>701</sup>.

La loro diffusione ha storicamente interessato settori caratterizzati da un'elevata frammentazione produttiva, instabilità di impiego, debolezza associativa e negoziale del sindacato, ovverosia edilizia, artigianato, commercio, turismo e agricoltura<sup>702</sup>; tuttavia, essi hanno successivamente trovato terreno fertile anche nei settori “solidi” del terziario, che non potevano vantare la presenza di ammortizzatori sociali, quali il settore del credito, delle assicurazioni, del trasporto aereo e delle poste<sup>703</sup>, in cui, invece, prevalgono aziende e gruppi di grandi dimensioni.

---

<sup>698</sup> VARESI P., *Ivi*, p.72.

<sup>699</sup> Così LEONARDI S., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2004, p. 445.

<sup>700</sup> Così LEONARDI S., *Employee Participation and Involvement: The Italian Case and Trade Union Issues*, in *Transfer*, 2016, Vol. 22(I) 81-99.

<sup>701</sup> Come specificato da RENGA S., *Ivi*, p. 37.

<sup>702</sup> Per una lettura più approfondita sulla genesi, lo sviluppo e le caratteristiche proprie di ciascuno dei settori qui menzionati si consiglia la lettura di BELLARDI L., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettive*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 7 ss.

<sup>703</sup> RENGA S., *op. ult. cit.*, p. 5. Conformemente a BELLARDI L., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettive*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 8 ss.

Come anticipato, il ventaglio di prestazioni offerte dagli enti bilaterali è significativamente ampio, potendosi ricomprendere al suo interno sia le prestazioni contrattuali e integrative di welfare (i.e. previdenza all'assistenza integrativa), che la formazione professionale, la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; lo studio e il monitoraggio del mercato del lavoro, ma anche la "mutualizzazione" di taluni obblighi retributivi derivanti dal contratto di lavoro (come le ferie, la tredicesima, l'anzianità professionale, ecc.).

Parimenti variegata è la loro articolazione a livello territoriale, che si esprime sia a livello nazionale – settoriale e confederale – che a livello territoriale – provinciale e regionale, nonché la sua diffusione in contesti aziendali di diverse classi dimensionali.

### *19. Promozione e profili problematici degli enti bilaterali*

Data dunque per acquisita la natura contrattuale degli enti bilaterali<sup>704</sup>, occorre ancora una volta affrontare la questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo che li istituisce, il quale – secondo quella parte di dottrina che attribuisce alle clausole istitutive degli enti bilaterali la qualifica di clausole istituzionali, in quanto appartenenti alla parte obbligatoria del contratto - dovrebbe invero vincolare solamente le aziende iscritte alle parti sociali stipulanti ed aderenti all'ente. Secondo questa lettura, dunque, solamente su queste ultime graverebbe il connesso obbligo contributivo. Diversa, invece, è la posizione di chi, a sostegno dell'obbligo di contribuzione, afferma la natura normativa di tali clausole, sulla base del fatto che le prestazioni economiche erogate a favore dei lavoratori sarebbero prestazioni di natura retributiva rientranti nella parte normativa del contratto medesimo<sup>705</sup>.

L'adesione ad una o all'altra lettura, comporta, invero, conseguenze non trascurabili sul piano dell'efficacia del contratto collettivo, dal momento che ben potrebbero porsi problemi di compatibilità sia con il principio di libertà sindacale negativa (*ex art. 39, comma 1, Cost.*) sia con il principio dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (*ex art. 39, seconda parte, Cost.*). In questa prospettiva, deve, infatti, interpretarsi sia la vicenda normativa dell'art. 3, L. 20 maggio 1993, n. 151,

---

<sup>704</sup> Secondo BAVARO V., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 37, tutti gli enti bilaterali hanno natura contrattuale in quanto costituiti sulla base di un obbligo contrattuale, espressione della volontà collettiva. L'atto di autonomia privata, infatti, starebbe all'origine della costituzione dell'ente, non tanto nell'iscrizione all'ente medesimo, bensì nella sottoscrizione del contratto collettivo che istituisce l'ente.

<sup>705</sup> Dà conto di tali opposte letture BAVARO V., *Ivi*, p. 38.

che subordinava il riconoscimento della fiscalizzazione degli oneri sociali per le imprese artigiane «all'integrale rispetto degli istituti normativi ed economici stabiliti dagli accordi e contratti collettivi» - in seguito giudicata inapplicabile alla parte obbligatoria del contratto collettivo dalla stessa Corte di Cassazione<sup>706</sup>, che ha quindi ritenuto più opportuno pronunciarsi a favore della non obbligatorietà della contribuzione all'ente bilaterale -; ma anche il successivo articolo 10, L. 14 febbraio 2003, n. 30, il quale, modificando l'art. 3 da ultimo menzionato, disponeva che «Per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Con particolare riferimento all'art. 10 cit., risulta palese la volontà del legislatore di estendere l'efficacia *erga omnes* anche della parte obbligatoria dei contratti collettivi e, quindi, delle eventuali clausole che prevedono l'adesione agli enti bilaterali. Tale ipotesi è stata, tuttavia, scongiurata dalla Circolare n. 4 del 2004 ove il Ministero del Lavoro ha fornito un'interpretazione *contra legem* secondo cui dall'articolo 10 discenderebbe solo un *onere* all'applicazione della parte economica e normativa dei contratti collettivi, e non della parte obbligatoria, con la conseguenza che, per fruire dei benefici di legge, non vi sarebbe l'obbligo di versare il contributo agli enti bilaterali, in quanto tali enti sono istituiti da clausole obbligatorie dei contratti collettivi che vincolano solo le parti firmatarie e non le singole imprese<sup>707</sup>. Ne deriva in ogni caso che, per usufruire dei benefici contributivi è necessario che il contratto collettivo trovi integrale applicazione<sup>708</sup>.

Tuttavia, nella successiva Circolare n. 43 del 2010, lo stesso Ministero ha chiarito che la l'obbligatorietà della tutela sancita in «quei contratti o accordi collettivi che dispongono...sia la corresponsione a favore dei prestatori di lavoro di taluni importi forfettari...sia l'erogazione diretta da parte del datore di lavoro di prestazioni equivalenti quale alternativa al versamento del contributo all'ente bilaterale di riferimento...va correttamente riferita alla parte economico-normativa del

---

<sup>706</sup> Corte Cass. 10 maggio 2001, n. 6530, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, 2, p. 465, con nota di BELLAVISTA A., *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*.

<sup>707</sup> Per una puntuale ricostruzione della vicenda normativa in esame si vedano RENGA S., *op. ult. cit.*, pp. 8-9; BAVARO V., *Gli enti bilaterali...*, pp. 38-40 e ID., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav.Giur.*, 2007, p. 1169.

<sup>708</sup> BAVARO V., *Gli enti bilaterali...*, p. 40.

contratto», con la conseguenza che la prestazione all'ente (o il contributo equivalente) diventa un diritto individuale di natura contrattuale<sup>709</sup>».

Quanto, invece, ai provvedimenti normativi adottati dal legislatore a sostegno (*rectius* forzatura<sup>710</sup>) della bilateralità vanno certamente ricordati – nell'edilizia - gli effetti della legge 14 luglio 1959, n. 741 (cd. Legge Vigorelli) e del D.p.r. 14 luglio 1960, n. 1032 con cui è stata resa obbligatoria *erga omnes* l'iscrizione delle Casse Edili; l'articolo 36, L. 20 maggio 1970, n. 300, che, attraverso l'inserimento della clausola sociale in materia di appalti pubblici – successivamente sviluppata dalle leggi nn. 109/1994, 341/1995, 55/1990, 151/1993 – con cui si escludeva dagli sgravi per il Mezzogiorno e dalla fiscalizzazione degli oneri sociali quei lavoratori non denunciati alle Casse Edili; la normativa sulla sicurezza sui cantieri e il D.m. 7 maggio 1007, con cui si riduceva del 10% il premio Inail per le imprese edili che avessero aderito agli organismi paritetici territoriali previsti dall'articolo 20, D.lgs 19 settembre 1994, n. 626; la L. 22 novembre 2002, n. 266 per l'emersione del lavoro sommerso; l'articolo 86, comma 10, D.lgs 10 settembre 2003, n. 276, che istituiva il Durc anche nel settore privato. Nondimeno, nell'artigianato, dove, agli accordi interconfederali istitutivi dei relativi enti bilaterali sottoscritti fra gli anni Ottanta e Novanta, sono seguite la L. 20 maggio 1993, n. 151 sulla fiscalizzazione degli oneri sociali; nonché la L. 19 luglio 1993, n. 236, per l'allargamento dei contratti di solidarietà ai comparti artigiani; le Circolari Inps nn. 37 e 143 del 1997, di supporto all'estensione su tutto il territorio nazionale delle strutture bilaterali di concertazione dell'artigianato<sup>711</sup>.

Tuttavia, è con la citata Legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, che viene dato un notevole impulso allo sviluppo degli enti bilaterali «costituiti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale», anche mediante il riconoscimento di funzioni e competenze nuove, quali quella di intermediazione nel mercato del lavoro (*ex art. 1, comma 2, lett. l*), di autorizzazione del ricorso al contratto di somministrazione di manodopera (*ex art. 1, comma 2, lett. m, punto 1*) e in materia di contratti formativi; di sperimentazione di linee guida e codici di comportamento; di definizione delle attività di formazione in azienda (*ex art. 2, lett. b*), nonché di certificazione dei rapporti di lavoro (*ex art. 5,*

---

<sup>709</sup> A sostegno di tale interpretazione, BAVARO V., *op. ult. cit.*, p. 61, cita l'Accordo Interconfederale sui rappresentanti dei lavoratori per la salute e sicurezza e sulla pariteticità Confapi sottoscritto il 22 luglio 2009, col quale si è data attuazione all'art. 51, d.lgs 9 aprile 2008, n. 81, tramite l'istituzione dell'organismo paritetico *ex art. 2, comma 1, lett. e*), d.lgs 81/2008 cit. In tale occasione la CGIL non ha firmato l'accordo; tuttavia, il funzionamento dell'organismo paritetico non è venuto meno, nel senso che esso erogherà comunque le medesime prestazioni nei confronti di tutti i lavoratori delle imprese aderenti all'ente, indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale. Semmai si avranno delle ripercussioni sulla composizione degli stessi organismi, da cui è rimasta per forza di cose esclusa la CGIL.

<sup>710</sup> Così RENGÀ S., *Bilateralità e sostegno del reddito...*, p. 11.

<sup>711</sup> LEONARDI S., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2004, pp. 450-451.

lett. g). In tale prospettiva, deve, dunque, leggersi la disposizione contenuta nell'articolo 2, lett. h) del successivo D.lgs 10 settembre 2003, n. 276 di attuazione della Legge delega appena ricordata, il quale qualifica gli enti bilaterali come «organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento».

Seppur di derivazione principalmente contrattuale, infatti, gli enti bilaterali hanno assunto nel tempo un rilievo giuridico che tende a trascendere la loro genesi privatistica in ragione degli interessi pubblicistici o semipubblicistici da essi perseguiti<sup>712</sup>.

Nondimeno, per quanto risulti apprezzabile in un'ottica di realizzazione dell'idea di *Welfare Society*, cui dovrebbe ispirarsi, secondo alcuni, «la futura organizzazione del welfare»<sup>713</sup> - dove ad uno “snellimento” dello Stato dovrebbe corrispondere una maggiore responsabilizzazione delle autonomie locali e della società civile in generale -, la scelta di ampliare in maniera così rilevante le funzioni degli enti bilaterali, ha destato in dottrina alcune perplessità. Infatti, non sono mancati Autori che hanno correttamente evidenziato come l'attribuzione in misura sempre maggiore di funzioni pubblicistiche a tali enti, potrebbe comportare il duplice rischio dell'annientamento del codice genetico degli enti medesimi - che verrebbero in tal modo istituzionalizzati e burocratizzati, con conseguente perdita di autonomia sindacale e contrattuale - e del progressivo *retrenchment* dello Stato a vantaggio della dimensione individuale, con la conseguenza che aumenti il rischio dell'ampliamento delle disparità e degli squilibri già esistenti<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> RENGÀ S., *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Cedam, 2013, p. 7. Nello stesso senso GRANDI D.-MASSAGLI E., *Relazioni industriali e welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Studies E-book series n. 31, 2014, p. 80, che li definisce «organismi “anfibi” di derivazione per lo più contrattuale, ma robustamente alimentati e sostenuti dall'intervento eteronomo del legislatore».

<sup>713</sup> VARESI P., *Bilateralità e politiche attive...*, p. 71.

<sup>714</sup> D'ONGHIA M., *Bilateralità e politiche attive*, in GOTTARDI D.-BAZZANI T., *Il workfare territoriale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp.257-258. Dello stesso avviso RENGÀ S., *Bilateralità e sostegno del reddito...*, pp. 16-17.

Inoltre, nel momento in cui sfuma progressivamente la differenza tra interesse pubblico e interesse privato (cui viene attribuita la funzione del primo), si pone un problema di individuazione del ruolo che il sindacato - quale soggetto che esprime per tramite del contratto collettivo tali interessi privati collettivi - deve oggi assumere in ordine allo sviluppo del sistema della bilateralità così come articolato dalla legislazione vigente. In altre parole, si pone il problema «del rapporto fra l'esercizio della *funzione contrattuale* e l'esercizio della *funzione assistenziale* svolta dalle parti sociali», cui è sotteso il rischio dello snaturamento non solo del sindacato, ma anche degli enti bilaterali medesimi, nella misura in cui l'attività negoziale dei primi tende a confondersi con la funzione di servizio dei secondi<sup>715</sup>.

Infine, per quanto pare potersi affermare retrospettivamente che i sindacati non abbiano realizzato appieno il disegno del legislatore che 2003 - che mirava, invero, alla *funzionalizzazione* degli enti bilaterali sia mediante il riconoscimento di nuove e diverse funzioni sia attraverso l'attribuzione agli stessi del ruolo di mediatori nella gestione dei (potenziali) conflitti sindacali<sup>716</sup> -, non si può trascurare l'importanza che gli stessi hanno assunto in alcuni settori - primo tra tutti quello edile - nella doppia veste di governo del mercato del lavoro ed erogazione di servizi a imprese e lavoratori e di strumento per la gestione paritetica di specifiche materie a livello aziendale<sup>717</sup>, anche in un'ottica di prevenzione del conflitto.

Nondimeno la bilateralità in Italia sembra ancora caratterizzata da un forte livello di eterogeneità e da una frammentazione degli interventi messi in campo, che risente delle considerevoli disparità territoriali e settoriali, come ben evidenziato dalla copiosa bibliografia sviluppata sul tema, che non si può qui che solamente citare<sup>718</sup>.

Ciononostante, si può certamente affermare che gli enti bilaterali attualmente attivi nei vari comparti produttivi sono piuttosto numerosi<sup>719</sup>. Alcuni di questi sono, peraltro, in scadenza, ma non

---

<sup>715</sup> Sul punto si veda BAVARO V., *Gli enti bilaterali...*, pp. 63-64.

<sup>716</sup> RENGA S., *Bilateralità e sostegno del reddito...*, p. 14.

<sup>717</sup> Si veda sul punto TOMASSETTI P., *Primo Rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia (2012-2014)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, p. 865 ss.

<sup>718</sup> Oltre a RENGA S., *op. ult. cit.*; BAVARO V., *op. ult. cit.*; VARESI P., *op. ult. cit.*; si segnala il contributo di RAZETTI F., *Bilateralità e welfare contrattuale: quale ruolo per i territori?*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p.68 ss. - alla cui lettura si rimanda - che mette in luce come su tutto il territorio nazionale si contino 436 enti bilaterali, di cui 27 operanti su base nazionale. Nel Nord è presente circa la metà del numero totale di enti bilaterali esistenti in Italia, pari a 205 (le Regioni Lombardia e Emilia Romagna da sole vantano 93 enti, 48 e 45 rispettivamente; seguono Piemonte e Veneto con 33 enti ciascuno), laddove Centro, Sud e Isole contano insieme 231 enti (fonte: Pon Enti Bilaterali 2012-2014).

<sup>719</sup> Per una panoramica dettagliata degli enti bilaterali nazionali e territoriali attivi nel settore dell'edilizia, agricoltura, artigianato, terziario, turismo e servizi si veda RAZETTI F., *op. ult. cit.*, p.78, Tab. n. 1 e pp. ss.; ma anche NOGLER L., *Gli enti bilaterali nell'artigianato tra neo centralismo ed esigenze di sviluppo*, Franco Angeli, Milano,

è possibile affermarne con certezza il rinnovo, anche alla luce dei problemi di coordinamento sorti in riferimento alle più recenti iniziative di promozione del cd. welfare aziendale – cui è dedicato il prossimo capitolo -, il quale risulta allo stato molto più vantaggioso per i datori di lavoro e per i lavoratori sia sotto il profilo fiscale che contributivo, ponendosi di fatto come alternativa altrettanto valida, se non più appetibile rispetto ai primi.

In tale prospettiva non può che condividersi, dunque, il monito di un'attenta dottrina, che già un lustro fa aveva evidenziato la necessità di «costruire una *policy pubblica*, che miri a coniugare: politiche aziendali...sussidiarietà orizzontale, bilateralità»<sup>720</sup>, in un'ottica di virtuosa cooperazione tra soggetti pubblici e privati, ma anche tra iniziative poste in essere dai vari soggetti privati, in modo tale che non risulti compromessa (anche) l'azione di questi ultimi a sostegno di quella realizzata dai primi dalla proliferazione degli organismi operanti in questo settore e/o dalla duplicazione delle iniziative poste in essere dagli stessi.

---

2014, ID. (a cura di), *Gli enti bilaterali dell'artigianato tra neo-centralismo ed esigenze di sviluppo*, Franco Angeli, 2014.

<sup>720</sup> TURSI A., *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p.232.



## 20. I fondi di solidarietà bilaterale

A compimento dell'*iter* espositivo che si scelto di intraprendere in apertura del presente capitolo, occorre ora affrontare, seppur sommariamente, il tema dei ccdd. fondi di solidarietà bilaterale, alla cui trattazione si procederà nei paragrafi che seguono.

A riguardo, vale appena la pena sottolineare che in dottrina è opinione condivisa che i fondi bilaterali «nascono come libera espressione della volontà delle parti sociali» di predisporre un sistema di tutela per il sostegno del reddito e dell'occupazione in quei settori esclusi dall'ambito di applicazione della Cassa Integrazione Guadagni (CIG), e che, in virtù di tale carattere, essi «sembrerebbero rievocare quelle iniziative di tutela volontaria che hanno caratterizzato gli albori della previdenza sociale»<sup>721</sup> - non diversamente da quanto avvenuto in origine con le Casse mutue.

Tuttavia, come meglio illustrato nei paragrafi che seguono, l'elemento volontaristico è venuto progressivamente meno con l'entrata in vigore della L. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. Riforma Fornero), che ha sensibilmente sottratto alla libera iniziativa delle parti l'istituzione di tali fondi, rendendola obbligatoria «per tutti i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti».

Ad ogni modo, vale la pena sottolineare che, a differenza degli enti bilaterali e dei fondi di previdenza complementare<sup>722</sup>, in cui l'adesione delle parti è facoltativa anche a seguito della costituzione dell'ente - tale elemento volontaristico è assolutamente annullato una volta che i fondi bilaterali siano stati istituiti, nella misura in cui né ai datori di lavoro né ai lavoratori che rientrano nel campo di applicazione della disciplina regolamentare dei medesimi è riconosciuta la facoltà di decidere se aderire al fondo né in quale misura<sup>723</sup>.

---

<sup>721</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, 2008, p. 54.

<sup>722</sup> Peraltro, come sottolineato da CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 2, p. 269, «una comparazione con il modello dei fondi di previdenza complementare appare realmente pertinente solo per ciò che concerne i Fondi bilaterali, di cui all'art. 3, comma 12, del testo in esame: cioè, i Fondi bilaterali la cui costituzione è, appunto, facoltativa e destinata ad assicurare prestazioni integrative, nella stessa logica, dunque, del «doppio pilastro», che vale, appunto, per i fondi pensione. Non altrettanto è da ritenere che valga, invece, per i Fondi bilaterali a costituzione obbligatoria (art. 3, commi 4 e 10). Ciò in considerazione, ovviamente, dell'obbligatorietà che li caratterizza, a fronte della facoltatività delle forme di previdenza complementare; ma anche e soprattutto in considerazione del fatto che, a differenza di queste ultime, ad essi è affidata la realizzazione, in forma integrale ed esclusiva, della tutela di ordine sociale.».

<sup>723</sup> Dal momento che l'onere contributivo non è fissato dalle parti promotrici della costituzione di ciascun Fondo, ma da autorità ad esse esterna, nella misura di 1/3 per il lavoratore e di 2/3 per il datore di lavoro, cui si aggiunge un contributo addizionale, a carico dei datori di lavoro che facciano effettivamente ricorso ai fondi. Si precisa che tale previsione vale sia per i fondi obbligatori sia per quelli «residuali».

Non potendosi soffermare sui molteplici e controversi profili che caratterizzano la prima legislazione in materia di fondi bilaterali<sup>724</sup>, occorre tuttavia chiarire che, secondo la normativa vigente, i fondi bilaterali - a differenza dei fondi pensione<sup>725</sup> - sono sprovvisti di personalità giuridica e costituiscono gestioni dell'Inps<sup>726</sup>. Di converso, ne è ammessa la natura pubblicistica in considerazione sia delle finalità perseguite, che del procedimento previsto per la loro istituzione<sup>727</sup>, che, ancora, della composizione del comitato amministratore e, più in generale, del ruolo esercitato dalla legge nella loro costituzione e gestione e, infine, del controllo esercitato dagli organismi pubblici sull'utilizzo dei finanziamenti stanziati<sup>728</sup>. Essi sono, infatti, tenuti al pareggio di bilancio, che vieta loro di erogare prestazioni in carenza di disponibilità e impone di presentare, sin dalla loro costituzione, un bilancio di previsione a otto anni, il quale deve essere redatto tenendo conto dello scenario macroeconomico coerente con il più recente documento di economia e finanza e della relativa nota di aggiornamento.

## 21. (segue)...dopo la Riforma Fornero

Apprezzabile è stato in vero l'intento della *universalizzazione*<sup>729</sup> delle prestazioni di sostegno al reddito perseguito dalla L. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. Riforma Fornero) mediante l'istituzione dei

---

<sup>724</sup> Ci si riferisce in particolare all'esperienza dei ccdd. fondi bilaterali istituzionalizzati ex art. 2, comma 28, l. 662/1996 istituiti presso l'Inps per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nei settori privi di ammortizzatori sociali, previo recepimento degli stessi in decreti ministeriali; nonché dei fondi ex art. 5, comma 5, l. 236/1993 e 13, comma 8, l. 80/2015 nel settore dell'artigianato, e ex art. 19, comma 1, l. 2/2009, in cui l'intervento dei fondi previsti dalla contrattazione collettiva era condizionato all'erogazione della prestazione pubblica. O ancora i fondi interprofessionali ex art. 118, l. 388/2000 e i fondi per i lavoratori in somministrazione di cui all'art. 12, d.lgs 276/2003, per un approfondimento dei quali si rinvia alla lettura, *ex pluris*, di SIGILLÒ MASSARA G., *op. ult. cit.* e RENGA S., *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Cedam, 2013.

<sup>725</sup> I quali, vale la pena ricordare, possono alternativamente assumere la forma dell'associazione non riconosciuta, ai sensi dell'art. 36 c.c., ovvero la personalità giuridica.

<sup>726</sup> SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 55 ss.

<sup>727</sup> Infatti, seppure istituiti ad iniziativa delle parti sociali per mezzo del contratto collettivo, la fonte istitutiva non è di per sé sufficiente, essendo altresì richiesto il recepimento dell'accordo collettivo medesimo in un apposito decreto interministeriale che, operando come atto di normazione secondaria, consente di incardinare i rapporti giuridici previdenziali previsti dal fondo di solidarietà, conferendogli in tal modo efficacia generale – come, peraltro, avveniva già per i fondi di solidarietà ex art. 28, comma 2, l. 662/1996 cit. Sul punto si veda RENGA S., *op.ult.cit.*, p. 118.

<sup>728</sup> Sul punto si veda SQUEGLIA M., *Previdenza contrattuale e fondi bilaterali di solidarietà*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2012, 3, p. 648.

<sup>729</sup> Ritiene CANAVESI G., *Gli enti bilaterali nel sistema delle tutele in costanza di rapporto di lavoro*, in PERSIANI M.-LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*; Torino, UTET Giuridica, 2013, p. 574, che si tratti, invero, di una «universalizzazione [...] che nasce anomala» sotto il duplice profilo formale-sistemico e sostanziale, in ragione rispettivamente della «estraneità agli ammortizzatori sociali delle tutele in costanza del rapporto di lavoro» e dell'obiettivo, che viene realizzato «attraverso un pervasivo intervento sull'autonomia collettiva e le risorse private» e «monca», nella misura in cui l'istituzione dei fondi è obbligatoria per i settori individuati dalle legge «in relazione alle imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti» (ex art. 3, comma 10).

nuovi Fondi di Solidarietà Bilaterali<sup>730</sup>. A tale scopo, infatti, l'articolo 3, comma 4, prevedeva che «al fine di assicurare la definizione, entro l'anno 2013, di un sistema inteso ad assicurare adeguate forme di sostegno per i lavoratori dei diversi comparti, le organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale stipulassero, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, accordi collettivi e contratti collettivi, anche intersettoriali, aventi ad oggetto la costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per cause previste dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria o straordinaria».

Nella vigenza di tale legge, dunque, l'istituzione presso l'Inps dei Fondi «Obbligatori» era, dunque, imposta per le aziende operanti nei settori richiamati dal citato articolo 3, comma 10; nondimeno era riconosciuta, *inter alia*, la possibilità di prevedere interventi a tutela del reddito integrativi dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego (Aspi) in caso di cessazione dal rapporto di lavoro e di contribuire al finanziamento di programmi formativi.

In aggiunta, per tutti quei settori in cui risultassero già operanti «consolidati sistemi di bilateralità» - quale quello artigiano, esplicitamente evocato nella legge - la Legge Fornero prevedeva altresì l'istituzione di «Fondi di Solidarietà Bilaterale Alternativi»<sup>731</sup> anche per le aziende con meno di 15 dipendenti, per il perfezionamento della quale era, tuttavia, richiesto che le rispettive organizzazioni sindacali e imprenditoriali adeguassero entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge di riforma le loro fonti istitutive e finalità.

Infine, la legge prevedeva la costituzione presso l'Inps di un «Fondo di Solidarietà Bilaterale Residuale» riservato alle aziende con più di 15 dipendenti, nel caso in cui le parti sociali non si fossero adoperate per tempo alla costituzione del fondo obbligatorio.

---

<sup>730</sup> TURSÌ A., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M.-FERRARO G.-MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 483.

<sup>731</sup> A differenza dei fondi obbligatori, per i fondi alternativi non era prevista l'istituzione presso l'Inps, motivo per cui in dottrina essi sono stati denominati "puri", per distinguerli dai primi "spuri" da LISO F., *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 24 settembre 2012, n. 33, p. 1 ss.

## 22. I trattamenti erogati dai fondi di solidarietà bilaterale

Come anticipato, la finalità assegnata ai fondi di solidarietà bilaterali era di assicurare ai lavoratori una tutela nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per le causali previste dalla normativa in materia di Cassa Integrazione Guadagni. La prestazione erogata da tali fondi consisteva in un assegno ordinario di importo pari almeno all'integrazione salariale per una durata massima non inferiore ad un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile. Secondo la disciplina dettata dalla Legge Fornero, dunque, la durata della tutela non poteva essere inferiore a tre mesi; tuttavia, poteva comunque risultare significativamente inferiore rispetto a quella garantita attraverso gli ordinari strumenti di integrazione al reddito previsti per i lavoratori occupati nei settori protetti dalla CIG, in tal modo configurandosi un problema di disparità di trattamento *ex* articolo 3, comma 2, Cost. di non trascurabile entità<sup>732</sup>.

Ad ogni modo, oltre a tali funzioni, ai fondi di solidarietà bilaterale era consentito erogare ulteriori prestazioni per la tutela dei lavoratori in caso di disoccupazione, quali le prestazioni integrative, in termini di importo o durata, alle prestazioni pubbliche previste in caso di cessazione dal rapporto di lavoro; ovvero prestazioni integrative in termini di importo, in relazione alle integrazioni salariali; assegni straordinari per il sostegno al reddito riconosciuti in funzione di agevolazione all'esodo ai lavoratori che soddisfassero i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni<sup>733</sup>.

Non è mancato in dottrina, tuttavia, chi ha ravvisato in tali fondi «un punto di frizione con il sistema previdenziale», in quanto espressione di una impostazione prettamente mutualistica<sup>734</sup>, che trova, peraltro, attuazione nella previsione di forme di autofinanziamento che escludono per legge la possibilità di fare ricorso a risorse di carattere pubblico<sup>735</sup>. A riguardo, infatti, non pare del tutto

---

<sup>732</sup> In questo senso RENGA S., *op. ult. cit.*, p. 107 e CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 2, p. 269.

<sup>733</sup> Fornisce tale dettagliato elenco RENGA S., *Ivi*, p. 108, la quale specifica, altresì, che in tali ipotesi i fondi potevano essere facoltativamente istituiti anche in settori già coperti dalla cassa integrazione.

<sup>734</sup> CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 2, p. 269.

<sup>735</sup> SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali...*, p. 55. Sul punto, pare inoltre apprezzabile la proposta avanzata da RENGA S., *op. ult. cit.*, p. 146 - la quale si richiama a sua volta al contributo di TREU T., *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in MAGNANI M.-TIRABOSCHI M., *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 26, che suggerisce di creare un'Agenzia nazionale costituita tra Stato e Regioni per gestire politiche attive e passive insieme - di ricomprendere all'interno della nozione di «disoccupazione involontaria» contenuta nell'art. 38, comma 2, Cost. anche gli eventi di *sottoccupazione* e *discontinuità lavorativa* al fine di estendere le tutele ai lavoratori non standard. Sulla nozione di «disoccupazione» e «inoccupazione» in relazione alle cd. politiche attive post *Jobs Act* si veda, inoltre, CANAVESI G., *La Rete nazionale dei servizi per le politiche per il lavoro e il riordino degli incentivi all'occupazione*, in PESSI R.-SIGILLÒ MASSARA G. (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D.lgs. n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, Torino, Giappichelli; 2017, pp. 141-142.

coerente con la scelta di attribuire ai fondi di solidarietà bilaterali il compito di soddisfare «bisogni socialmente rilevanti» e reputati meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, la previsione che ne preclude totalmente il finanziamento pubblico. Quest'ultima, infatti, mette piuttosto in luce la volontà del legislatore di responsabilizzare ulteriormente le aziende - e i lavoratori - «innanzitutto e soprattutto sotto il profilo della partecipazione al finanziamento del sistema»<sup>736</sup>, a vantaggio dello Stato.

Volendosi soffermare su tale ultimo profilo, peraltro, non possono trascurarsi le perplessità destinate dalla dottrina in ordine alla funzione ricoperta dai fondi di solidarietà e alla loro collocazione all'interno del sistema di previdenza sociale<sup>737</sup>, così come configurato dall'articolo 38 Cost. Se, infatti, appare compatibile con il modello di *welfare mix* un sistema in cui i fondi di solidarietà assumono una funzione *integrativa* del sistema previdenziale pubblico per sopperire al progressivo affievolimento delle tutele da questo garantite; non lo è, invece, attribuire a tali fondi funzioni *sostitutive* della tutela costituzionalmente garantita in caso di mancanza di lavoro<sup>738</sup>. Tale deve, infatti, ritenersi il portato della Legge Fornero, la quale non solo ha reso obbligatoria la costituzione dei medesimi, ma ha anche autorizzato un intervento eteronomo «la cui pervasività ha raggiunto un punto di non ritorno»<sup>739</sup>, che pone profili di incompatibilità anche rispetto al principio di libertà sindacale (positivo e negativo) sancito dall'art. 39, comma 1, Cost.<sup>740</sup>.

Allo stesso tempo, deve però evidenziarsi come le strutture bilaterali si presentino quali *forme di cogestione amministrativa*, che, muovendosi in ambiti meno conflittuali di altri e tutelando interessi corrispondenti ad entrambe le parti del rapporto, possono contribuire in misura maggiore rispetto alla contrattazione collettiva «a convalidare prassi e culture partecipative»<sup>741</sup>. Presupposto di tale successo è, tuttavia, un'azione specifica di razionalizzazione e di rinnovamento da parte del sindacato e delle associazioni imprenditoriali, accompagnata da una più precisa delimitazione del campo di azione e del ruolo degli attori medesimi da parte del legislatore, che tenga altresì conto del modello di sicurezza sociale descritto nella Carta Costituzionale.

---

<sup>736</sup> TURSIA A., *I fondi di solidarietà bilaterali...*, p. 483.

<sup>737</sup> Sul punto si veda anche RENGA S., *La "riforma" degli ammortizzatori sociali*, in *Lav&Dir*, 2012, 3-4, p. 632.

<sup>738</sup> In questo senso anche TREU T., *Introduzione*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 26

<sup>739</sup> RENGA S., *op. ult. cit.*, p. 156.

<sup>740</sup> CINELLI M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 2, pp. 260-261.

<sup>741</sup> Così anche TREU T., *Ivi*, pp. 27-28.

### 23. (segue)...dopo il Jobs Act

A conclusione dell'*excursus* legislativo sui fondi di solidarietà, occorre precisare che la riforma degli ammortizzatori sociali voluta dal legislatore del 2012 non è mai arrivata a compimento a causa delle ripetute proroghe delle scadenze ivi previste ad opera delle amministrazioni successive.

È in questo contesto che deve, dunque, collocarsi il D.lgs. 148 del 14 settembre 2015, ultimo decreto attuativo del cd. Jobs Act, che è intervenuto nuovamente a regolare la materia, pur confermando ampiamente l'impianto definito dalla Legge Fornero.

Tuttavia, vi sono alcuni elementi di innovazione che meritano una specifica menzione: in primo luogo la scelta di estendere il campo di applicazione dei fondi bilaterali di solidarietà *obbligatoria* a tutte le imprese attive in settori non coperti dalla Cassa Integrazione e che in media occupino più di cinque dipendenti (non più quindici) a partire dal 1° gennaio 2016. Tale scelta è stata, peraltro, interpretata da un Autore<sup>742</sup> come un «pieno rinnovo dell'apertura di credito che l'art. 2 della L. n. 92/2012 aveva formulato all'autonomia collettiva ed alla bilateralità in tema di integrazioni salariali», nella misura in cui «la contrattazione collettiva diviene, così, a tutti gli effetti, fonte istitutiva di ammortizzatori sociali di previdenza obbligatoria». In ogni caso, siffatto affidamento nei confronti dell'autonomia collettiva rimane ben presidiato dalle prerogative riservate all'Autorità pubblica, nel senso che, qualora manchi il rispettivo fondo di settore, è previsto l'intervento del «Fondo di Integrazione Salariale» (Fis) (*ex fondo residuale*).

In secondo luogo, viene introdotta la regola per cui gli amministratori del fondo devono essere in possesso di requisiti di onorabilità e professionalità, al pari di quanto stabilito dalla legge per i fondi pensione, alla cui disciplina si rimanda<sup>743</sup>. Vengono, inoltre, sanciti il principio dell'unicità dell'incarico - sconosciuto invece ai fondi pensione - e della gratuità del medesimo.

Viene, peraltro, mantenuto il contributo *ordinario* fissato per decreto posto a carico del lavoratore per 1/3 e del datore per i 2/3, cui si affianca, tuttavia, un contributo *addizionale*, calcolato in rapporto alle retribuzioni perse, ad esclusivo carico del datore di lavoro che ricorra allo strumento in oggetto; nonché un contributo *straordinario* di importo corrispondente alla necessaria copertura, sempre a carico del datore<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di studio AIDLASS, Napoli, 16-17 giugno 2016, p. 46.

<sup>743</sup> Tale aspetto è approfondito, in particolare, al paragrafo 9 del presente capitolo.

<sup>744</sup> Si consideri inoltre che l'art. 26, comma 10, d.lgs 148/2015 autorizza le parti sociali ad istituire fondi di solidarietà per «settori, tipologie di datori di lavoro e classi dimensionali già coperte», mediante il versamento di un

Infine, viene ampliato il novero degli interventi che possono essere realizzati per il tramite dei fondi di solidarietà – invero più numerosi di quelli afferenti alla CIGO e CIGS - che oggi ammettono anche erogazioni integrative o aggiuntive dei trattamenti di base sia in termini di misura che di durata; ma anche prestazioni di agevolazione all'esodo; nonché prestazioni formative per la riconversione e la riqualificazione professionale<sup>745</sup>.

In conclusione, volendosi ancora un volta soffermare sulla prima delle novità elencate in apertura del paragrafo - nonché la più rilevante – sembrano essersi realizzate le condizioni per realizzare quel progetto di universalizzazione delle prestazioni di sostegno al reddito intrapreso dal legislatore del 2012 e mai portato a termine, nella misura in cui mediante l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei fondi di solidarietà obbligatori alle imprese con più di cinque dipendenti, nessuna categoria parrebbe oramai esclusa dai meccanismi di sostegno al reddito – fatta eccezione per il personale dirigente e per le aziende con meno di cinque dipendenti, le quali rappresentano, tuttavia, una percentuale non irrilevante «nel sistema produttivo pulviscolare che caratterizza molte realtà della micro-imprenditorialità italiana»<sup>746</sup>.

---

contributo pari allo 0,30%. Viene peraltro riconfermata la possibilità, già riconosciuta dalla Legge Fornero, di far confluire nei nuovi fondi bilaterali il gettito contributivo accumulato nei fondi interprofessionali per la formazione, in tal modo sottraendo risorse utili alle politiche attive a beneficio di quelle passive (come peraltro già criticamente messo in evidenza con riferimento alla previgente normativa da RENGÀ S., *op. ult. cit.*, pp. 50-51). Ne deriva che, come opportunamente evidenziato da FAIOLI M., *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, FAIOLI M.-REITANO M. (a cura di), *I fondi di solidarietà nel Jobs Act. Problemi giuridici e analisi economica*, W.P. Fondazione G. Brodolini, 2015 n. 9, p. 28, «la contrattazione collettiva istitutiva del fondo di solidarietà (FSB o FSBA) prevale, ai fini della definizione del perimetro di applicazione soggettiva dell'obbligo contributivo, sull'inquadramento previdenziale del datore di lavoro operato dall'INPS (art. 49 l. 9 marzo 1989, n. 88)».

<sup>745</sup> Per un approfondimento di questi aspetti si veda GIUBBONI S.-SANDULLI P., *op. ult. cit.*, p. 43 ss.

<sup>746</sup> Come correttamente evidenziato da GIUBBONI S.-SANDULLI P., *I fondi di solidarietà dalla legge n. 92/2012 al Jobs Act*, in PESSI R.-SIGILLÒ MASSARA G. (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D.lgs n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, p. 65.

## CAPITOLO III

### IL WELFARE AZIENDALE

#### *1. Introduzione*

In ragione dei grandi mutamenti economici e demografici che hanno caratterizzato la storia recente del nostro Paese - di cui si è dato conto nel capitolo precedente - il sistema di sicurezza sociale italiano ha subito profondi cambiamenti, che ne hanno in parte mutato la fisionomia originale. In linea con altri Paesi europei, infatti, anche il legislatore italiano ha cercato di rispondere al moltiplicarsi dei rischi e dei bisogni sociali prodotti da un sistema economico messo fortemente alla prova da una crisi strutturale che dura ormai da dieci anni e da un mercato del lavoro segmentato e incapace di assorbire la forza lavoro disponibile, assecondando la tendenza sempre più presente a decentrare le funzioni assistenziali e previdenziali tradizionalmente svolte dai soggetti pubblici verso forme di *welfare mix* a compartecipazione pubblico-privato.

È in tale prospettiva che devono, dunque, leggersi anche i più recenti interventi di promozione del cd. welfare aziendale, attuati mediante le Leggi di Stabilità 2016 e 2017 - cui è dedicata la prima parte di questo capitolo – la cui portata risulta, tuttavia, ampiamente depotenziata dalla scelta di «non ridefinire un impianto normativo *ad hoc*, ma di provvedere a modifiche ed integrazioni delle previsioni dell’art. 51 TUIR [...] rendendo [...] la normativa di riferimento più organica ed adeguata alle nuove esigenze»<sup>747</sup>.

Come noto, infatti, molte delle iniziative offerte dal welfare aziendale si riferiscono ad aree tradizionali del *welfare state* oggi gravemente in crisi, quali la previdenza, l’assistenza, l’istruzione e la sanità. Nondimeno, è opinione comune che lo sviluppo del cd. secondo pilastro da parte del legislatore italiano sia perseguito allo scopo non solo di alleggerire la pressione sul bilancio pubblico, ma anche di rafforzare i legami fra imprese e territori, fidelizzare i dipendenti, promuovere la «nuova economia mista dei servizi»<sup>748</sup>, e, nella migliore delle ipotesi, veicolare effetti positivi anche sul PIL, sull’occupazione femminile e sulle abitudini familiari. In altre parole, non sfugge come il welfare aziendale, pur nella sua natura privatistica, sia in vero «finalizzato a perseguire l’obiettivo, pubblicisticamente meritevole in quanto di preminente interesse sociale, di contenimento del costo

---

<sup>747</sup> COSTA A., *Le agevolazioni fiscali in materia di lavoro nelle due leggi di stabilità del governo Renzi*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 2, p. 351.

<sup>748</sup> COSÌ DI STANI C.- MASSAGLI E., *Dal welfare di Stato al welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un’indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, pp. 4-5.



del lavoro, di marginale ma significativa riduzione del cuneo fiscale e di incremento indiretto del potere d'acquisto della retribuzione corrispettivo»<sup>749</sup>.

Tuttavia, alla crescita esponenziale dell'interesse manifestato per lo sviluppo di tale forma di welfare da parte del legislatore, delle parti sociali, delle aziende e degli studiosi della materia, non è, in vero, corrisposto l'auspicato intervento di riforma della materia, che risulta tuttora sprovvista di un adeguato apparato definitorio, nonché di una sistematizzazione all'interno del modello di sicurezza sociale delineato nella nostra Carta Costituzionale.

Pur non essendo un fenomeno nuovo<sup>750</sup>, infatti, non è mai stata fornita una definizione normativa di welfare aziendale<sup>751</sup>. È in tale prospettiva, che si giustificano, dunque, i molteplici sforzi della dottrina di individuare una definizione idonea al tempo stesso ad evidenziarne il carattere magmatico e a definirne gli ambiti e le tipologie di intervento. È così che, in una prospettiva giuslavoristica, si è giunti a definire il welfare aziendale come «tutti i contributi, le somme, i servizi, le prestazioni, i beni e i valori in genere, anche sotto forma di erogazioni liberali, di utilità sociale e di benessere, offerti alla generalità dei lavoratori o a categorie di essi (ccdd. benefits collettivi) che, pur essendo percepiti in relazione al rapporto di lavoro, non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente, l'imponibile previdenziale e l'ammontare degli altri istituti retributivi»<sup>752</sup>; laddove,

---

<sup>749</sup> BACCHINI F., *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, pp. 643-644.

<sup>750</sup> Per un breve *excursus* sulle origini del welfare aziendale si vedano GRANDI D., *Le origini del welfare aziendale: dalle colonie operaie ai fringe benefits*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, pp. 6-11; CARUSO B., *The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 183. *Amplius*, da ultimo, DI NARDO F., *L'evoluzione del welfare aziendale in Italia*, Guerini Next, 2016. Si consiglia, infine, la lettura di OLIVETTI A., *Le fabbriche di bene*, Edizioni di Comunità, 2014.

<sup>751</sup> Non è raro, infatti, che si faccia indistintamente riferimento a tale fenomeno anche tramite il ricorso alle diverse locuzioni di "welfare contrattuale", "welfare occupazionale", "welfare territoriale", "welfare di produttività", "welfare privato", "welfare mix" o "secondo welfare". Sulle difficoltà definitorie si vedano i contributi di MASSAGLI E.-SPATTINI S., *Cosa intendiamo quand parliamo di welfare aziendale?*, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 23 gennaio 2017, n. 3, e, più di recente, ID., *Dizionario breve a cura di Adapt e AIWA. 1. Welfare aziendale*, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 18 settembre 2017, n. 30.

<sup>752</sup> Così, da ultimo, BACCHINI F., *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, p. 642. Tuttavia, tra i primi Autori che hanno proposto una definizione di welfare aziendale vanno senz'altro annoverati MALLONE G., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 50, ove si legge che «Il welfare aziendale è generalmente inteso come l'insieme di *benefits* e servizi forniti dall'azienda ai propri dipendenti al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa, partendo dal sostegno al reddito familiare, allo studio, alla genitorialità, alla tutela della salute, fino a proposte per il tempo libero e agevolazioni di carattere commerciale. Si tratta però soprattutto del risultato dell'interazione di diversi attori – primi tra tutti imprenditori, parti sociali e istituzioni – all'interno di relazioni in cui non è sempre facile introdurre nuovi strumenti, specialmente se alternativi alla retribuzione monetaria dei lavoratori»; ma anche SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 3, cui si deve certamente riconoscere il merito di aver per primo cercato di conferire una maggiore organicità alla materia in esame, mettendone in luce gli aspetti che la differenziano dalle altre prestazioni di previdenza contrattuale e cercando di collocarla all'interno del sistema previdenziale, senza alternarne i tratti essenziali.

nell'ambito degli studi sociologici, che valorizzano maggiormente i profili "organizzativi" del lavoro, invece, esso è stato definito come «[il] modo in cui l'impresa esercita la propria cittadinanza in un contesto di welfare plurale e societario. Il welfare aziendale emerge da un dialogo fra impresa e lavoratori che si attua attraverso un "contratto relazionale e riflessivo", includente dispositivi in denaro e in servizi progettati per accrescere il benessere del personale, lavorativo e familiare dei dipendenti...[i quali, se] disegnati ed erogati in coerenza con la cultura aziendale e in risposta ai reali bisogni dei lavoratori, influiscono positivamente anche sul benessere organizzativo e sulla produttività d'impresa»<sup>753</sup>.

Ad ogni modo, a prescindere dalla definizione che si intenda eleggere a modello (o dal nome che si preferisca attribuire al fenomeno medesimo), preme innanzitutto coglierne il carattere cangiante ed individuarne le funzioni cui è preposto, in una prospettiva necessariamente interdisciplinare.

Non è, infatti, un caso che la letteratura - anche giuridica - sviluppatasi intorno al tema del welfare aziendale negli ultimi anni, si distingua per varietà di approcci adottati e discipline coinvolte, traducendosi spesso in un linguaggio ibrido e innovativo, che fa uso di termini fino ad oggi poco noti alla scienza giuridica, quali "innovazione sociale", modello *multistakeholders*, o ancora "economia collaborativa", ecc.

Nondimeno, il fenomeno si presta all'utilizzo di categorie concettuali e schemi classificatori apparentemente collegati solo in modo collaterale: è il caso della cd. Responsabilità Sociale di impresa (Corporate Social Responsibility o CSR), che di tanto in tanto viene menzionata dagli studiosi della materia come uno dei possibili effetti positivi derivanti dall'implementazione del welfare aziendale (anche) su scala sovranazionale. Nella sua accezione più intuitiva, infatti, la CSR altro non è che una regola di *soft law* cui l'impresa decide di conformarsi allo scopo di certificare che il modello di business da essa perseguito è "eticamente sostenibile", in tal modo distinguendosi in senso positivo dai suoi *competitors* e assicurandosi il *placet* di quel segmento della popolazione di consumatori più sensibile ai temi sociali che si intersecano con il mondo degli scambi commerciali.

Non sfuggono, infatti, le implicazioni scaturenti dall'utilizzo di un approccio, per così dire, "costituzionalizzante" del welfare aziendale (i.e. the *constitutionalization doctrine*), che valorizza opportunamente la *funzione sociale* della libera iniziativa economica enucleato dall'articolo 41 della Costituzione<sup>754</sup>, in un contesto dove al paradigma *azienda-datore di lavoro v. lavoratore-prestatore*,

---

<sup>753</sup> MACCHIONI E., *Culture e pratiche del welfare aziendale. Dalla responsabilità sociale alla Cittadinanza d'impresa*, Mimesis, 2014, p. 136.

<sup>754</sup> Sul punto si veda anche CARUSO B., "The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 193. Scettico sulla perdurante coesistenza «[del]la progettualità della promozione dell'eguaglianza sostanziale con la libertà di iniziativa economica recuperata nella sua

sembra progressivamente sostituirsi quello dell'*azienda-fornitore di beni/servizi v. lavoratore-fruttore-cliente*<sup>755</sup>.

In filosofia<sup>756</sup>, tale approccio “olistico” ha da sempre trovato ampio riscontro, mentre sotto il profilo più strettamente giuridico, si riscontra ancora un certo scetticismo<sup>757</sup>. A riguardo, va quantomeno rilevato quanto già osservato da quella dottrina che ha ravvisato nella CSR un’opportunità di sensibilizzazione delle imprese, le quali potrebbero essere per tale via incoraggiate - per libera scelta e non per imposizione da parte dello Stato - a perseguire interessi non solo individuali, ma anche collettivi, quali la tutela dell’ambiente, dei diritti dei lavoratori e dei consumatori, nonché l’implementazione dei diritti umani *latu sensu* lungo tutta la catena globale del valore<sup>758</sup>.

La ricchezza dei temi cui si è qui solamente fatto cenno, mette in evidenza la sfida che lo studioso della materia deve necessariamente raccogliere nel tentativo di individuare delle risposte esaustive alle numerose e complesse questioni che attualmente animano il dibattito in materia, nella consapevolezza del considerevole sforzo classificatorio e ricostruttivo richiesto a tale fine.

---

funzione sociale» a seguito della «grande depressione del terzo millennio» è, invece, PESSI R., *Il welfare mix: povertà ed esclusione sociale*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 55.

<sup>755</sup> DE FILIPPO A., *Costruzione di un piano di welfare aziendale e modalità di gestione*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 136.

<sup>756</sup> *Ex pluribus*, si ritiene particolarmente significativo in materia il contributo di SEN A., *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il mulino, 2010.

<sup>757</sup> Da questo punto di vista, particolarmente ricco di spunti appare il contributo di TURSÌ A., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in TULLINI P.-TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Zanichelli, 2006, p. 77 ss., che, per quanto di nostra conoscenza, risulta ancora uno dei pochi contributi che affronta il tema della CSR in una prospettiva giuridica, mettendone in luce le implicazioni sul rapporto di lavoro e delle relazioni industriali. A riguardo, è certamente condivisibile la critica mossa dall’Autore alla scienza giuridica, che, talvolta, risulta «priva di aspirazioni e possibilità sistematiche» (p. 87); non altrettanto può dirsi però di alcune delle conclusioni cui perviene l’A. in ordine al ruolo che il sindacato dovrebbe assumere all’interno di un sistema di relazioni industriali che valorizzi fattualmente la CSR. All’auspicio di un sindacato che si renda «socialmente responsabile», chi scrive intende contrapporre l’opposta idea di un sindacato che conserva la propria carica conflittuale allo scopo di controbilanciare la disparità che comunque caratterizza i rapporti di forza su cui si basa il sistema di produzione capitalista. Viceversa, si snaturerebbe il ruolo del sindacato medesimo, quale strumento di rivendicazione e di tutela degli interessi collettivi che esso stesso rappresenta.

<sup>758</sup> Così GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Giornate di studio AIDLASS, Cassino, 18-19 maggio 2017, p. 73 e, in generale, SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale nel modello di welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2017, 2, p. 383 ss.

## 2. La nozione di welfare aziendale

Come evidenziato da un'attenta dottrina<sup>759</sup>, gli sconvolgimenti sociali e le trasformazioni della famiglia e della impresa hanno reso il contratto di lavoro protagonista di una morfogenesi, che ha comportato il progressivo abbandono della visione dicotomica del mero scambio “lavoro” e “salario”. Se, da un lato, infatti, nell'ultimo decennio, hanno trovato ampio margine di diffusione forme di retribuzione variabile (quali, ad esempio, la partecipazione agli utili, realizzata attraverso la distribuzione di azioni, o le *stock options*) a sostegno del potere di acquisto dei lavoratori, non necessariamente di carattere monetario né legate alla *performance* individuale; dall'altro, anche la nozione di *retribuzione* si è ampliata significativamente, finendo per ricomprendervi le controprestazioni introdotte dal welfare aziendale in forma di servizi, che arricchiscono il contenuto del rapporto con un carattere di scambio sociale e non solo di mercato<sup>760</sup>. Nondimeno si evoca il concetto di *remuneratività*, quale nuova idea di corresponsività sociale insita nel rapporto di lavoro<sup>761</sup> e si attribuiscono all'istituto della retribuzione inedite funzioni, quali quella di «forma di organizzazione scientifica del lavoro...di rilievo premiale/incentivante in ragione della relativa duttilità a essere anche strumento di definizione dell'inserimento professionale-comportamentale del lavoratore nel contesto lavorativo»<sup>762</sup>.

È, dunque, allo scopo di adattare la nozione di retribuzione al polimorfismo tipico dei benefit aziendali che devono leggersi i tentativi di “ri-concettualizzare” istituti tradizionali del diritto del lavoro, come, peraltro, confermato «[dal]la più recente evoluzione delle politiche aziendali di *compensation & benefit* in una logica di total reward che presuppone che il salario rappresenti certamente un elemento importante della retribuzione, ma non l'unica componente»<sup>763</sup>.

Da questo punto di vista, infatti, il rilievo sociologico-gestionale della nozione di retribuzione, ne consentirebbe, secondo un Autore<sup>764</sup>, la suddivisione in tre distinti segmenti, al cui interno

---

<sup>759</sup> MACCHIONI E., *op ult. cit.*, p. 134.

<sup>760</sup> In questo senso TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsa, 2013, p. 24.

<sup>761</sup> Si esprime in tal modo BACCHINI F., *op ult. cit.*, p. 643.

<sup>762</sup> FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, 3, p. 671, si richiama a sua volta a DEVARO J., *A theoretical analysis of relational job design and compensation*, in *Journal of Organizational Behaviour*, 2010, 31, p. 279-301. Tale espressione risale, tuttavia, a GIUGNI G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1968, p. 7 ss., ora in A.A.V.V., *Impresa e società* (Scritti in memoria di Alessandro Graziani), Napoli, 1968, p. 813-888.

<sup>763</sup> Come evidenziato da GRANDI D., *Redistribuzione e retribuzione: le diverse funzioni del welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, pp.13-14.

<sup>764</sup> FAIOLI M., *Welfare privato in Europa. Casi studio e comparazione*, W.P. MEFOP, n. 33/2013, pp. 12-13.

rientrerebbero rispettivamente le voci legate al lavoro prestato (cd. Total Cash), i benefici aggiuntivi offerti in una logica incentivante (cd. Total Direct Compensation) e, infine, i servizi erogati direttamente o indirettamente dall'impresa presso cui il lavoratore-beneficiario è occupato (cd. Total Remuneration). Più precisamente, rientrerebbero nel cd. Total cash, il salario di base (comprensivo di salario ed eventuale sussidio regionale) e le ccdd. variabili di breve periodo o *Short Term Variable* (comprehensive di incentivi di carattere annuale, bonus, premi occasionali, ecc.); nella cd. Total Direct Compensation, invece, rientrerebbero gli incentivi di lungo termine (o *Long Term Incentives*), comprensivi di gestioni di azionariato e stock options. Alla cd. Total Remuneration sarebbero, infine, riconducibili i benefit più frequentemente offerti dai piani del welfare aziendale, quali i fondi pensionistici complementari, i fondi sanitari integrativi, le misure di sostegno al potere di acquisto, i servizi di mobilità collettiva, ecc.

La *ratio* sottesa a tale operazione è chiara: ci si è convinti della necessità di rimodellare un istituto che, oltre a costituire il corrispettivo per eccellenza della prestazione lavorativa, ha rappresentato per decenni la materia su cui si sono consumate le più importanti lotte sindacali, in quanto esso è al tempo stesso sia garanzia di preservazione del potere d'acquisto del singolo lavoratore che leva a disposizione delle organizzazioni sindacali per arginare le spinte concorrenziali "al ribasso" (cd. *dumping*) cui i lavoratori sarebbero altrimenti esposti. Si ritiene, dunque, - forse opinabilmente - che tale istituto non sia più in grado di rispondere alle mutate esigenze di un mercato del lavoro che richiede strumenti più duttili e risposte diversificate a seconda del settore produttivo, della classe dimensionale dell'impresa, della categoria legale di appartenenza, ecc. In questo contesto si inserisce, dunque, il welfare aziendale, che proprio in ragione della sua recente genesi (almeno per ciò che concerne le forme che esso ha assunto nell'ultimo biennio), si presenta come un'occasione per superare vecchi paradigmi, assecondando quell'approccio ormai dominante in politica ed in economia per il quale si rende necessario uno "svecchiamento" di ciò che appartiene ad una tradizione giuridica, economica e politica più garantista e progressista, ormai superata dagli eventi, per adottare un approccio più vicino alla *law and economics doctrine*, in cui il sacrificio e l'austerità diventano le chiavi di trasformazione della società "più efficienti".

In una prospettiva giuslavoristica, dunque, la flessibilizzazione dei rapporti di lavoro e le spinte verso una crescente privatizzazione del mercato e dei servizi, appaiono la risposta più efficace (e immediata) a tali tendenze, tenuto conto altresì del progressivo arretramento dello Stato e dell'insostenibilità dei conti pubblici, cui si è scelto di dare soluzione attraverso il coinvolgimento sempre maggiore dei privati nella gestione della "cosa pubblica", ma anche degli adempimenti

richiesti in ragione dell'appartenenza del nostro Paese all'Unione Europea, che incidono notevolmente sulle politiche di investimento, ma anche sulla gestione del debito pubblico.

D'altronde, la scarsa "reattività evolutiva" dimostrata dal sindacato rispetto alle mutate esigenze organizzative e produttive del mercato, nonché la frammentazione della società civile e la precarizzazione dei rapporti di lavoro indeboliscono fortemente qualsiasi tentativo di invertire tale tendenza. Sicché per quanto concerne più specificamente i trattamenti retributivi e pensionistici attesi nei prossimi anni, pare lecito ipotizzare che, se la ripresa economica dovesse risultare meno consistente e duratura del necessario, il potere d'acquisto sarà sempre minore – seppur parzialmente compensato dalle componenti non monetarie erogate tramite il welfare aziendale – come, d'altra parte, anche il tasso di sostituzione alla luce delle considerazioni già esposte nel precedente capitolo.

### 3. «Perché fare welfare?»: le possibili filosofie alla base del welfare aziendale

Premesso, in via di prima approssimazione, che le prestazioni offerte dal welfare aziendale assumono la qualifica di erogazioni con finalità extra-remunerative (per lo più di carattere organizzativo, socio assistenziale e incentivate), corrisposte in natura<sup>765</sup> - in cui manca l'elemento dell'*animus remunerandi*, che caratterizza altre forme di remunerazione, nella maggior parte dei casi, i benefit sono offerti alla generalità dei lavoratori o a categorie di essi per evitare trattamenti *ad personam* che accentuerebbero le disparità all'interno della variegata popolazione aziendale. Peraltro, come si vedrà meglio nel capitolo dedicato alla disciplina fiscale del welfare aziendale, ai fini del riconoscimento dei vantaggi fiscali previsti dalla legge, è richiesto che il rapporto contrattuale si instauri direttamente fra datore di lavoro ed il fornitore del servizio, non potendo godere della medesima esenzione il rimborso che il datore disponga a favore dei dipendenti che sostengano in prima persona le relative spese. Si tenga, inoltre, presente che le misure di welfare erogate nel rispetto del quadro normativo vigente consentono la completa deducibilità dei costi per l'azienda e non concorrono alla formazione di reddito di lavoro per il dipendente.

Quanto, invece, alle *motivazioni* che inducono un'azienda a promuovere – unilateralmente o bilateralmente – iniziative di welfare aziendale, esse possono essere molteplici e alternativamente o congiuntamente riconducibili a: a) miglioramento del clima aziendale, attraverso il soddisfacimento delle esigenze dei dipendenti e l'accrescimento del loro senso di appartenenza; b) miglioramento della

---

<sup>765</sup> Nella quasi totalità dei casi non è ammesso lo scambio di denaro, né come forma di rimborso né di anticipazione.

*performance* dell'impresa, mediante la valorizzazione del proprio capitale umano attraverso una politica di gestione di tipo incentivante; c) conservazione della propria tradizione di gestione delle risorse umane quando questa sia ispirata a tale modello di management; ma anche alla possibilità di risparmio offerta dalla normativa fiscale; e, infine, d) al contenimento del costo del lavoro attraverso un possibile *trade-off* tra salario e servizi di welfare<sup>766767</sup>.

Allo stesso modo è possibile individuare le *logiche* sottese a tale scelta, le quali, secondo la prospettazione offerta da un Autore<sup>768</sup>, sono principalmente tre: secondo la *logica distributiva*, il welfare aziendale dovrebbe essere rivolto a tutti i dipendenti; secondo quella *solidaristica*, invece, il welfare aziendale dovrebbe essere rivolto ai lavoratori che ne hanno più bisogno; secondo quella *premiata-selettiva*, infine, il welfare aziendale dovrebbe essere rivolto ai lavoratori che lo meritano di più.

Secondo una diversa, seppur simile, categorizzazione, invece, sarebbero due le *leve* che inducono l'impresa a offrire servizi di welfare aziendale: quella *organizzativa*, che privilegia l'obiettivo di migliorare l'efficienza aziendale attraverso corresponsioni in natura (come, ad esempio, i «buoni per la spesa», le convenzioni aziendali, gli sconti presso catene di distribuzione, i servizi per la mobilità, ecc.) e l'efficientamento delle prestazioni (ad esempio, attraverso lo *smart working*, *telework*, *flexible hours*, asili nido, centri estivi, banca delle ore, turni autogestiti, ecc.); e quella *comunitaria*, che, invece, valorizza maggiormente «la coesione aziendale intorno al suo codice identitario», allo scopo di potenziare la *performance* complessiva mediante il rafforzamento del senso di appartenenza (per esempio, attraverso l'istituzione di fondi di previdenza complementare o di assistenza sanitaria integrativa; la “staffetta generazionale”; iniziative di formazione in favore dei

---

<sup>766</sup> Come attestato da MALLONE G., *Il welfare aziendale in Italia: tempo di una riflessione organica*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 63, che riporta gli esiti dell'indagine svoltasi nel 2015 per iniziativa di Confindustria e Percorsi di Secondo Welfare attraverso la somministrazione di una *web-survey* che ha coinvolto 103 aziende aderenti a Confindustria operanti su tutto il territorio nazionale.

<sup>767</sup> Negli stessi termini DI STANI C.- MASSAGLI E., *Dal welfare di Stato al welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, p. 5, secondo cui il welfare aziendale consente di raggiungere tre obiettivi gestionali: «1) l'aumento della retribuzione reale dei lavoratori, senza corrispettivo aggravio del costo del lavoro per unità di prodotto; 2) il miglioramento del clima aziendale, del benessere dei lavoratori e del loro potere d'acquisto, con effetti diretti sulla riduzione dell'assenteismo, dei costi d'inefficienza e con un innalzamento dell'orgoglio di appartenenza; 3) l'ottimizzazione dell'impatto fiscale e contributivo del compenso non monetario sia per i lavoratori che per l'impresa »

<sup>768</sup> Così DE COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 234.

dipendenti o dei figli di questi ultimi; o ancora la sottoscrizione di assicurazioni contro gli infortuni e la non-autosufficienza<sup>769770</sup>).

Sotto una diversa prospettiva, poi, il tipo di piano scelto dall'azienda può fornire degli elementi utili a identificare il rapporto che essa intende intrattenere con il territorio che la circonda. Nella ricostruzione offerta da un A.<sup>771</sup>, sarebbero due, in particolare, gli assi attraverso cui si esprimerebbe tale rapporto: l'asse *endo-aziendale*, in cui gli strumenti di welfare adottati «sono orientati a consolidare la dimensione *introflessa* dell'appartenenza, intensificando il legame con l'impresa e valorizzando le relazioni interne al suo perimetro fisico e organizzativo e così rimarcando la differenza, e persino la distanza emotiva, fra l'universo lavorativo e quello esterno»; e l'asse *allo-aziendale*, che, diversamente alla prima, «è orientata ad aprire un'area di fertile reciprocità fra l'impresa e il territorio che essa abita, investendo sull'equilibrio aperto e plurale dei due sistemi sociali e riconoscendo il valore della loro connessione e della loro integrazione».

Parimenti sarebbero individuabili due diversi assi, questa volta di tipo “negoziale” e “concessorio”, sulla base del livello di coinvolgimento effettivo delle parti sociali nella creazione del piano di welfare voluto dall'azienda. Secondo tale diversa categorizzazione rientrerebbe nel primo asse quel sistema di welfare aziendale in cui viene privilegiato il confronto con le rappresentanze sindacali «per l'individuazione, la definizione e la regolazione degli strumenti di *welfare* applicati»; viceversa, si tratterebbe di un welfare di stampo paternalistico proprio del secondo asse summenzionato, quello in cui prevale il riconoscimento unilaterale dei benefici a favore delle maestranze<sup>772</sup>. Le ricadute derivanti dall'implementazione del primo piuttosto che il secondo dei modelli appena descritti sono evidenti: è chiaro, infatti, che assecondare la tendenza, auspicata in dottrina, di coinvolgere effettivamente le parti sociali in termini sempre maggiori nella costruzione dei piani di welfare aziendale potrebbe innestare quel processo di mutamento di paradigma all'interno delle relazioni industriali italiane, che abbandonerebbero il loro carattere preponderantemente

---

<sup>769</sup> Così CASTRO M., *Il welfare aziendale: ragioni e prospettive di una strategia*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 117-118. Similmente DE COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 238-239.

<sup>770</sup> Sulla nozione di autosufficienza si veda SQUEGLIA M., *L'evoluzione del nuovo “nuovo” welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 1, pp. 127-128, che si riferisce alle nozioni di autosufficienza fornite dal D.M. 27 ottobre 2009 e dall'art. 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104.

<sup>771</sup> È chiaro, infatti, che produce esiti contrapposti la scelta di aprire un asilo nido all'interno del sito produttivo piuttosto che di stipulare una convenzione per l'accesso garantito all'asilo pubblico; come la scelta di aderire ad un fondo negoziale costituito su base nazionale come Cometa o Fonchim piuttosto che territoriale come Solidarietà Veneto; o ancora la scelta di convenzionarsi per le prestazioni erogabili attraverso il cd. carrello della spesa – di cui si dirà meglio più avanti- con una catena della Grande Distribuzione di proprietà extra-italiana piuttosto che con una serie selezionata di negozi di prossimità espressione della tradizione locale. Sul punto di veda ancora CASTRO M., *op. ult. cit.*, pp. 118-119.

<sup>772</sup> CASTRO M., *Ivi*, pp. 120-121.



conflittuale per adottarne uno maggiormente partecipativo<sup>773</sup>. Alla dottrina che ravvede nel fenomeno del welfare aziendale un'opportunità per realizzare tale cambiamento, si contrappone, tuttavia, lo scetticismo di un'altra parte della dottrina<sup>774</sup> e di alcune formazioni sociali<sup>775</sup>, di cui si dirà meglio nei paragrafi che seguono.

#### 4. Aree di intervento del welfare aziendale

Indagate le ragioni che possono spingere un'azienda ad adottare piani di welfare aziendale, può tornare utile individuare le aree di intervento in cui le imprese sono solite intervenire più di frequente. Come noto, infatti, se la previdenza complementare e la sanità integrativa rappresentano ancora le aree "principe" del welfare aziendale<sup>776</sup>, nondimeno è aumentato negli ultimi anni l'interesse per i servizi di assistenza per i familiari a carico; le misure di work-life balance; le iniziative a supporto dell'istruzione/educazione dei dipendenti e degli eventuali beneficiari; iniziative nei settori della ricreazione, dello sport e della cultura; le misure a sostegno della mobilità collettiva; le misure di sostegno al reddito (prestiti agevolati, anticipazione del TFR, ecc.); le agevolazioni per l'acquisto di beni di consumo e altri servizi alla persona, anche e soprattutto in ragione degli incentivi fiscali riconosciuti dal legislatore mediante i più recenti interventi legislativi<sup>777</sup>. In tale eterogeneità risiede, peraltro, la difficoltà di tradurre in termini giuridico-contrattuali tale variegata tipologia di prestazioni, che spaziano «dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione) al diritto non corrispettivo (diritto al telelavoro, al part-time, alla flessibilità oraria), dalle politiche retributive in senso stretto alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione vita-lavoro, politiche di welfare familiare, ecc.)»<sup>778</sup>.

---

<sup>773</sup> *Ex pluribus*, CARUSO B., *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, RIDL, 2016, 2, p. 201.

<sup>774</sup> *Ex multis*, COLOMBO S., *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 117.

<sup>775</sup> Come riferito, *ex pluribus*, da LEONARDI S.-ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 111.

<sup>776</sup> Come sottolineato da TREU T., *Il welfare aziendale: problemi, opportunità, strumenti*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 40, secondo cui «Alquanto variabile è anche la quantità di risorse impiegate, per l'insieme dei *benefits* come per le singole misure. Previdenza complementare e sanità integrativa assorbono la quantità maggiore di risorse sia che le misure siano previste esclusivamente a livello d'azienda sia che si aggiungano a fondi nazionali o territoriali. Questa quantità di risorse riflette le aspettative espresse dai lavoratori che pongono previdenza e ancora più sanità/assistenza in cima alle loro preferenze di *welfare*».

<sup>777</sup> Cui è dedicato il successivo paragrafo.

<sup>778</sup> GRANDI D., *Redistribuzione e retribuzione: le diverse funzioni del welfare aziendale*, in MASSAGLIE. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, p.14.

A riguardo, per ciò che concerne le tendenze registrate nella contrattazione di secondo livello, i dati dell'Osservatorio della Cisl (OCSEL)<sup>779</sup> rivelano che le materie “più contrattate” negli anni 2012-2015 risultano, in ordine, il Salario, con la percentuale del 36% nel 2015, il Welfare Integrativo, che si è attestato al 20%; cui seguono la regolazione dell'orario di lavoro con il 18% in aumento rispetto al 2014 di circa 7 punti percentuali; la regolamentazione dei Diritti sindacali e dei Diritti di Informazione e Consultazione (17% nel 2015); e la regolamentazione di pratiche organizzative in azienda (11%), che è cresciuta di ben 5 punti percentuali rispetto al 2014 (6%). Sono altresì cresciute le voci del Mercato del Lavoro (4% nel 2014, 10% nel 2015), della Formazione Professionale (5% nel 2014, 10% nel 2015) e dell'Inquadramento (4% nel 2014, 7% nel 2015); mentre, in fondo alla classifica, rimangono la CSR, la Partecipazione, le Pari opportunità e la bilateralità.

Ne deriva che la seconda materia in ordine di ricorrenza è il Welfare Integrativo, che è passato dal 13% nel 2012 al 20% nel 2015, aumentando, dunque, di sette punti percentuali nell'arco di un triennio. Più precisamente, prendendo in esame le tre macro aree dei (a) Servizi Aziendali e Convenzioni, (b) dei Fondi Integrativi e (c) del Miglioramento delle disposizioni legislative e normative, di cui si compone la materia del Welfare Integrativo, i dati complessivi dal 2012 al 2015 mostrano che le misure di tipo (a) sono state le più negoziate (55%), mentre gli accordi che hanno trattato la materia (b) rappresentano il 48% del totale, infine, quelli che contenevano le norme di maggior favore rispetto alla legislazione vigente in materia di paternità e maternità, handicap ecc. (c), costituiscono il 38% del totale.

La materia (a) si compone a sua volta in misure di sostegno al reddito (38%), che vanno dalla copertura di spese scolastiche e mediche, alle convenzioni con supermarket e pubblici esercizi alle politiche di *work-life balance*, fino all'ampliamento delle causali per l'anticipazione del TFR, cui seguono i servizi aziendali vari (29%) come il servizio mensa, i trasporti, la predisposizione di servizi di lavanderia, ecc.

L'individuazione mirata di prestazioni e servizi alla persona (come ad esempio i servizi di cura e di assistenza a bambini e anziani, ecc.) ha, invece, interessato una percentuale minima (1%), mentre le prestazioni concernenti la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro sono state oggetto di negoziazione nel 19% degli accordi. Infine, le restanti materie - pari complessivamente al 13% - riguardavano: le borse di studio anche per i figli dei dipendenti; un budget individuale che il lavoratore può spendere per la propria formazione; benefit vari, come le cure termali, i centri estivi, ecc.; e le misure per la tutela della salute, il benessere fisico, mentale e sociale (1%).

---

<sup>779</sup> Si veda OCSEL, Rapporto OCSEL 2016, *Gestione delle crisi aziendali*, 4 febbraio 2017.

Tali dati rivelano, peraltro, che «la pressante richiesta di servizi per la famiglia pare essere la conferma ...[del]la debolezza dell'assistenza pubblica, il basso potere d'acquisto causato dalla crisi, la minor disponibilità di nonni e la maggior presenza femminile sul lavoro<sup>780</sup>.

In riferimento a tale ultimo aspetto, occorre, tuttavia, sottolineare che nel nostro Paese il ruolo di *manager* del *care giving* familiare grava ancora troppo spesso interamente sulle spalle della donna<sup>781</sup>, la quale è, quindi, più facilmente esposta a impegni e a stress, che ne compromettono la performance lavorativa, con importanti ricadute sul lavoro, la vita di coppia e la fertilità, come l'abbandono del lavoro, l'aumento dei divorzi e delle separazioni, il calo dei matrimoni e della natalità. I dati statistici raccolti dall'Istat<sup>782</sup> dimostrano, infatti, che il 14,4% delle donne assunte con contratto a tempo parziale dichiara di non poter lavorare a tempo pieno «a causa dell'indisponibilità di servizi di supporto adeguati alle proprie esigenze in termini di costi, orari, vicinanza alla zona di residenza e presenza di personale specializzato».

Ancora più difficile è, peraltro, la situazione delle neo-madri, se si considera che «Nel 2012, il 77,3 per cento delle neo-madri mant[eneva] a due anni dalla nascita del figlio il lavoro che svolgeva in gravidanza (era l'81,6 per cento nel 2005): di queste, tuttavia, ben il 43,1 per cento dichiara[va] di avere problemi di conciliazione, una proporzione che è andata aumentando nel tempo (erano il 36,4 per cento nel 2003 e il 39,2 per cento nel 2005)»<sup>783</sup>, a causa, principalmente, della rigidità dell'orario di lavoro (indicata come prioritaria dal 52,5% delle neo-madri intervistate), nonché dell'obbligo di svolgere dei turni, di lavorare in orario serale o nel fine settimana (considerato il principale ostacolo dal 20,5% delle intervistate)<sup>784</sup>.

Si consideri, infine, che in Italia si contano più di 650.000 donne inattive che si prendono cura dei figli minori, di adulti malati o disabili, di anziani non autosufficienti sacrificando la propria aspirazione a trovare un impiego in ragione dell'insufficienza di servizi pubblici o per l'alto costo di quelli privati. Il carico di cura che grava sulle spalle di queste donne è, infatti, così intenso che molte

---

<sup>780</sup> FAGNANI E., *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale, Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all'istruzione?*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 1, pp. 167-168.

<sup>781</sup> Sul punto ci veda DE FILIPPO A., *Contenuti e tipi di welfare aziendale*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 49.

<sup>782</sup> ISTAT, *Rapporto Annuale 2012*, p. 121, disponibile su <http://www.istat.it/archivio/61203> (ultimo accesso 03/10/2017). Nell'11% dei casi si tratta esclusivamente di servizi per la cura di bambini, nell'1,5% esclusivamente di servizi per la cura di persone anziane, malate o disabili e nell'1,9% dei casi di entrambi i tipi di servizi.

<sup>783</sup> Nel *dossier* ISTAT, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2010*, disponibile su <http://www.istat.it/archivio/48912> (ultimo accesso 02/10/2017).

<sup>784</sup> Di indubbio interesse è certamente il *progetto La.Fem.Me.*, che ha coinvolto le aziende di alcune regioni del Mezzogiorno (Campania, Puglia, Sicilia e Calabria) allo scopo di «diffondere e sperimentare misure di conciliazione famiglia-lavoro...[attraverso] un percorso di formazione, sensibilizzazione e consulenza aperto a tutti gli interlocutori che contribuiscono allo sviluppo del welfare aziendale e realizzato in collaborazione con la rete delle Consigliere di Parità, Istituzioni locali, imprenditori e sindacati...», i cui esiti possono essere consultati su <http://secondowelfare.it/privati/aziende/lafemme-lavoro-femminile-mezzogiorno-.html>.

devono comunque ricorrere ad aiuti informali. Non stupisce, peraltro, che il problema sia stato accentuato dalla crisi, la quale ha indotto la generalità delle famiglie a ridurre i consumi, intaccare i risparmi, o addirittura indebitarsi pur di garantire un livello minimo di assistenza ai familiari non autosufficienti<sup>785</sup>.

Volendo, invece, indagare in una prospettiva più marcatamente gestionale, i profili soggettivi inerenti la popolazione aziendale, che incidono sulla predisposizione dei pacchetti di welfare, emerge che le aziende più avvedute tengono conto del *genere* e dello *status (familiare)* dei propri dipendenti allo scopo di assicurarsi il maggior grado di apprezzamento. Quanto al profilo del “genere”, di particolare interesse risulta l’indagine effettuata da Tower Watson in collaborazione con GfK-Eurisko (2009)<sup>786</sup>, che mette in evidenza come le lavoratrici donne apprezzino maggiormente iniziative di welfare a carattere familiare, quali il *care giving*, le opportunità educative per i figli, il rimborso delle spese sanitarie proprie e dei famigliari e la previdenza integrativa. Diversamente i dipendenti maschi prediligono beni d’uso quotidiano, quali l’auto aziendale e i rimborsi delle spese legate alla mobilità, e premi monetari e/o beni più direttamente correlati all’integrazione reddituale immediata.

Quanto ai profili relativi allo “status”, invece, particolarmente suggestiva appare la suddivisione dei piani di welfare aziendale proposta da un Autore<sup>787</sup> sulla base della tipologia di dipendente prevalente all’interno del singolo contesto aziendale; dalla quale risulta che, nelle industrie produttrici di beni di largo consumo, dove la popolazione aziendale consta principalmente di qualifiche operaie o impiegatizie più basse (come accade nelle nei settori dell’elettrodomestico, dell’arredamento, della filatura o della tessitura, dell’automobile, o nelle imprese fornitrici di servizi standardizzati nei settori della grande distribuzione, della logistica, dei *call center*), i benefit maggiormente apprezzati sono quelli attraverso cui i beneficiari riescono ad integrare il proprio potere d’acquisto migliorando le condizioni di vita proprie e dei familiari: a) il “carrello della spesa” (mediante, ad esempio, convenzioni con punti vendita); b) la sanità integrativa (mediante convenzione assicurativa per offrire a dipendenti e familiari servizi sanitari gratuiti o a prezzi vantaggiosi); c) il supporto all’istruzione o all’attività fisica dei figli (rimborso spese scolastiche; orientamento scuola-lavoro; borse di studio; rimborso tasse d’iscrizione a corsi dilettantistici); d) i finanziamenti (mutui a tassi agevolati; consulenza e assistenza tecnico-finanziaria); e) i trasporti (rimborso delle spese per la mobilità casa-lavoro, *car pooling*, convenzioni con sistemi di trasporto

---

<sup>785</sup> Questi i dati riportati da FERRERA M.-MAINO F., *Conclusioni: bilancio e prospettive*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 373

<sup>786</sup> Citata da DE COLLE M.-FELTRIN P., *op. ult. cit.*, p. 233.

<sup>787</sup> Si precisa, a proposito, che l’analisi qui offerta prende spunto dalle considerazioni di CASTRO M., *Il welfare aziendale: ragioni e prospettive di una strategia*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 129-142.

pubblico). Invece, nei contesti produttivi ad alta concentrazione di personale con qualifica e stipendio elevati, in cui il livello di impegno richiesto espone i dipendenti a stress, il pacchetto di welfare deve essere maggiormente personalizzato, gratificante e orientato ad evitare distrazioni, e dunque articolato in: a) pacchetti *leisure* (convenzioni commerciali, accesso gratuito o scontato a ristoranti, alberghi, villaggi-vacanze, crociere, spettacoli teatrali, concerti, mostre, stazioni termali, centri benessere, eventi sportivi, esposizioni, fiere, musei, ecc.); b) *wellness in house* o in convenzione (palestra, campo di *squash*, piscina, percorso di *jogging*, sala biliardo, sala videogiochi, *lounge-bar*, sala musica, emeroteca, ecc., accessibili anche durante l'orario formale di lavoro); c) servizi di "disbrigo" (svolgimento di pratiche amministrative o di commissioni, la lavanderia e la tintoria, il trasporto a scuola dei figli, la prenotazione di attività extra-lavorative, la manutenzione delle auto personali e dell'abitazione, ecc.); d) prestazione di supporto alla personalità del collaboratore (incentivando il rafforzamento del profilo culturale del collaboratore).

Nei contesti aziendali in cui prevale la componente femminile e di personale giovane, le misure di welfare da prediligere sono quelle funzionali alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, quali: a) la flessibilità oraria (*smart working*, *job sharing*, ecc.); b) i servizi di assistenza (asilo nido, *babysitting*, *babyparking*, supporto domestico e telefonico per i familiari non autosufficienti); c) il disbrigo delle pratiche quotidiane (maggior-domo aziendale, bollette, lavanderia).

Nelle aziende in cui la presenza di personale immigrato è consistente, vanno favoriti i meccanismi di welfare che incentivino i meccanismi di integrazione, come ad esempio, a) i permessi per il ricongiungimento familiare; b) la conversione delle ore di lavoro straordinario in ferie supplementari in aggiunta alle ferie ordinarie; c) i corsi gratuiti di lingua e cultura italiana; d) i servizi di consulenza e di supporto per l'espletamento delle pratiche burocratiche; e) i pacchetti formativi per i congiunti del lavoratore migrante; f) l'individuazione di abitazioni congrue, collocate al centro delle dinamiche sociali del territorio.

Infine, nelle PMI innovative e con una clientela internazionale in cui prevalgono figure professionali non fungibili sul mercato (o difficilmente sostituibili in tempi brevi), è essenziale che i benefici offerti dal piano di welfare siano volti alla fidelizzazione degli stessi, e alla fortificazione del loro senso di *retainment*. Da questo punto vista, risultano particolarmente appropriati sia i premi di risultato e/o gli ordinari meccanismi di distribuzione degli utili che, soprattutto, i ccdd. *employee stock ownership plan (ESOP)* di derivazione statunitense, che garantiscono la partecipazione diretta alla proprietà attraverso l'assegnazione di quote della società<sup>788</sup>.

---

<sup>788</sup> Di tali tipologie di benefit, verrà dato conto più approfonditamente nei paragrafi che seguono.

Sviluppati alcuni dei profili che investono il fenomeno del welfare aziendale sia dal un punto di vista delle motivazioni che inducono un'azienda a predisporre unilateralmente o negoziare con le organizzazioni sindacali prestazioni di welfare aziendale, sia dal punto di vista tecnico-organizzativo-selettivo dei piani di welfare erogati, giova ora approfondire i profili fiscali e le novità introdotte dalle più volte richiamate Leggi di Stabilità 2016-2017, cui è dedicato il prossimo paragrafo.

### 5. I profili fiscali e contributivi

Come anticipato in apertura del presente capitolo, il legislatore italiano è recentemente intervenuto a regolare la materia del welfare aziendale attraverso le Leggi di Stabilità 2016 – 2017, allo scopo di incentivarne lo sviluppo mediante l'incremento dei benefici fiscali e contributivi, da un lato, ma anche attraverso l'ampliamento del ventaglio di benefit erogabili, dei soggetti promotori e della platea dei beneficiari, dall'altro.

Il quadro normativo previgente, infatti, risultava «assolutamente disorganico ed assistematico»<sup>789</sup>, anche in ragione della molteplicità degli ambiti normativi cui era – ed è, invero, tuttora – riconducibile (previdenza complementare, fondi sanitari integrativi, forme di retribuzione in natura, e beni/servizi aziendali). La materia era, inoltre, caratterizzata da una forte incertezza applicativa, cui ha sovente cercato di porre rimedio l'Agenzia delle Entrate attraverso le numerose Circolari amministrative emanate nel corso del tempo, alle quali, tuttavia, non può essere riconosciuta alcuna efficacia normativa esterna<sup>790</sup>. Si spiega, dunque, in tal modo il forte ritardo con cui il welfare aziendale è entrato nella cultura aziendale italiana<sup>791</sup> rispetto ad altre esperienze europee.

Giova sottolineare fin da ora che la principale fonte di regolazione della materia è il D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (in seguito TUIR) e, in particolare, gli articoli 51, 95 e 100, alla cui disamina si procederà nei paragrafi che seguono. Sebbene tali articoli siano stati oggetto di plurimi interventi di riforma, si è scelto di focalizzare l'attenzione sui provvedimenti più recenti, cui va riconosciuta

---

<sup>789</sup> TURSI A., *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 219.

<sup>790</sup> Cfr. ad esempio Cass. Sez. Un. 2 novembre 2007, n. 23031, in *Riv.Dir.Trib.*, 2008, 1, II, p. 15, con nota di SERRANÒ M.V., *L'affievolita funzione "direttiva" delle circolari alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 23031 del 2 novembre 2007*, che qualifica le Circolari come «atti interni, emanati da organi gerarchicamente sovraordinati ed indirizzati agli uffici decentrati e subordinati dello stesso ramo amministrativo, volti all'interpretazione di norme tributarie e privi di efficacia normativa esterna»

<sup>791</sup> Ritiene che le ragioni di tale ritardo siano molteplici, tra cui «l'assenza di un quadro normativo unitario e univoco entro cui le aziende possano muoversi agilmente», FAGNANI E., *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale, Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all'istruzione?*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 1, p. 171.

una funzione significativamente promozionale della materia da tempo auspicata in dottrina<sup>792</sup>. Con riferimento alle prestazioni di welfare aziendale, trova, inoltre, applicazione il *principio di omnicomprensività* del reddito da lavoro enunciato nell'articolo 51, comma 1, TUIR, ai sensi del quale tutte le somme e i valori in genere, corrisposti dal datore di lavoro e a qualunque titolo percepiti dal lavoratore, anche sotto forma di erogazioni liberali, che «trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati alla effettiva prestazione lavorativa, mentre ne vanno escluse solo quelle somme rispetto alle quali il rapporto stesso costituisce una mera occasione contingente per la loro fruizione»<sup>793</sup>. Sono, al contrario, oggetto di imposizione i benefit erogati dal datore di lavoro ai propri dipendenti che rispondono ad un esclusivo o prevalente interesse di questi ultimi, in quanto assumono natura retributiva. Al contrario, non concorrono a formare il reddito da lavoro tutte le erogazioni che rispondono ad un interesse esclusivo o prevalente del datore di lavoro, come ad esempio la fornitura degli strumenti impiegati dal dipendente per svolgere la prestazione o il sostenimento di spese per la formazione professionale. È, infatti, sul successivo comma 2, articolo 51, TUIR, che il legislatore è intervenuto allo scopo di ampliare il novero delle voci escluse da imposizione fiscale, in quanto non rientranti nel reddito di lavoro, come meglio illustrato in seguito.

6. *La disciplina fiscale prima della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. Legge di stabilità 2016)*

Ai sensi dell'articolo 51, comma 2, lett. a-i bis), TUIR (vecchia formulazione<sup>794</sup>) taluni benefit erogati in natura godevano di un miglior trattamento fiscale, in quanto esclusi dal reddito da lavoro. Tra questi vale la pena ricordare quelli che rientra(va)no tipicamente nei piani di welfare aziendale, come, ad esempio, l'utilizzo di opere e servizi erogati dal datore di lavoro con specifica finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto (ccdd. opere e servizi di *utilità sociale*); l'offerta di servizi di trasporto collettivo, anche se affidate a soggetti terzi, ivi compresi gli esercenti servizi pubblici; le somme, servizi e prestazioni erogate dal datore di lavoro per la frequenza di asili nido e colonie climatiche da parte dei figli dei dipendenti, nonché le borse di

---

<sup>792</sup> *Ex pluribus*, PESSIR., *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2015, 1, p. 135.

<sup>793</sup> Cass. Sez. Lav. 25 novembre 2004, n. 22264, in *Dir.Rel.Ind.*, 2005, 2, p. 512 con nota di VIRGILI M., *Sulla computabilità nel t.f.r. dei fringe benefits*.

<sup>794</sup> Ovverosia prima delle Leggi di Stabilità 28 dicembre 2015, n. 208 e 11 dicembre 2016, n. 232.

studio per i dipendenti medesimi; o ancora i contributi di assistenza sanitaria e le erogazioni dovute dal datore di lavoro a fronte di talune spese sanitarie. Tali erogazioni dovevano essere offerte «alla generalità o a categorie dei dipendenti» allo scopo di non favorire taluni lavoratori e svantaggiarne altri mediante l'adozione di misure *ad personam*<sup>795</sup>; e non soggiacevano ad una soglia massima di valore - come invece previsto per altri tipi di erogazioni<sup>796</sup> contenute nell'elenco di cui all'art. 51, comma 2, cit. (quali, ad esempio i contributi previdenziali e di assistenza sanitaria indicati nella *lett. a*). Non concorrevano, inoltre, a formare il reddito da lavoro tutti i benefit il cui valore complessivo non superasse i 258,23 euro nell'arco di tutto il periodo di imposta (cd. *carrello della spesa*), pena la decadenza dal beneficio e l'imposizione integrale delle utilità ricevute.

Si tenga, peraltro, presente che, ai sensi della previgente formulazione della *lett. f*), comma 2, art. 51, TUIR, il riconoscimento dei benefici fiscali previsti dall'art. 100, TUIR, per le «opere e servizi» cd. di utilità sociale offerte ai dipendenti e ai loro familiari<sup>797</sup> era subordinato al rispetto del requisito della volontarietà<sup>798</sup>, delle finalità individuate *ex lege*<sup>799</sup> e della platea di destinatari. A riguardo va sottolineato che, se, da un lato, la scelta di limitare il beneficio fiscale alle sole «opere e servizi» - e conseguentemente escludere le eventuali “somme” corrisposte dal datore a titolo di anticipo e rimborso spese<sup>800</sup> - non ha posto particolari problemi applicativi, per quanto limitativa delle ipotesi di esenzione in favore dei dipendenti; dall'altro, è stata oggetto di vivace dibattito l'interpretazione del requisito della *volontarietà* fornita dall'Amministrazione finanziaria<sup>801</sup>, secondo la quale era da escludersi che il beneficio fiscale *ex art. 100 TUIR* potesse trovare applicazione quando l'erogazione di tali utilità avvenisse, invece, in adempimento di un vincolo contrattuale. Una parte della dottrina ha, infatti, evidenziato come tale previsione si ponesse fortemente in contraddizione

---

<sup>795</sup> A riguardo, si tenga, inoltre, presente che l'Agenzia delle Entrate ha chiarito attraverso le Circolari nn. 326/E del 1997 e 188/E del 1998 che le “categorie” richiamate dall'articolo 51 TUIR non devono essere necessariamente intese nel senso indicato nell'art. 2095 c.c., ma piuttosto individuare un «raggruppamento omogeneo di dipendenti», che ben può essere identificato in un gruppo di lavoratori aventi la medesima anzianità lavorativa, oppure occupati presso un determinato stabilimento, o ancora che svolgono la propria prestazione in specifici turni lavorativi.

<sup>796</sup> Per una panoramica dettagliata delle tipologie di benefit erogabili in vigenza della precedente disciplina, nonché dei relativi trattamenti fiscali, si veda, in particolare, BRENN A F, *Gli strumenti di welfare aziendale: aspetti fiscali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, pp. 105-107

<sup>797</sup> Si tratta dei soggetti indicati nell'art. 12, TUIR.

<sup>798</sup> Intendendosi per tale, la scelta *unilaterale* del datore di lavoro di offrire prestazioni di welfare aziendale ai propri dipendenti.

<sup>799</sup> Ai sensi dell'art. 100, comma 1, TUIR, infatti, «Le spese relative ad opere o servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti volontariamente sostenute per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, sono deducibili per un ammontare complessivo non superiore al 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi».

<sup>800</sup> Sul punto si vedano le Risoluzioni della Agenzia delle Entrate 10 marzo 2004, n. 34/E, che chiarisce come - al contrario di quanto affermato nella precedente Risoluzione n. 23/2000 - per ottenere il beneficio fiscale di cui all'art. 100 TUIR cit., sia necessario che il dipendente non intrattenga alcun rapporto commerciale con il terzo fornitore né intervenga nel pagamento dei servizi di cui si è eventualmente avvalso; 29 marzo 2010, n. 26/E e 17 marzo 2010, n. 26.

<sup>801</sup> Ci si riferisce nuovamente alla Risoluzione della Agenzia delle Entrate 10 marzo 2004, n. 34/E



con le previsioni in materia di previdenza complementare e assistenza sanitaria di cui alla citata lettera a), comma 2, art. 51, TUIR, «per la quale la genesi negoziale e collettiva appare, se non (più) condizione esclusiva del favore fiscale, comunque parametro privilegiato, e mai, comunque, condizione ostativa»<sup>802</sup>.

Quanto, invece, alle somme erogate dal datore alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti «per la frequenza di asili nido e di colonie climatiche da parte dei familiari indicati nell'art. 12, nonché per borse di studio a favore dei medesimi familiari» - rientranti anch'essi nelle opere e servizi di utilità sociale richiamati dall'art. 100 TUIR – era richiesto che, ai fini dell'esclusione, il lavoratore presentasse al datore gli scontrini comprovanti gli acquisti dei testi richiesti dall'istituzione scolastica o dei servizi di refezione, piuttosto che le spese sostenute per l'iscrizione all'asilo nido, le ricevute, le fatture e i bollettini attestanti il pagamento delle tasse scolastiche o universitarie o dei corsi frequentati.

A sgombrare il campo da alcuni dubbi applicativi sollevati in merito alla tipologia di prestazioni rientranti in questa categoria di benefit è intervenuta ancora una volta l'Agenzia delle Entrate, la quale ha chiarito che vi «rientr[assero] anche le somme corrisposte ai dipendenti per assegni, premi e sussidi per fini di studio a favore dei familiari»<sup>803</sup>. L'apertura dimostrata dall'Amministrazione finanziaria, non ha, tuttavia, trovato riscontro nella di poco successiva pronuncia in risposta alla richiesta rivolta alla Corte Costituzionale<sup>804</sup> di estendere l'esenzione anche alle scuole dell'infanzia, la quale ha ritenuto di non ammetterla in ragione del fatto che tale ipotesi non fosse inclusa nella previsione normativa, dando così adito ad una ingiustificata disparità di trattamento che strideva notevolmente con il tenore letterale della norma medesima, che già allora richiamava espressamente le «borse di studio», nel cui novero potevano certamente rientrare anche le somme in oggetto<sup>805</sup>.

Alla successiva L. 26 aprile 2012, n. 144 si deve, invece, l'estensione dell'ambito applicativo della norma in esame non più solo alle «somme erogate», ma anche ai «servizi e prestazioni» offerte per le medesime finalità, in tal modo dando luogo ad una parziale sovrapposizione tra le prestazioni erogabili ai sensi della *lett. f)* e della *lett. f-bis)*, di cui, forse, non si sentiva la necessità<sup>806</sup>. Va, tuttavia, riconosciuto a tale intervento legislativo il merito di estendere il regime fiscale di favore alle

---

<sup>802</sup> TURSI A., *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2012, 3, p. 226.

<sup>803</sup> Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 17 dicembre 2007, n. 378.

<sup>804</sup> Corte Cost. (ord.) 4 marzo 2008, n. 144, disponibile su [www.giustcost.org](http://www.giustcost.org).

<sup>805</sup> Così anche FAGNANI E., *op. ult. cit.*, pp. 179-180, di cui si consiglia la lettura integrale per un più approfondito excursus sulla evoluzione normativa della previsione in esame dal 1990 fino al 2012 (spec. pagg. 183-184).

<sup>806</sup> Stante la possibilità già riconosciuta al datore di offrire prestazioni nel campo dell'istruzione dall'art. 51, comma 1, lett. f). Così anche FAGNANI E., *ivi*, pp. 183-184.

prestazioni erogate a finalità educative in esecuzione di accordi o contratti collettivi nella misura i cui la *lett. f-bis*), diversamente dalla *lett. f*), non richiamava l'art. 100 TUIR, che, invece, prescriveva il requisito della volontarietà per beneficiare del trattamento fiscale di favore, come già chiarito poc' anzi.

#### 7. La disciplina fiscale dopo la Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. Legge di stabilità 2016)

Come noto, il quadro normativo appena descritto è mutato sensibilmente a seguito dell'entrata in vigore della L. 28 dicembre 2015, n. 208 e, successivamente dalla L. 11 dicembre 2016, n. 232, attraverso cui il legislatore è intervenuto in funzione promozionale del welfare aziendale, come emerge dalla disciplina attualmente in vigore. La rilevanza di tale intervento di riforma impone, dunque, di procedere alla disamina delle modifiche apportate dalle Leggi di Stabilità 2016 e 2017, cui sono dedicati i paragrafi che seguono.

Gli ambiti di intervento sono stati essenzialmente in tre: in primo luogo è stato ampliato il novero delle prestazioni che non concorrono a formare il reddito da lavoro; in secondo luogo è stato superato il limite della unilateralità, che fino ad allora aveva penalizzato le forme di welfare aziendale contrattate, in modo tale da collegare il welfare aziendale agli incentivi della contrattazione decentrata sul salario di produttività; e, in terzo luogo, è stata incentivata la diffusione di strumenti di natura non monetaria per facilitare la fruizione dei relativi benefit.

Sul primo versante, il legislatore ha escluso dall'imposizione fiscale in oggetto<sup>807</sup>: 1) i contributi previdenziali e di assistenza sanitaria (*ex art. 51, comma 2, lett. a*) ; 2) le somministrazioni di vitto da parte del datore di lavoro<sup>808</sup> (*lett. c*); 3) le prestazioni di servizi di trasporto collettivo (*lett. d*); 4) i compensi di cui alla *lett. e*); 5) l'utilizzazione delle opere e dei servizi erogati unilateralmente o bilateralmente alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti e ai familiari *ex art. 12 TUIR*<sup>809</sup> per le finalità di cui al comma 1, art. 100 TUIR (*lett. f*) ; 6) le somme, i servizi e le prestazioni

---

<sup>807</sup> Si precisa che è stata effettuata una selezione ragionata delle voci in elenco, sicché taluni periodi possono essere stati volontariamente omessi allo scopo di semplificare la lettura della norma in esame ed aumentare la chiarezza espositiva.

<sup>808</sup> A riguardo va sottolineato che ai sensi dell'art. 4, lett. d) e e), D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, le prestazioni sostitutive del servizio mensa (i ccdd. buoni pasto) non sono cedibili, commercializzabili, cumulabili o convertibili in denaro e sono utilizzabili «esclusivamente per l'intero valore facciale». A differenza dei voucher (*v. infra*) sono, tuttavia, integrabili dal dipendente.

<sup>809</sup> Ai sensi dell'art. 12 del TUIR, tenuto altresì conto delle circolari dell'Agenzia delle Entrate n. 326/1997 e 238/2000, per familiari (che possono anche essere non fiscalmente a carico del lavoratore, vedi da ultimo, circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E/2016) si intendono: a) coniuge non legalmente ed effettivamente separato; b) figlio, compresi i figli naturali, i figli adottivi e gli affidati o affiliati, nonché ogni altra persona indicata nell'art. 433 c.c.,

erogati dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti per la fruizione da parte dei familiari dei servizi di educazione e istruzione anche in età prescolare (*lett. f-bis*); 7) le somme erogate per la fruizione dei servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti (*lett. f-ter*); 8) *stock option* (*lett. g*); 9) le ulteriori somme di cui alla *lett. h*); 10) le mance percepite dai *croupiers* (*lett. i*); 11) le quote di retribuzione di cui alla *lett. i-bis*). A tali benefit si aggiungevano, inoltre, il cd. *carrello della spesa* del valore di 258,23 euro (*ex art. 51, comma 3, ult. per.*); nonché i beni e i servizi elencati al successivo comma 4, *lett. a-c bis*)<sup>810</sup>.

Il nuovo comma 3-*bis*, peraltro, ha riconosciuto la possibilità di erogare i beni, le prestazioni e i servizi appena elencati mediante documenti di legittimazione, in formato cartaceo o elettronico, riportanti un valore nominale (cd. *voucher*)<sup>811</sup>. A riguardo, il successivo D.M. 25 marzo 2016 ha, tuttavia, specificato che «tali documenti non possono essere utilizzati da persona diversa dal titolare, non possono essere monetizzati o ceduti a terzi e devono dare diritto ad un solo bene, prestazione, opera o servizio per l'intero valore nominale senza integrazioni a carico del titolare» (*ex art. 6, comma 1*)<sup>812</sup>.

---

ovverosia genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi; adottanti; generi e nuore, suoceri; fratelli e sorelle germani o unilaterali, che conviva con il contribuente o percepisca assegni alimentari non risultanti da provvedimenti dell'Autorità giudiziaria. Si tenga inoltre presente quanto puntualizzato da BACCHINI F., *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, p. 651, nota n. 67, il quale chiarisce che «nel perimetro giuridico della “famiglia” ha fatto irruzione la l. n. 76/2016, avente ad oggetto la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze; in particolare, per lo specifico tema trattato, rileva l'art. 1, comma 20, della stessa, nel quale si sancisce che, ovunque ricorrono: nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Nella G.U. Serie Generale n. 22 del 27 gennaio 2017 sono stati, inoltre, pubblicati i decreti attuativi 9 gennaio 2017, nn. 5, 6 e 7, cui si rimanda.; si veda anche, Inps, Messaggio n. 5171 del 21 dicembre 2016.

<sup>810</sup> Ovverosia autoveicoli, motocicli e ciclomotori concessi in uso promiscuo; concessione di prestiti; fabbricati concessi in locazione e servizi gratuiti per il trasporto ferroviario di persone, il cui valore normale «è determinato in misura pari al prezzo mediamente praticato dalla stessa azienda nelle cessioni al grossista». Ulteriori prescrizioni sono, infine, dettate dai commi 5-8 bis per particolari tipologie di indennità (quali le indennità di trasferta), missioni (al di fuori del territorio comunale o trasferte all'estero) e assegni (di sede), cui si rinvia.

<sup>811</sup> Secondo MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, Giornate di studio AIDLASS, Napoli, 16-17 giugno 2016, p. 51, «L'affermazione del modello tramite di gestione mediante *voucher* potrebbe però avere un contraltare negativo, ossia un accrescimento del rischio che il welfare occupazionale (...) non consista in un incremento di benessere e di salario, bensì semplicemente in una sua, parziale, sostituzione con valori para-monetari (soprattutto qualora riparta l'inflazione) (...)». Si consideri, inoltre, che, sempre ad avviso dello stesso A. «Tale sostituzione peraltro risulta non priva di conseguenze non solo in termini di riduzione della copertura contributiva obbligatoria, ma anche in termini di riduzione delle libertà di scelta individuali in materia di consumo e approvvigionamento di servizi per le famiglie dei lavoratori interessati. Nella misura in cui le compagnie d'intermediazione di beni e servizi mediante voucher inizino a gestire una quota considerevole del monte salari dei lavoratori italiani, sarà necessario che di pari passo le scelte commerciali di tali compagnie divengano oggetto di interesse dei sindacati, in termini di monitoraggio dei relativi riflessi sulle condizioni di lavoro nei settori economici intermediati, in termini di modelli di *business* nel trattamento dei dati personali dei lavoratori beneficiari dei servizi e, più in generale, in termini di responsabilità sociale nelle scelte di consumo».

<sup>812</sup> Rappresentano, tuttavia, una deroga a tale principio i beni e servizi di cui all'art. 51, comma 3, ultimo comma, TUIR del valore di 259,23 euro (cd. *carrello della spesa*), che possono essere «cumulativamente indicati in un unico documento di legittimazione, purché il valore complessivo degli stessi non ecceda il limite di importo di cui alla medesima disposizione». A riguardo l'Agenzia delle Entrate ha, peraltro, chiarito che, a differenza del voucher monouso, che deve

Sul secondo versante, invece, le modifiche più importanti hanno riguardato le *lett. f) e f-bis)* ed è stata inserita *ex novo* la *lett. f-ter)*.

Alla nuova *lettera f)* – relativa ai ccdd. oneri di utilità sociale - va certamente riconosciuto il merito di aver esteso la deroga al principio di omnicomprensività del reddito di lavoro dipendente alle opere o i servizi erogati in adempimento di un vincolo contrattuale<sup>813</sup>, in tal modo «correggendo una incomprensibile limitazione che rendeva di fatto la contrattazione un modello sostanzialmente residuale»<sup>814</sup>. Oggi è, infatti, ammessa l'erogazione delle opere e dei servizi di utilità sociale di cui alla *lettera f)* cit., sia per iniziativa del datore di lavoro (volontariamente) che in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale. Anzi, va rimarcato che solo tale ultima ipotesi gode di un *favor* fiscale sconosciuto al welfare volontario, dal momento solo gli oneri di utilità sociale negoziati bilateralmente risultano totalmente decontribuiti e detassati, mentre quelli concessi unilateralmente «sono deducibili per un ammontare complessivo non superiore al 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi» (*ex* articolo 100, TUIR)<sup>815</sup>.

Quanto, invece, alla *lettera f-bis)* – relativa ai «servizi di educazione e istruzione» - va certamente apprezzato lo sforzo di porre rimedio alla perdurante incertezza interpretativa mediante la specificazione dei benefit che vi rientrano *ex lege* (i.e. i servizi integrativi e di mensa, la frequenza a ludoteche e a centri estivi e invernali<sup>816</sup> e le borse di studio) e della età dei beneficiari, oggi anche “prescolare”<sup>817</sup>.

---

dare diritto ad un solo bene, prestazione, opera o servizio, predeterminato *ab origine* e definito nel valore, il voucher cumulativo può rappresentare una pluralità di beni, determinabili anche attraverso il rinvio ad una elencazione contenuta su una piattaforma elettronica, che il dipendente può comporre a suo piacimento fino al raggiungimento dell'importo stabilito. L'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione 22 ottobre 2008, n. 59/E, ha altresì chiarito che rientrano in tale categoria le erogazioni in natura sotto forma di beni, servizi o buoni rappresentativi degli stessi (ad esempio i buoni carburante) di importo inferiore al limite dei 258,23 euro. La determinazione del valore da attribuire ai beni e servizi offerti ai fini della verifica del raggiungimento di tale soglia deve avvenire ai sensi dell'art. 9, TUIR.

<sup>813</sup> Alla possibilità di erogarli volontariamente (i.e. unilateralmente per iniziativa del datore di lavoro) e di beneficiare della summenzionata deroga, si è, dunque, affiancata quella di erogarli in adempimento di un contratto collettivo (i.e. bilateralmente per iniziativa di entrambe le parti sociali).

<sup>814</sup> A riguardo, peraltro, l'Agenzia delle Entrate, ha avuto modo di sottolineare che la possibilità riconosciuta al lavoratore di trasformare parte della propria retribuzione in opere e servizi di cui alla *lettera f)* (ma analoghe considerazioni possono svolgersi in riferimento alle successive lettere *f-bis)*, *f-ter)* e *f-quater)*) deve corrispondere, dal punto di vista quantitativo, ad un «range di ragionevole proporzionalità rispetto all'ordinaria retribuzione monetaria», soggetta a tassazione progressiva, non potendosi attribuire al lavoratore la totale disponibilità della propria retribuzione. Sul punto si veda anche SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 2, pp. 384-385.

<sup>815</sup> Si veda in merito la Circolare dell'Agenzia delle Entrate 15 giugno 2016, n. 28/E.

<sup>816</sup> Superando in tal modo il lessico certamente non attuale precedentemente utilizzato in riferimento alle «colonie climatiche».

<sup>817</sup> Sicché, in controtendenza rispetto alla summenzionata pronuncia della Corte Costituzionale (ord.) 4 marzo 2008, n. 144, devono ora ritenersi incluse anche le scuole materne, come osservato da MALANDRINI S., *Produttività, sostegno al welfare aziendale e partecipazione, alcune riflessioni*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 155.

L'inserimento della successiva lettera *f-ter*) ha, infine, colmato il *vulnus* relativo alle prestazioni assistenziali destinate ai familiari del lavoratore incentivando notevolmente sul piano fiscale l'erogazione dei «servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti», in precedenza agevolabili solo se resi non in forma monetaria (ad esempio attraverso rimborsi)<sup>818819</sup>.

Il terzo e ultimo degli interventi menzionati in apertura del presente paragrafo ha, infine, introdotto la possibilità per i lavoratori dipendenti<sup>820</sup> del settore privato con un reddito inferiore ai 50.000 euro<sup>821</sup> (con esclusione, pertanto, dei dirigenti) di *convertire* tutta o una parte del salario di produttività negoziato a livello aziendale o territoriale «[nel]le somme e [nei]i valori di cui al comma 2 e all'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 51»<sup>822</sup> le quali benefici(av)ano di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%<sup>823</sup>. A riguardo, viene, tuttavia, fissato il limite dei 2.000 euro, quale importo al di sotto del quale i premi di risultato di ammontare variabile - «la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, misurabili e verificabili» o le somme

---

<sup>818</sup> A riguardo, occorre peraltro chiarire che, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare 3 gennaio 2005, n. 2/E, per «soggetti non autosufficienti» si intendono coloro che non sono in grado di compiere gli atti della vita quotidiana, quali, ad esempio, assumere alimenti, espletare le funzioni fisiologiche e provvedere all'igiene personale, deambulare, indossare indumenti; o che necessitano di sorveglianza continuativa, ma deve comunque risultare da certificazione medica.

<sup>819</sup> Ne deriva, dunque, che non dovrebbero essere esclusi da tali prestazioni assistenziali né i neonati né i bambini in tenera età, i quali non sono certamente in grado di provvedere a loro stessi. Nello stesso senso DELLI FALCONI F., *La nuova disciplina del welfare aziendale introdotta dalla Legge di stabilità 2016*, in *Corr.Trib.*, n. 19/2016, p. 1468 e, *contra*, veda RENELLA G., *Possibile la conversione in "welfare" aziendale dei premi di risultato*, in *Corr.Trib.*, 30/2016, p. 2337. *Nulla quaestio*, invece, per quanto concerne l'individuazione dei familiari anziani, non essendo, ad avviso di chi scrive, opinabile il chiarimento fornito dall'Amministrazione finanziaria sul punto, che ha individuato tale categoria negli individui con più di 75 anni.

<sup>820</sup> Sono pertanto esclusi i titolari di redditi assimilati, quali ad esempio i collaboratori coordinati e continuativi.

<sup>821</sup> Si precisa che concorrono alla determinazione della soglia reddituale i soli redditi da lavoro dipendente soggetti a tassazione ordinaria, mentre non rilevano quelli soggetti a tassazione separata. Conseguentemente, deve ritenersi concorrente a tali fini la quota maturanda di TFR richiesta dal lavoratore e liquidata in busta paga, in quanto tassata ordinariamente. Parimenti sostitutiva rilevano ai fini del calcolo della soglia reddituale le retribuzioni premiali assoggettate ad imposta, mentre sono esclusi gli emolumenti premiali sostituiti con le prestazioni di welfare aziendale. Sul punto si veda RENELLA G., *Ivi*, p. 2333.

<sup>822</sup> I quali, peraltro, ai sensi del comma 184, art. 1, l. 208/2015 «non concorrono, nel rispetto dei limiti ivi indicati, a formare il reddito di lavoro dipendente, né sono soggetti all'imposta sostitutiva disciplinata dai commi da 182 a 191, anche nell'eventualità in cui gli stessi siano fruiti, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, delle somme di cui al comma 182» (il corsivo è mio).

<sup>823</sup> Ai sensi del comma 182, art. 1, l. 208/2015, l'imposta sostitutiva trova applicazione «salva espressa rinuncia» da parte del lavoratore, in ragione del fatto che l'applicazione dell'imposta può talvolta risultare sfavorevole, come ad esempio nelle ipotesi in cui esclude la possibilità di far valere oneri deducibili o detraibili. Su punto si veda RENELLA G., *op. ult. cit.*, p. 1336. Nella diversa ipotesi in cui «il datore di lavoro rileva che l'applicazione dell'imposta sostitutiva]... comporti una tassazione complessivamente deteriore in capo al lavoratore, la tassazione ordinaria può essere applicata portandone a conoscenza il dipendente che non vi abbia espressamente e autonomamente rinunciato», come chiarito da RENELLA G.-SANSEVERINO L., *Detassazione del welfare aziendale: ambito oggettivo e presupposto della contrattazione collettiva*, in *Corr.Trib.*, n. 5/2017, p. 378. Il lavoratore risponderà, invece, per l'eventuale errata applicazione del regime agevolato in assenza delle condizioni di accesso, rettificando la propria situazione e inserendo la retribuzione ricevuta (erroneamente assoggettata ad imposta sostitutiva) nella dichiarazione dei redditi.

erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa<sup>824</sup> sulla base dei criteri definiti dall'articolo 2 del D.M. 25 marzo 2016<sup>825</sup> - sono soggetti a tale imposta sostitutiva quand'anche non convertiti nella somme anzidette. Tale limite può, peraltro, essere aumentato a euro 2.500 per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con le modalità specificate nell'articolo 4, D.M. 25 marzo 2016<sup>826</sup>. E', tuttavia, richiesto che, ai fini dell'applicazione della suddetta imposta sostitutiva, i contratti collettivi aziendali o territoriali «stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» (ex articolo 51, D.lgs 15 giugno 2015, n. 81) - in esecuzione dei quali vengono erogati i suddetti premi e somme – siano depositati nelle modalità indicate all'articolo 14, D.lgs 14 settembre 2015, n. 151 entro 30 giorni dalla sottoscrizione dei medesimi unitamente alla dichiarazione di conformità del contratto alle disposizioni contenute nel D.M. 25 marzo 2016 cit., il quale stabilisce altresì il modello da utilizzare a tale scopo<sup>827</sup>, disponibile anche sul sito [www.lavorogov.it](http://www.lavorogov.it)<sup>828</sup>.

Sono, dunque, da escludersi dall'agevolazione le prestazioni di welfare aziendale erogate in attuazione di accordi o contratti collettivi nazionali di lavoro e gli accordi individuali tra datore di lavoro e prestatore di lavoro<sup>829</sup>; sicchè risultano particolarmente penalizzate le PMI, in cui spesso mancano rappresentanze sindacali aziendali. Per ovviare a questo problema, è rimasta, tuttavia, la possibilità per le imprese di piccole e medie dimensione di concludere contratti conformi ai contratti

---

<sup>824</sup> Si precisa in proposito che, ai sensi dell'art. 3, DM 25 marzo 2016, per somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa si intendono «gli utili distribuiti ai sensi dell'articolo 2102 del codice civile». Tale fattispecie risulta, dunque, distinta dai premi di risultato ed è, pertanto, ammessa a godere dell'agevolazione fiscale a prescindere dagli incrementi di produttività, qualità, efficienza ed innovazione richiesti per i suddetti premi.

<sup>825</sup> Trattasi di criteri di misurazione e verifica degli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione che, ai sensi dell'art. 2 cit. possono consistere «nell'aumento della produzione o in risparmi dei fattori produttivi ovvero nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, anche attraverso la riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, rispetto ad un periodo congruo definito dall'accordo, il cui raggiungimento sia verificabile in modo obiettivo attraverso il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati»; di guisa che il beneficio fiscale non è più legato alla «retribuzione di produttività» di cui al D.P.C.M. 22 gennaio 2013, bensì trova applicazione *solo* con riferimento ai premi di risultato.

<sup>826</sup> Ai sensi del quale «L'incremento di cui all'articolo 1, comma 189, della legge n. 208/2015 è riconosciuto qualora i contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), prevedano strumenti e modalità di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro da realizzarsi attraverso un piano che stabilisca, a titolo esemplificativo, la costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all'innovazione di aree produttive o sistemi di produzione e che prevedono strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire e delle risorse necessarie nonché la predisposizione di rapporti periodici che illustrino le attività svolte e i risultati raggiunti». È, dunque, da escludersi che possano ritenersi utili a tali fini i «gruppi di lavoro di semplice consultazione, addestramento o formazione» (comma 2).

<sup>827</sup> Precisano, peraltro, RENELLA G.-SANSEVERINO L., *Detassazione del welfare aziendale: ambito oggettivo e presupposto della contrattazione collettiva*, in *Corr.Trib.*, n. 5/2017, p. 378, che l'obbligo di deposito della dichiarazione di conformità, diversamente dal deposito del contratto collettivo che può essere adempiuto sia dalle O.O.S.S. firmatarie sia dal datore di lavoro, deve necessariamente essere ottemperato dal datore di lavoro, che, in qualità di sostituto d'imposta, risponde della corretta applicazione dello stesso regime agevolativo.

<sup>828</sup> Queste le indicazioni fornite dall'articolo 5, D.M. 25 marzo 2016.

<sup>829</sup> Come chiarito dalla Circolare dell'Agenzia dell'Entrate 15 giugno 2016, n. 28/E.

collettivi di categoria a carattere territoriale; inoltre, si tenga presente che, a seguito della sottoscrizione da parte di CGIL-CISL-UIL e Confindustria dell'Accordo Quadro<sup>830</sup> 14 luglio 2016 relativo ad uno schema di accordo territoriale sulla produttività, queste ultime possono ora redigere accordi territoriali utilizzabili *anche* dalle aziende impossibilitate a sottoscrivere contratti aziendali perché sprovviste di RSA/RSU. Tale accordo rappresenta, dunque, un importante passo in avanti nella diffusione del welfare aziendale anche nelle aziende di piccola e media dimensione, che – è bene ricordarlo – rappresentano ancora il 99% delle aziende attive nel nostro Paese<sup>831</sup>.

Sul punto merita, infine, una considerazione la proposta avanzata da ASSONIME<sup>832</sup> in ordine alla possibilità di “rimonetizzare” il premio non goduto, che dovrebbe essere concessa nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia optato per la conversione del premio in beni e/o servizi, ma non abbia utilizzato l'intero basket entro la fine dell'anno. In tal caso, una soluzione alternativa alla perdita della parte di premio non goduta potrebbe essere appunto la “rimonetizzazione” del premio convertito, pur nella consapevolezza dei problemi che potrebbero sorgere nel caso in cui la “rimonetizzazione” avvenga nel periodo di imposta successivo a quello di percezione del premio. Ad ogni modo, non essendo a conoscenza di prese di posizione ufficiali da parte dell'Amministrazione finanziaria in merito, qualsiasi futuro chiarimento sul punto non potrà che essere accolto con favore.

Tornando, invece, alle modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2016, il comma 185 ha, infine, esteso l'applicazione, in quanto compatibili, delle ordinarie disposizioni in materia di imposte dirette per quanto concerne le ipotesi di accertamento e di riscossione, ma anche per quanto riguarda le sanzioni e l'eventuale contenzioso.

Ne deriva un modello fortemente improntato su un «approccio di tipo contrattuale e partecipativo alla gestione dei Pdr e del welfare aziendale»<sup>833</sup>, che, accanto alla possibilità di offrire prestazioni di welfare aziendale ad iniziativa *unilaterale* del datore di lavoro, oggi ne ammette altresì la negoziazione in forma *bilaterale* mediante la stipulazione degli accordi sul salario di produttività, che riconoscono al lavoratore la possibilità di convertire, su base volontaria, i premi di risultato e le somme erogate sotto forma di utili dell'impresa nelle somme e valori di cui ai commi 2 e 3, ultimo

---

<sup>830</sup> Disponibile su <http://www.dottrinalavoro.it/wp-content/uploads/2016/07/Confindustria-14-07-2016-Accordo-quadro-territoriale-detassazione-2016.pdf> (ultimo accesso 06/10/2017).

<sup>831</sup> Secondo i dati più aggiornati diffusi dal Ministero dello Sviluppo Economico disponibili su <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/incentivi/impresa/fondo-di-garanzia-per-le-pmi> (ultimo accesso 06/10/2017).

<sup>832</sup> Trattasi della Circolare 3 novembre 2016, n. 24 disponibile su <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/268496.aspx> (ultimo accesso 06/10/2017), citata da RENELLA G.-SANSEVERINO L., *Premi di risultato ai dipendenti e welfare aziendale, tra chiarimenti applicabili e attesi*, in *Corr.Trib.*, n. 21/2017, pp. 1672-1673.

<sup>833</sup> MALANDRINI S., *Produttività, sostegno al welfare aziendale e partecipazione, alcune riflessioni*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 157.



periodo, articolo 51, TUIR. A ben vedere, peraltro, tale ultima ipotesi risulta più conveniente per le aziende in termini di riduzione del costo del lavoro, in quanto le somme e i valori erogati in esecuzione di tali accordi risultano totalmente decontribuite oltretutto detassate, mentre «le erogazioni premiali ordinarie correlate a risultati aziendali [sono] solamente defiscalizzate»<sup>834</sup>, dal momento che il comma 191, l. n. 208/2015 ha reso indisponibile il pregresso finanziamento per la decontribuzione dei premi di risultato, a decorrere dalle erogazioni maturate nell'anno 2015.

A riguardo, giova, peraltro, ricordare che la disciplina degli sgravi contributivi applicabili agli importi dei premi di risultato ha conosciuto, nel tempo, una significativa involuzione<sup>835</sup>, in ragione della riduzione dapprima dell'aliquota di computo del limite agevolato<sup>836</sup> e, in un secondo momento, del finanziamento nazionale<sup>837</sup>. Sicché è venuta meno, già dal 2016, la possibilità di fruire della decontribuzione dei premi di risultato, «producendo una dinamica certamente contraddittoria rispetto all'affidamento...che la disciplina del 2012 aveva comunque indotto nei datori di lavoro, seppure in riferimento ad aliquote divenute progressivamente inferiori a quelle inizialmente prospettate»<sup>838</sup>. In tale contesto, sarebbe, dunque, auspicabile una presa di posizione più coerente e meno ondivaga da parte del legislatore, che consenta alle imprese di effettuare delle previsioni di spesa sul medio-lungo periodo, ripristinando il circolo virtuoso che si era inizialmente creato, mediante la predisposizione di *budget* precisi e appetibili.

#### 8. *La disciplina fiscale dopo la Legge 11 dicembre 2016, n. 232 (cd. Legge di stabilità 2017)*

Le novità introdotte dalla Legge di Stabilità si inseriscono perfettamente nel solco tracciato dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208, potenziando ulteriormente le possibilità di crescita del fenomeno

---

<sup>834</sup> MALANDRINI S., *ivi*, p. 158.

<sup>835</sup> Sul punto si suggerisce la lettura di MALANDRINI S., *Contrattazione di prossimità e welfare aziendale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2013, 3, p. 141 ss.

<sup>836</sup> Se, infatti, l'articolo 1, comma 67 della Legge 24 dicembre 2007, n. 247, aveva inizialmente previsto, in relazione ai premi di risultato, l'applicazione a partire dal 1° gennaio 2008 della riduzione di 25 punti percentuali dell'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro «entro il limite massimo del 5% della retribuzione contrattuale percepita»; l'articolo 2, comma 1, Decreto 8 aprile 2015 (G.U. Serie Generale n. 123 del 29 maggio 2015), ha, invece, ridotto tale agevolazione del 2,25% per le erogazioni del 2012-2013 e dell'1,60% per quelle del 2014.

<sup>837</sup> Sebbene, poi, il combinato disposto dell'articolo 4, comma 28, L. 28 giugno 2012, n. 92 e dell'articolo 10, D.l. 31 agosto 2013, n. 102, convertito dalla L. 28 ottobre 2013, n. 124 avesse reso strutturale il finanziamento dell'agevolazione attraverso lo stanziamento di un fondo pari a 650 milioni di euro annui a partire dal 2012, il successivo comma 191, articolo 1, L. 28 dicembre 2015 ha previsto che «Le risorse del Fondo di cui all'articolo 1, comma 68, ultimo periodo, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, e successive modificazioni, sono ridotte di 344,7 milioni di euro per l'anno 2016, 325,8 milioni di euro per l'anno 2017, 320,4 milioni di euro per l'anno 2018, 344 milioni di euro per l'anno 2019, 329 milioni di euro per l'anno 2020, 310 milioni di euro per l'anno 2021 e 293 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2022».

<sup>838</sup> MALANDRINI S., *Produttività...*, p. 163.



in esame. In particolare, viene aggiunta all'articolo 51, comma 2, TUIR, la *lett. f-quater*), che amplia ulteriormente il novero delle somme e dei servizi esclusi dalla tassazione ricomprendendovi anche i contributi e i premi corrisposti dal datore di lavoro alla generalità o a categorie dei dipendenti per erogare prestazioni, anche in forma assicurativa, aventi per oggetto il «rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana» ovvero il «rischio di gravi patologie»<sup>839</sup>.

Inoltre, viene fornita un'interpretazione autentica della più volte ricordata disposizione relativa ai ccdd. oneri di utilità sociale (*lett. f*) nel senso che le disposizioni ivi contenute «si interpretano nel senso che le stesse si applicano anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale».

In secondo luogo, viene stabilito<sup>840</sup> che non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente, né sono soggetti all'imposta sostitutiva<sup>841</sup> sia i contributi versati alle forme pensionistiche complementari di cui al D.lgs 5 dicembre 2005, n. 252, che i contributi di assistenza sanitaria di cui all'articolo 51, comma 2, *lett. a*), TUIR, nonché il valore delle azioni di cui all'articolo 51, comma 2, *lett. g*), TUIR, ricevute, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, dei premi di risultato e delle somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa<sup>842</sup>.

A riguardo occorrerebbe, peraltro, un chiarimento circa quanto evidenziato da un'attenta dottrina<sup>843</sup> in merito alla possibilità di “sostituire” i contributi versati ai Fondi di previdenza (*lett. a*) e alle Casse (*lett. b*) in esecuzione del contratto collettivo o accordo istitutivo del fondo e posti a carico del lavoratore con quelli versati in sostituzione dei premi di risultato o delle somme da ultimo menzionate, che beneficiano di un regime fiscale di favore. In vero, sebbene il tenore letterale della norma non sembri precludere tale possibilità, occorre chiedersi se l'esercizio di tale facoltà si ponga comunque in contrasto con la volontà di favorire la partecipazione alla previdenza complementare e all'assistenza sanitaria integrativa, dal momento che potrebbe incidere profondamente sulla scelta del

---

<sup>839</sup> Laddove, secondo quanto chiarito dalla medesima norma, le prestazioni devono presentare i caratteri stabiliti dall'articolo 2, lett. d), nn. 1-2 del D.M. 27 ottobre 2009, ai sensi del quale sono «1) prestazioni sociali a rilevanza sanitaria da garantire alle persone non autosufficienti al fine di favorire l'autonomia e la permanenza a domicilio, con particolare riguardo all'assistenza tutelare, all'aiuto personale nello svolgimento delle attività quotidiane, all'aiuto domestico familiare, alla promozione di attività di socializzazione volta a favorire stili di vita attivi, nonché' le prestazioni della medesima natura da garantire presso le strutture residenziali e semi-residenziali per le persone non autosufficienti non assistibili a domicilio, incluse quelle di ospitalità alberghiera; 2) prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, correlate alla natura del bisogno, da garantire alle persone non autosufficienti in ambito domiciliare, semi-residenziale e residenziale, articolate in base alla intensità, complessità e durata dell'assistenza; [...]».

<sup>840</sup> Trattasi della modifica introdotta dal comma 160 della Legge di Stabilità 2017 al comma 184-*bis* della Legge di Stabilità 2016.

<sup>841</sup> Pari, lo ricordiamo, al 10%, come stabilito dai commi da 182 a 191 della L. n. 208/2015.

<sup>842</sup> Peraltro, anche se eccedenti i limiti indicati rispettivamente all'articolo 8, commi 4 e 6, D.lgs n. 252/2005 e all'articolo 51, *lettere a) e g*), TUIR.

<sup>843</sup> RENELLA G.-SANSEVERINO L., *op. ult. cit.*, pp. 1676-1677.

lavoratore la possibilità di sottrarsi al regime di contribuzione ordinaria previsto per i contributi versati dall'articolo 16, D.lgs n. 252/2005 mediante la suddetta ipotesi di conversione. Una soluzione di favore per il lavoratore potrebbe essere quella di considerare le somme versate a fronte della "sostituzione" a carico del solo datore di lavoro in modo tale da essere sottoposte esclusivamente al contributo di solidarietà previsto dal D.lgs 252/2005 cit. per il (solo) datore di lavoro.

Sotto un altro profilo, dalla disposizione così riformata sembrerebbe derivare altresì che qualora il datore di lavoro decidesse di corrispondere i contributi ad una forma pensionistica complementare per l'importo massimo deducibile (di euro 5.164,27), sulla base di un piano di welfare aziendale, egli potrebbe altresì versarne ulteriori 3.000 euro in sostituzione del premio di risultato, di modo che «la somma complessiva, che non concorrerebbe al reddito di lavoro dipendente sarebbe di gran lunga superiore (precisamente euro 9.164,27) alla soglia di deducibilità normalmente prevista»<sup>844</sup>. Ciò, comporterebbe, dunque, il duplice beneficio di incrementare significativamente la posizione individuale del lavoratore maturata presso la forma pensionistica complementare e di massimizzare i rendimenti di quest'ultima, considerate le maggiori risorse da investire<sup>845</sup>.

In terzo luogo, è previsto un regime fiscale *ad hoc* per gli autoveicoli, i motocicli e i ciclomotori concessi in uso promiscuo; i prestiti; i fabbricati concessi in locazione e i servizi gratuiti per il trasporto ferroviario, di cui al comma 4, art. 51, TUIR<sup>846</sup>.

Infine, quanto alla disciplina relativa al salario di produttività, introdotta dalla Legge di Stabilità 2016<sup>847</sup>, viene alzata la soglia di reddito dei dipendenti che possono godere dei benefici fiscali già descritti in relazione ai premi di risultato e alle somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa da 50.000 euro a 80.000 euro, in modo da includervi anche i dirigenti. Viene, inoltre, innalzato l'importo massimo previsto per l'esenzione fiscale da 2.000 euro (2.500 euro in

---

<sup>844</sup> M.SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello di welfare aziendale "socialmente utile" e della produttività partecipata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2017, 2, p. 400.

<sup>845</sup> Di questo avviso è SQUEGLIA M., *Ibidem*.

<sup>846</sup> Questi, infatti, in controtendenza rispetto alle prestazioni di cui ai commi 2 e 3, ultimo comma – oltre a non concorrere a formare il reddito da lavoro, non sono nemmeno soggetti all'imposta sostitutiva prevista per i premi di produttività e le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa, anche se fruiti per scelta del lavoratore in sostituzione integrale o parziale delle medesime somme (*ex art. 1, comma 160, lett. c), l. 232/2016*, che ha modificato il comma 184 dell'art. 1, l. 208/2015). A riguardo, si tenga, inoltre, presente che la possibilità di fruire di tali prestazioni in sostituzione dei premi di risultato era esclusa nella disciplina previgente, nel senso che la Legge di Stabilità 2016 operava un rimando diretto solo ai commi 2 e 3, ultimo comma, articolo 51, TUIR; sicché, come evidenziato da un MARIANETTI G., *Dalla Legge di bilancio novità per "welfare" aziendale e produttività*, in *Corr.Trib.*, 45/2016, p. 3479, tale facoltà dovrebbe accogliersi con favore «soprattutto per quel che concerne la possibilità di "investire" il premio in mutui» anche alla luce della posizione assunta già qualche anno fa dall'Agenzia delle Entrate, che nella Risoluzione 46/E/2010 aveva consentito alle società, a determinate condizioni, di erogare un contributo direttamente sul conto corrente del dipendente dal quale la banca poteva prelevare le rate del mutuo, godendo del regime agevolato di cui al comma 4 cit.

<sup>847</sup> Si veda in merito il terzo degli interventi posti in essere dal legislatore del 2016 analizzati al paragrafo precedente.

caso di coinvolgimento paritetico dei lavoratori) a 3.000 euro (elevabili a 4.000 euro nel caso di suddetto coinvolgimento).

In merito a tale ultimo aspetto, va, tuttavia, precisato, che l'articolo 55, comma 1 del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 convertito, con modificazione, dalla L. 21 giugno 2017, n. 96, è intervenuto nuovamente sui limiti appena richiamati in relazione ai più elevati importi di cui possono beneficiare le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, rispetto alle quali è ora prevista una riduzione di venti punti percentuali dell'aliquota a carico del datore di lavoro per il regime relativo a Ivs, ma solamente «su una quota delle erogazioni previste dal comma 182 [i.e. i premi di produttività e le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa] non superiore a 800 euro», mentre è esclusa qualsiasi contribuzione da parte del lavoratore in relazione alla medesima quota. A riguardo sono sorte, invero, alcune perplessità in ordine agli importi precedentemente indicati, dal momento che nella versione attuale del comma 189, articolo 1, L. 208/2015 regolante la materia è scomparso qualsiasi riferimento ai 4.000 euro prima presente; di guisa che pare lecito ritenere che dal 24 aprile 2017 il limite su cui applicare l'imposta sostitutiva del 10% sia pari a 3.000 euro a prescindere dalla circostanza che vi sia stato il coinvolgimento paritetico dei lavoratori<sup>848</sup>. Ad ogni modo, è lo stesso articolo 55, comma 2, D.L. n. 50/2017 a chiarire che la disposizione in esame opera solamente per i premi e le somme erogate in esecuzione dei contratti territoriali e aziendali sottoscritti successivamente al 24 aprile 2017, data di entrata in vigore del decreto medesimo, mentre per i contratti stipulati anteriormente a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti.

In riferimento ai Premi di produttività, si segnala, infine, che, secondo i dati più aggiornati del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dei 13.004 contratti attivi al 18 settembre 2017, 10.209 si propongono di raggiungere obiettivi di produttività, 7.413 di redditività, 6.188 di qualità, mentre 1.740 prevedono un piano di partecipazione e 4.024 prevedono misure di welfare aziendale<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup>Ad ogni modo, come evidenziato da SIROCCHI S., *La decontribuzione scatta solo per gli accordi dopo il 14 aprile*, in <http://www.ilsole24ore.com/focus> del 26 luglio 2017, «i due regimi...sono tra loro alternativi e per i premi erogati ai lavoratori "paritetici", ci può essere un effetto di parziale compensazione tra aspetti positivi e negativi; in generale, la normativa ante Dl 50/2017 (ma successiva alla legge di bilancio 2017) è più favorevole sotto l'aspetto fiscale ammettendo la detassazione fino a 4.000 euro di quota premiale, ma non consente l'accesso alla decontribuzione; al contrario, la nuova disciplina si avvantaggia dei risparmi contributivi, ma si ferma alla soglia fiscale di 3.000 euro, come importo massimo su cui applicare l'imposta sostitutiva del 10 per cento».

<sup>849</sup> Informazioni disponibili su <http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/Premi-di-produttivita-sono-25-658-i-contratti-aziendali-e-territoriali-depositati.aspx> (ultimo accesso 06/10/2017).

## 9. Pro e contro del welfare aziendale secondo la dottrina e le parti

L'eterogeneità dei beni, dei servizi, dei valori e delle somme che possono essere oggi offerti ai dipendenti mediante la predisposizione unilaterale o bilaterale ed il finanziamento dei piani di welfare aziendale<sup>850</sup>, nonché la diversità delle forme e delle modalità attraverso cui essi sono effettivamente erogati<sup>851</sup> rendono difficile la classificazione del fenomeno in oggetto, tenuto altresì conto del complesso quadro costituzionale descritto nel precedente capitolo e della perdurante assenza di sistemi di raccolta/monitoraggio delle ccdd. *best practices*<sup>852</sup>.

A ciò si aggiunga che, per quanto la dottrina maggioritaria<sup>853</sup> sia concorde nell'attribuire al secondo pilastro un ruolo *integrativo* anziché *sostitutivo* del primo pilastro, una parte minoritaria della dottrina ed altri attori sociali hanno espresso un certo scetticismo – se non talvolta una esplicita avversità - circa il ruolo che il welfare aziendale dovrebbe svolgere all'interno del sistema di Sicurezza sociale italiano, come meglio approfondito nei prossimi paragrafi.

Alla luce di quanto finora affermato, può dunque rivelarsi utile una panoramica sulle diverse voci che animano il dibattito dottrinale in materia di welfare aziendale, di cui si è fatto cenno in apertura del paragrafo precedente. In via di prima approssimazione, è possibile dividere le opinioni espresse in dottrina in due categorie, quella dei sostenitori<sup>854</sup> della crescita del fenomeno in oggetto e quella dei detrattori/scettici<sup>855</sup>.

---

<sup>850</sup> Che, come illustrato nel paragrafo precedente, includono non solo la previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa, ma anche misure di work-life balance e di sostegno al reddito, servizi di assistenza a soggetti non autosufficienti, sconti, convenzioni, servizi di carpooling, pacchetti di intrattenimento, sport e viaggi, servizi di consulenza, servizi di disbrigo pratiche, ecc.

<sup>851</sup> Come, ad esempio, anticipazioni, rimborsi, carrello della spesa, voucher, tickets, ecc. (v. *supra*).

<sup>852</sup> Così anche TREU T., *Introduzione*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0, Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 9.

<sup>853</sup> *Ex pluribus*, TREU T., *Ivi*, p. 8.

<sup>854</sup> CARUSO B., *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, RIDL, 2016, 2, p. 177 ss.; MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0, Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 73 ss.; BARBERA M., *Il welfare aziendale: innovazioni e sostegno normativo*, Conference Welfare aziendale: quadro normativo ed esperienze gestionali, Catania, 15 aprile 2016 (intervento non pubblicato); GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Giornate di studio AIDLASS, Cassino, 18-19 maggio 2017; SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale nel modello di welfare aziendale "socialmente utile" e della produttività partecipata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2017, 2, p. 383 ss.

<sup>855</sup> RIZZINI C.L., *Gli empori della solidarietà nel contrasto alla povertà alimentare*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia, Percorsi di secondo welfare*, 2015, p. 179 ss.; DE COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 213 ss.; FAGNANI E., *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale, Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all'istruzione?*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 1, p. 159; COLOMBO S., *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 115 ss.; LEONARDI S.-ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 77 ss.; D. DI VICO, *Più tutele in cambio di produttività. Benvenuti nella società post-*

Più specificamente, appartiene innanzitutto al primo gruppo quella dottrina che ritiene che la diffusione di tale fenomeno potrebbe comportare dei vantaggi non solo per l'azienda, ma anche per i dipendenti, per lo Stato e per i privati coinvolti nel sistema di erogazione dei servizi (ccdd. service providers). Secondo tale dottrina<sup>856</sup>, anche nota come *win-win*, l'azienda fidelizza e "trattiene" i dipendenti migliori, aumentando la produttività e, al tempo stesso, risparmiando denaro; i dipendenti accrescono il loro potere di acquisto e si assicurano un miglior equilibrio tra vita lavorativa e vita privata, servendosi dei *flexible benefits* che più si avvicinano alle loro esigenze; lo Stato ottimizza l'investimento di risorse pubbliche per finanziare la previdenza sociale e l'assistenza sanitaria, innescando un circolo virtuoso che produce degli effetti positivi anche sul debito pubblico; e i service providers espandono le proprie attività, favorendo indirettamente le economie locali con le quali vengono a contatto o cui si rivolgono per soddisfare la domanda di servizi.

Tra i fautori del welfare aziendale è comune l'opinione che la diffusione di tale fenomeno non rappresenti una risposta *contingente*, dovuta a motivazioni di tipo congiunturale ed emergenziale dettate dalla grave situazione economica, e, più in generale, dalla crisi del Welfare State, bensì una «cartina di tornasole di un cambiamento di natura strutturale del modo di organizzarsi dell'impresa»<sup>857</sup>. Vi è, inoltre, chi ha sottolineato come esso possa favorire lo sviluppo di sistemi di gestione, in cui operano diversi *stakeholders* (imprese, dipendenti, azionisti, sindacato, territorio) e che coinvolgono più livelli organizzativi, stimolando la cooperazione e la condivisione di risorse e responsabilità tra le istituzioni pubbliche, i soggetti private e il cd. terzo settore<sup>858</sup>.

Secondo un Autore<sup>859</sup>, poi, i piani di welfare aziendale si ispirerebbero a tre diversi approcci: secondo l'approccio cd. *manageriale* - attraverso cui si esprime anche la cd. *total reward doctrine* - il datore di lavoro mira ad aumentare la produttività riconoscendo gli opportuni incentivi fiscali e investendo sul capitale umano mediante l'erogazione di *flexible benefits*. La dottrina *partecipativa*,

---

*sindacale*, Corriere della Sera, 27.09.2015; GRANDI D.-MASSAGLI E., *Relazioni industriali e welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Studies E-book series n. 31, 2014, p. 77 ss.; MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di studio AIDLASS, Napoli, 16-17 giugno 2016; MALLONE G., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 49 ss. In senso dubitativo CARUSO B., *op. ult. cit.*, p. 187 e T. TREU, *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di.), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Wolters Kluwer, 2013, p. 1 ss.

<sup>856</sup> CARUSO B., *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, RIDL, 2016, 2, p. 185.

<sup>857</sup> CARUSO B., *op. ult. cit.*, pp. 190-191.

<sup>858</sup> MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0, Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 85.

<sup>859</sup> BARBERA M., *Il welfare aziendale: innovazioni e sostegno normativo*, Conferenza Welfare aziendale: quadro normativo ed esperienze gestionali, Catania, 15 aprile 2016 (intervento non pubblicato).

invece, mette in evidenza il ruolo che la contrattazione collettiva potrebbe svolgere nella progettazione e nello sviluppo dei piani di welfare aziendale per assicurare ai lavoratori migliori condizioni di lavoro. Il terzo approccio, già richiamato altrove – ribattezzato da chi scrive come la *costituzionalization doctrine* – mette, invece, in evidenza il “ruolo politico” delle imprese, concepite quali istituzioni con funzioni sociali ed economiche in grado di sostituire i sindacati nel rappresentare gli interessi dei lavoratori, specialmente nelle realtà in cui manca la contrattazione collettiva<sup>860</sup>.

Appartiene, invece, al gruppo dei detrattori/scettici quella parte di dottrina che sottolinea come le esternalità e gli squilibri che già caratterizzano il mercato del lavoro ed il tessuto produttivo italiano dovrebbero essere maggiormente presi in considerazione in relazione al fenomeno del welfare aziendale, in quanto fattori che ne condizionano necessariamente lo sviluppo (in senso negativo), aumentando le disparità tra territori e categorie di lavoratori. A riguardo, infatti, è stato sottolineato che l’implementazione di piani di welfare aziendale potrebbe, in vero, portare all’accentuazione dei “dualismi” già esistenti nel nostro mercato, come, ad esempio, la disparità territoriale tra Nord e Sud Italia<sup>861</sup>, laddove nel Nord Italia vi è un maggiore concentrazione di attività produttive, una maggiore vicinanza all’Europa, un PIL pro capite più alto e un sistema di servizi pubblici più efficiente; tra PMI e grandi imprese<sup>862</sup>, tenuto conto che la massa critica e la disponibilità di risorse rappresentano due elementi chiave per la costruzione di piani welfare, come meglio illustrato in seguito; o ancora tra i lavoratori ccdd. *insiders-outsiders*<sup>863</sup> e tra lavoratori altamente qualificati e scarsamente qualificati<sup>864</sup>.

Secondo questi Autori, tale scelta di incentivare la diffusione del welfare aziendale nel nostro Paese potrebbe, in vero, preludere ad un progressivo disinteressamento e/o deresponsabilizzazione da

---

<sup>860</sup> GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Giornate di studio AIDLASS, Cassino, 18-19 maggio 2017, p. 73. Si veda anche SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale nel modello di welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2017, 2, p. 383.

<sup>861</sup> RIZZINI C.L., *Gli empori della solidarietà nel contrasto alla povertà alimentare*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 257.

<sup>862</sup> DE COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 239; FAGNANI E., *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale, Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all’istruzione?*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 1, p. 192.

<sup>863</sup> CARUSO B., *op. ult. cit.*, p. 187. Preme sottolineare, infatti, che possono beneficiare dei servizi offerti dai piani di welfare aziendale i lavoratori dipendenti del settore private e pubblico (ivi compresi i dirigenti) e i loro “beneficiari” e, in misura prevalente, coloro che sono assunti a tempo indeterminato. Ciò comporta che i lavoratori cd. non standard, della cui condizione si è già detto altrove, sono generalmente esclusi da tale privilegio. Si veda in merito CNEL, *Notiziario dell’Archivio contratti*, n. 23 settembre 2016, p. 7.

<sup>864</sup> A riguardo, si è già avuto modo di sottolineare in relazione ai piani di assistenza integrativa che è comune la scelta, soprattutto, tra le aziende di grandi dimensioni di favorire talune categorie di lavoratori (i.e. quadri e, in misura ancora maggiore, dirigenti) a scapito di altre, mediate la predisposizione di piani di welfare più generosi nei confronti dei primi.

parte dello Stato negli affari pubblici<sup>865</sup>, nonché rappresentare un modo per *bypassare* la contrattazione collettiva mediante un maggior sostegno alla negoziazione individuale<sup>866</sup>.

Infine, non è mancato in dottrina chi<sup>867</sup> ha evidenziato come la possibilità stessa di trasformare parte del salario nei servizi comporti necessariamente una riduzione dell'importo dei contributi versati alla previdenza obbligatoria e, di conseguenza, una diminuzione della prestazione erogata al momento del pensionamento.

#### *10. Sulla possibile collocazione sistematica del welfare aziendale*

Per quanto concerne, invece, il diverso profilo della collocazione del welfare aziendale nell'impianto generale del sistema di sicurezza italiano, occorre, innanzitutto, prendere atto della scarsa attenzione dimostrata fino ad ora dalla dottrina in materia. Infatti, ad eccezione della proposta di ricostruzione sistematica avanzata da un Autore relativamente alla «previdenza contrattuale», di cui si darà immediatamente conto, manca ancora una presa di posizione chiara da parte degli esperti in riferimento alla corretta collocazione del welfare aziendale all'interno dell'articolo 38 Cost. Evidenti, sono, peraltro, le conseguenze derivanti dalla scelta di collocare tale fenomeno in un comma piuttosto che un altro dell'articolo 38 Cost. sia in relazione alla platea dei possibili beneficiari, sia a quella degli attori (aziende, lavoratori, Pubblica Amministrazione, Terzo settore, No profit, cittadinanza, service providers, ecc.), ma anche in riferimento ai caratteri di obbligatorietà/volontarietà dell'adesione e dei profili più specificatamente contributivi e fiscali.

A riguardo non sfugge, peraltro, quanto già sottolineato in precedenza circa il carattere magmatico della materia né la sua natura “bicefala”, data dalla combinazione della sua *genesi*

---

<sup>865</sup> In senso dubitativo, T. TREU, *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di.), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Wolters Kluwer, 2013, p. 10. Nello stesso senso FAGNANI E., *op. ult. cit.*, p. 191.

<sup>866</sup> Si vedano COLOMBO S., *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 117; LEONARDI S.-ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 111; D. DI VICO, *Più tutele in cambio di produttività. Benvenuti nella società post-sindacale*, Corriere della Sera, 27.09.2015 e CARUSO B., *op. ult. cit.*, p. 187 e GRANDI D.-MASSAGLI E., *Relazioni industriali e welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Studies E-book series n. 31, 2014, p. 84. Ritiene, invece, che lo sviluppo del welfare aziendale rappresenti un'occasione per passare da un modello conflittuale di relazioni industriali ad uno partecipativo CARUSO B., *op. ult. cit.*, p. 201.

<sup>867</sup> MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, Giornate di studio AIDLASS, Napoli, 16-17 giugno 2016, p. 51, MALLONE G., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 76.

*privatistica* e dalla sua *funzione latamente pubblicistica*. Sebbene, infatti, il welfare aziendale si presenti come uno strumento di tutela “integrativo”, cui le parti sociali possono liberamente fare ricorso - sia in modo volontario che negoziato - e rispetto al quale il singolo lavoratore rimane libero di aderirvi, non è scontata la sua riconducibilità esclusiva al comma 5, articolo 38 Cost. In merito, fornisce sicuramente un interessante spunto di riflessione la tesi avanzata dalla dottrina cui si è prima fatto cenno, la quale, invero, si ripropone di abbozzare una «prima provvisoria opzione ricostruttiva» relativamente alla più ampia categoria della «previdenza contrattuale» – comprensiva di previdenza complementare, fondi sanitari integrativi, enti bilaterali, fondi bilaterali e welfare aziendale – sotto il profilo dell’*effettività*. Nella prospettazione offerta da questo Autore, la previdenza contrattuale sarebbe collocabile in una *posizione intermedia* tra il secondo ed il quinto comma dell’articolo 38, Cost., per due ordini di motivi: innanzitutto perché tale previdenza gode della specifica garanzia costituzionale della *libertà* (fatta eccezione per i fondi bilaterali obbligatori e residuali, del cui carattere ibrido si è già detto in precedenza), che si traduce altresì nella libertà per il singolo di aderirvi e per i soggetti collettivi di istituire o meno siffatta copertura previdenziale. In secondo luogo, farebbe propendere per tale soluzione la natura stessa della previdenza contrattuale, che trae origine dalla autonomia collettiva «nelle sue diverse e plurime declinazioni»<sup>868</sup>. Se, infatti, non è revocabile in dubbio che sia proprio il contratto collettivo a rappresentare la fonte privilegiata per l’istituzione e la gestione dei fondi di previdenza e assistenza integrativi, degli enti bilaterali e dei fondi bilaterali, a seguito dell’entrata in vigore della L. 28 dicembre 2015, n. 208, il medesimo ruolo di primo piano va ormai parimenti riconosciuto al contratto collettivo istitutivo di pacchetti di welfare aziendale, per le ragioni già ampiamente descritte nei paragrafi precedenti.

Alla luce di tale prospettazione, deriverebbe che, in primo luogo, le somme versate dai datori di lavoro a finanziamento della previdenza contrattuale avrebbero natura e funzione retributiva «così da ritenere le medesime assoggettate, dal punto di vista fiscale, al prelievo ordinario previsto per il risparmio c.d. finanziario e, dal punto di vista previdenziale, al prelievo contributivo ordinario disposto a favore della previdenza obbligatoria»<sup>869</sup>. In secondo luogo che, in tal modo collocata, la previdenza contrattuale «si presenterebbe libera, ma in ogni caso da incoraggiare, presentandosi di intensità tale da essere precipuamente rintracciabile come forma di risparmio non finanziario»<sup>870</sup>, quale forma di tutela privata a completamento del sistema pubblico.

---

<sup>868</sup> SQUEGLIA M., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 144-145.

<sup>869</sup> SQUEGLIA M., *ivi*, p. 146.

<sup>870</sup> SQUEGLIA M., *ivi*, p. 145.



Senonché, tale convinzione sembra messa parzialmente in discussione dallo stesso Autore a seguito dell'entrata in vigore delle Leggi di Stabilità 2016-2017, nella misura in cui la promozione sul piano fiscale del modello contrattuale di welfare aziendale, combinata all'ampiamiento dell'(e modalità di) offerta di «opere e servizi» e alla previsione di contributi/premi erogabili anche in forma assicurativa, vengono interpretati come la volontà del legislatore di intervenire direttamente sulla nozione di retribuzione assoggettabile a prelievo fiscale<sup>871</sup>. Partendo, infatti, dal duplice presupposto che la disciplina del fenomeno del welfare aziendale non possa rimanere circoscritta al solo ambito fiscale e tributario, e che le due nozioni di retribuzione (fiscale e contributiva) non siano plasticamente sovrapponibili, l'A. giunge ad affermare che «tanto più il fenomeno del welfare aziendale riceverà sostegno e incentivazioni di carattere fiscale, tanto più sarà indifferibile [...] un intervento del legislatore sulla nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi», la quale dovrebbe, infatti, ricomprendere «quei beni e servizi *lato sensu* idonei a soddisfare bisogni oggettivamente accertati – ancorché producano benefici indiretti per i prestatori d'opere»<sup>872873</sup>. Nella visione dell'A., peraltro, tale soluzione comporterebbe il duplice vantaggio di contribuire «alla garanzia di “mezzi adeguati alle esigenze di vita” e alla concretizzazione del correlato “principio di solidarietà”» e di consentire allo Stato «di operare quale “regolatore” delle componenti private del sistema previdenziale, preso atto sia della dichiarata indisponibilità di risorse pubbliche sia del progressivo arretramento di tutela nella realizzazione della finalità generale di liberazione dal bisogno»<sup>874</sup>.

A riguardo, non possono che accogliersi con favore le ricadute positive derivanti da una simile impostazione: ampliare la nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi, facendovi rientrare anche i beni e i servizi idonei a soddisfare «bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati», gioverebbe certamente agli enti e alle Casse previdenziali, nonché agli stessi beneficiari dei trattamenti previdenziali, nella misura in cui, ad una maggiore contribuzione, corrisponderebbe un più elevato livello di tutela e una maggiore sostenibilità finanziaria. Parimenti ne gioverebbe il principio di solidarietà (intergenerazionale), laddove l'obbligo contributivo su tali elementi avrebbe una portata generalizzata a tutti coloro che ne traggono i relativi benefici. Tuttavia, non possono trascurarsi gli effetti negativi di tale soluzione: innanzitutto si riproporrebbe la questione della qualificazione di tali elementi, che per tale via verrebbero nuovamente assoggettati alla contribuzione

---

<sup>871</sup> Così SQUEGLIA M., *L'evoluzione del nuovo “nuovo” welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 1, p. 108.

<sup>872</sup> SQUEGLIA M., *op. ult. cit.*, p. 131.

<sup>873</sup> Per la nozione di bisogni «soggettivamente esistenti e oggettivamente accertati», si rinvia al contributo di PESSI R., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 3203 e ss.

<sup>874</sup> <sup>874</sup> SQUEGLIA M., *ibidem*.

ordinaria e, quindi, sottratti all’esonero contributivo, quali «emolumenti retributivi con funzione previdenziale»<sup>875</sup>. Conseguentemente, verrebbe “tradito” l’intento *promozionale* del welfare aziendale perseguito dal legislatore mediante l’ampliamento della deroga al principio di omnicomprensività del reddito da lavoro di cui al comma 2, articolo 51, TUIR, e, allo stesso modo, invalidato lo sforzo di ridurre il cuneo fiscale, che, come noto è tra i più altri in Europa.

Una soluzione alternativa potrebbe, invece, essere rappresentata dall’introduzione di un «contributo di solidarietà», già noto all’ordinamento previdenziale<sup>876</sup>, pari (simbolicamente) al 10% del valore complessivo dei benefit erogati attraverso pacchetti di welfare aziendale a carico dei datori di lavoro da destinare non già alle forme di previdenza obbligatoria – come accade per i contributi versati dal datore di lavoro ai fondi di previdenza complementare – bensì ad un ipotetico Fondo Nazionale di Solidarietà, che possa sostenere le realtà aziendali di dimensioni minori, magari collocate in zone economiche depresse ad investire sull’implementazione di piani di welfare e sulla sperimentazione di forme di aggregazione tra imprese, di cui potrebbero altresì beneficiare i vari *stakeholders* presenti sul territorio. Il vantaggio di un fondo gestito su base nazionale e non regionale, sarebbe quello di garantire una migliore e più efficiente allocazione delle risorse accumulate in ossequio al principio di solidarietà, ma anche di ridurre le disparità territoriali di cui si è già ampiamente dato conto nei paragrafi precedenti. In questa prospettiva, potrebbe altresì giovare la previsione di ulteriori misure fiscali a sostegno di quelle imprese che dimostrino di investire sulla progettazione di piani di welfare vantaggiosi per la più ampia porzione della popolazione aziendale, nelle forme della tassazione agevolata o del credito di imposta. La selezione potrebbe, allora, avvenire sulla base del soddisfacimento di alcuni criteri, posti in ordine di rilevanza: quali la dimensione dell’azienda (consistenza occupazionale e indotto), numero di lavoratori coperti dal piano di welfare aziendale (ad un più ampio livello di copertura, dovrebbe dunque corrispondere un maggior “punteggio”), fonte di finanziamento del piano (risorse interne, utili, contributi del datore e dei lavoratori medesimi, conversione premi di risultato, ecc.), valore della prestazione erogata, nonché settore produttivo e area geografica. Tale operazione dovrebbe, tuttavia, essere integrata da un’iniziativa legislativa mirata a sgombrare il campo dalle ambiguità ancora esistenti circa la nozione di welfare aziendale, anche e soprattutto al fine di operare una categorizzazione omogenea ed uniforme dei benefit erogabili, che consenta oltremodo di “gerarchizzare” tali prestazioni sulla base della loro astratta idoneità a soddisfare i bisogni di vita dei lavoratori e dei loro familiari. A seconda, poi, della natura bilaterale o unilaterale del piano di welfare che l’azienda-candidata a godere di tali

---

<sup>875</sup> Si riproporrebbe, in altre parole, il problema già noto alla Corte Costituzionale e alla giurisprudenza di legittimità del “contributo sul contributo”, illustrato nella nota n. 86, cap. II, cui si rinvia.

<sup>876</sup> Anche in questo caso si rimanda al paragrafo 9, cap. II, in cui è approfondito tale aspetto.

benefici fiscali intenda realizzare, tale selezione potrebbe avvenire sulla base, rispettivamente, (a) del monitoraggio dei contratti collettivi istitutivi del suddetto piano (o, nel caso in cui non sia possibile stipulare contratti aziendali per mancanza di O.O.S.S. a ciò preposte, mediante il deposito del contratto territoriale cui l'azienda può aderire in virtù dell'Accordo Quadro sottoscritto da CGIL-CISL-UIL-CONFINDUSTRIA il 14 luglio 2016<sup>877</sup>); ovvero (b) dell'inserimento nel contratto individuale o nel Regolamento aziendale di una "clausola sociale", mutuata dalle esperienze di Corporate Sociale Responsibility, attraverso cui l'impresa si impegna a raggiungere un determinato livello di copertura e ad erogare un *quantum* di benefit prestabilito ed entro un certo limite di tempo.

Volendo, invece, ritornare sul tema della possibile collocazione del fenomeno in esame all'interno del sistema di sicurezza sociale italiano, chi scrive è del parere che, per quanto sia apprezzabile lo sforzo di sottrarre il fenomeno della previdenza contrattuale (e, quindi, del welfare aziendale, quale sottoinsieme del primo) all'orbita *esclusiva* del comma quinto dell'articolo 38, Cost., collocandolo a cavallo tra il secondo e il quinto comma, sorge il dubbio che tale opzione possa, invero, produrre l'effetto contrario a quello auspicato. Sebbene, infatti, tale scelta sembri ispirata dalla volontà di attribuire pari rilevanza alla natura privatistica e alla funzione pubblicistica del welfare aziendale - quale forma di tutela integrativa e complementare del welfare pubblico - al fine di garantire un più elevato standard di tutela ai lavoratori durante la carriera lavorativa che in epoca successiva, non possono che condividersi i dubbi sollevati da una parte della dottrina e dalle parti sociali circa le conseguenze negative derivanti dal progressivo arretramento dello Stato dalla gestione del *res publica*, cui dovrebbe sopperire, almeno astrattamente, l'avanzamento dei soggetti privati<sup>878</sup> - e, in particolare, delle imprese -, nonché quelle derivanti dall'attribuzione a siffatta previdenza del compito di garantire quell'"adeguatezza" di cui parla il comma 2, articolo 38, Cost..

Non è difficile, infatti, prospettare una *eterogenesi dei fini* rispetto a tale progetto, nella misura in cui il baricentro della tutela previdenziale/assistenziale viene progressivamente spostato sulla libera iniziativa dei soggetti privati (e dei vari *stakeholders* coinvolti, che rappresentano gli ingranaggi della complessa macchina welfaristica privata), nonché sui lavoratori, (peraltro, già esposti al grave rischio economico e demografico prodotto dal sistema di calcolo contributivo che caratterizza la nostra previdenza obbligatoria). La dinamica cui ci si riferisce, peraltro già in atto da alcuni anni, è quella per cui lo Stato cerca il supporto dei soggetti privati per soddisfare gli standard di tutela fissati dall'articolo 38 Cost. mediante un'azione promozionale (basata principalmente sulla previsione di misure volte alla defiscalizzazione e decontribuzione) della previdenza "privata"; le Regioni

---

<sup>877</sup> Sul punto si veda *amplius* nota 898, paragrafo 11, cap. III.

<sup>878</sup> Mette in luce tale tendenza PROIA G., *Il welfare negoziale*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 89.

intervengono sul terreno delle imposte locali per incentivare le aziende ad investire sul welfare aziendale; i datori di lavoro e i lavoratori contribuiscono in senso sostanziale al finanziamento di tale tipo di welfare, anche mediante la conversione del proprio premio di risultato in benefit; mentre i pensionati e le famiglie continuano a svolgere quel ruolo di *equilibratori sociali*, supplendo mediante il cd. welfare familiare alle esigenze dei soggetti più deboli (donne, giovani, individui non autosufficienti, ecc.), mettendo in circolo informalmente circa 9 miliardi di euro all'anno, che vengono poi ridistribuiti orizzontalmente tra le diverse fasce di popolazione.

Peraltro, per riprendere quanto è stato già altrove evidenziato, il motivo principale per cui la previdenza contrattuale - e, in particolare, i fondi di previdenza complementare – fatica ad affermarsi è da rinvenirsi principalmente nella situazione in cui verte oggigiorno il mercato del lavoro, che ne mette in risalto la frammentazione in termini soggettivi e le disparità in termini oggettivi. È noto, infatti, che tali forme di previdenza finiscano per escludere un'ampia fetta della popolazione lavorativa, ovverosia quella caratterizzata da una maggiore discontinuità di carriera e, quindi, da una intermittenza contributiva<sup>879</sup>.

Analoghe considerazioni possono, inoltre, svolgersi in riferimento al welfare aziendale, che si presenta come uno strumento di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, nonché come forma di sostegno del reddito per quei lavoratori che hanno “il privilegio” di essere *occupati stabilmente e con forme contrattuali standard* presso imprese di grandi dimensioni, in cui la disponibilità di risorse finanziarie e la massa critica è sensibilmente maggiore rispetto ai contesti aziendali di minori dimensioni (che pure rappresentano il 99% del tessuto industriale italiano)<sup>880</sup>; dal cui ambito di applicazione rimangono, tuttavia, esclusi ancora una volta i lavoratori non standard o, talvolta, anche i lavoratori appartenenti alle categorie impiegatizie o operaie, come esplicito in precedenza.

Si consideri, inoltre, che, a differenza della disciplina dettata per i fondi di previdenza complementare, la quale garantisce certamente la libertà di adesione del singolo individuo, ma prevede un meccanismo di tacita adesione che “obbliga” il lavoratore non intenzionato a parteciparvi a manifestare espressamente il proprio dissenso entro un termine stabilito *ex lege*, la scelta di costituire (unilateralmente o bilateralmente) piani di welfare aziendale dipende esclusivaente dalla discrezionalità del datore di lavoro e delle parti sociali. Nondimeno, il singolo lavoratore rimane assolutamente libero di beneficiare (o meno) dei servizi erogati, non potendosi rinvenire nelle

---

<sup>879</sup> Rientrano in tale categoria i lavoratori non standard, discontinui, e atipici, cui è dedicato il paragrafo 5, cap.

II.

<sup>880</sup> Di questo aspetto, in particolare, si dirà meglio nei paragrafi che seguono.

disposizioni che regolano tale materia alcun profilo di obbligatorietà, ivi compreso quello di tacita manifestazione del proprio consenso di cui sopra.

Chi scrive, ritiene, inoltre, che gli incentivi fiscali introdotti dalle Leggi di Stabilità 2016-2017 abbiano una natura episodica e riflettano una *strategia promozionale* del tutto contingente, per quanto non possa trascurarsi che tale indirizzo vada consolidandosi nel tempo. Parimenti, occorre sottolineare la perdurante assenza di una chiara volontà da parte del legislatore di intervenire in modo organico e sistematico sulla normativa in oggetto, che risulta ancora significativamente frastagliata e asistemica, dovendosi tuttora rinvenire nella normativa tributaria la fonte primaria di regolazione della materia. Allo stesso modo, occorre considerare il tessuto industriale italiano e il sistema di relazioni industriali che lo caratterizza, dominato da imprese di micro, piccole e medie dimensioni, in cui spesso manca la contrattazione collettiva, vero motore propulsivo di siffatta tipologia di welfare<sup>881</sup>.

In altre parole, si contesta, dunque, la scelta di ampliare per il tramite della previdenza contrattuale, in generale, e del welfare aziendale, nello specifico, il ventaglio delle funzioni/responsabilità previdenziali e assistenziali ad oggi attribuite alle imprese e al sindacato, in un sistema di sicurezza sociale in cui previdenza e assistenza continuano a rimanere separate, per quanto non sia più possibile tracciare una distinzione netta, come chiarito altrove. Non sfugge, infatti, che, in ragione dell'affievolimento progressivo delle tutele e delle prestazioni garantite dal primo pilastro, addossare alle imprese e ai lavoratori medesimi il compito di provvedere alla garanzia di «mezzi adeguati alle esigenze di vita»<sup>882</sup>, potrebbe accentuare la sperequazione sociale già esistente, nella misura in cui ad una *middle class* benestante, che può accedere a servizi (integrativi) di alta qualità, si affiancherebbe una classe meno abbiente (quantitativamente più numerosa), cui sarebbe riservata solamente la garanzia di prestazioni minime di carattere assistenziale<sup>883</sup>. Peraltro, se ciò dovesse verificarsi, non si potrebbe nemmeno biasimare l'atteggiamento di coloro che, trovandosi ai

---

<sup>881</sup> Sul punto si vedano in particolare i paragrafi 11 e 12 del presente capitolo.

<sup>882</sup> Ad avviso di chi scrive, tale è la *ratio* da rinvenirsi, ad esempio, nelle regole di finanziamento dei fondi di previdenza complementare introdotte dal D.lgs n. 252/2005, in applicazione del quale, a partire dal 2007, il TFR maturando è stato sottratto dalla disponibilità sia delle imprese con più di 50 dipendenti che dei lavoratori medesimi. In tal modo, infatti, ai datori di lavoro è stata negata la possibilità di ricorrere al TFR accumulato presso la propria impresa in funzione di «ammortizzatore sociale» per far fronte alle spese impreviste, mentre ai lavoratori non è più consentito servirsi delle somme di TFR accantonate per garantirsi un reddito nell'ipotesi di perdita temporanea di lavoro (fatta eccezione per la misura introdotta in misura sperimentale per il triennio 2015-2018 dal Governo Renzi del «cd. TFR in busta paga», che, tuttavia, non ha riscosso molto successo a causa del tipo di tassazione previsto per le somme anticipate, le quali sono soggette all'aliquota Irpef progressiva sul proprio reddito complessivo).

<sup>883</sup> Del medesimo avviso RENGÀ S., *Il paradigma perduto dei giuslavoristi e la protezione sociale*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013, spec. p. 564.

marginari del mercato del lavoro (ccdd. *outsiders*)<sup>884</sup>, pur essendo soggetti a contribuzione previdenziale obbligatoria, tentassero di sottrarsi da tale obbligo, in ragione del fatto che, in ogni caso, essi sarebbero esclusi sia dai benefici offerti dalla previdenza contrattuale sia dalle tutele – oramai affievolite – garantite dal primo pilastro.

Dei problemi di effettività delle tutele che tale situazione ha creato nel tempo si è già detto altrove, tuttavia, ciò che giova qui sottolineare è che il rispetto dei principi di eguaglianza e di solidarietà contenuti nella Carta Costituzionale, cui è informato l'intero sistema di sicurezza sociale italiano, dovrebbe essere garantito, oltre che da un'equilibrata spartizione delle competenze e delle responsabilità tra soggetti pubblici e privati, da una gestione più razionale del mercato del lavoro, in cui domanda e offerta possano trovare un miglior equilibrio e le competenze acquisite possano essere opportunamente valorizzate, di modo che ad una maggiore occupazione, possa corrispondere una variazione in senso positivo del potere di acquisto e della continuità contributiva, ma anche da un maggior sostegno alle politiche attive e alla natalità, ugualmente necessario per realizzare il modello di protezione sociale delineato negli articoli 2, 3 e 38 della Carta Costituzionale.

Invero, gli strumenti cui il legislatore può ricorrere per raggiungere tali risultati sono molteplici, a seconda della logica che esso intende seguire: ad interventi emergenziali e contingenti, potrebbero affiancarsi riforme di più ampio respiro, le quali (come insegna per la previdenza obbligatoria, la Legge Dini del 1995 cit.), possono incidere significativamente sugli equilibri dell'intero sistema previdenziale, dispiegando i propri effetti sia sulle prestazioni offerte alla popolazione attiva che su quelle erogate ai lavoratori ormai in pensione. A tale scopo, occorrerebbe, tuttavia, un ampio consenso sociale ed una solida volontà politica, che al momento non è possibile riscontrare. Nondimeno, il legislatore degli ultimi anni è sembrato maggiormente aperto al coinvolgimento delle parti sociali, e, in particolare delle organizzazioni sindacali, che, a seguito dell'entrata in vigore del *Jobs Act*, hanno visto le proprie competenze notevolmente ampliate, sia sul versante della disciplina del rapporto di lavoro che su quello più marcatamente previdenziale.

Sul versante della previdenza sociale, infatti, appare ovvia la rilevanza del consenso politico e sociale che potrebbe derivare da un maggior supporto da parte del sindacato all'espansione della previdenza contrattuale e, in particolare, alla diffusione capillare del welfare aziendale attraverso l'adattamento delle funzioni della contrattazione collettiva alle mutate esigenze di tutela di cui si è finora dato conto. Il superamento della deroga al principio di omnicomprensività nel solo caso di

---

<sup>884</sup> È il caso, ad esempio, dei co.co.co., che, pur essendo iscritti alla gestione separata e versando i contributi obbligatori all'Inps, da un lato, godono di un trattamento pensionistico ampiamente al di sotto degli standard di adeguatezza stabiliti dalla Costituzione; dall'altro, difficilmente riescono ad accantonare parte della propria retribuzione (o TFR) in fondi di previdenza complementare o in fondi sanitari integrativi.

prestazioni di welfare aziendale «socialmente utile»<sup>885</sup> offerte per iniziativa unilaterale è, dunque, da leggersi in questi termini, dal momento che il welfare aziendale “negoziato” (o bilaterale) diventa addirittura più vantaggioso per le aziende rispetto a quello volontario<sup>886</sup>.

In conclusione, non sugge, tuttavia, che, allo stato, il welfare aziendale sembra dominato da una forte contraddizione: da un lato, esso viene incentivato sul piano fiscale allo scopo di sgravare il sistema di gestione previdenziale/assistenziale pubblico, oramai incapace di garantire prestazioni adeguate e in evidente affanno, pur continuando a svolgere una funzione “residuale” rispetto al primo pilastro - come risulta dal carente apparato di norme che ad oggi ne regolano il funzionamento; dall’altro, il suo successo risulta fortemente condizionato dal disegno costituzionale di volta in volta perseguito dal legislatore, laddove ad un maggior rigore rispetto agli *strumenti* impiegati dovrebbe corrispondere sicuramente un minor sviluppo di tale strumento; mentre ad una più decisa valorizzazione degli *obiettivi*, dovrebbe corrispondere una sua più ampia diffusione. In tale prospettiva, un ruolo di primo piano deve essere senz’altro riconosciuto alla Corte Costituzionale, la quale, nel tempo, ha assunto una posizione maggiormente *funzionalista*, ispirata ad un modello costituzionale “aperto”, dove gli obiettivi di tutela prevalgono sui mezzi utilizzati ed in cui, coerentemente, non risulta distonico l’approccio secondo cui «appartiene alla discrezionalità del legislatore, col solo limite della palese irrazionalità, stabilire la misura dei trattamenti di quiescenza e le variazioni dell’ammontare delle prestazioni, attraverso un bilanciamento dei valori contrapposti che tenga conto, accanto alle esigenze di vita dei beneficiari, anche delle concrete disponibilità finanziarie e delle esigenze di bilancio»<sup>887888</sup>. In un simile contesto non stupisce, dunque, che in dottrina si auspichi da più parti «una profonda rivisitazione del sistema e della sua articolazione» tale da condurre gradualmente «ad un assetto su tre livelli: comunitario, nazionale e diffuso, cioè affidato

---

<sup>885</sup> Questa l’espressione utilizzata da SQUEGLIA M., *L’evoluzione del nuovo “nuovo” welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 1, p. 123, in riferimento alle opere e ai servizi «la cui spesa è sostenuta, ai sensi della lett. f), comma 2, dell’art. 51, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, volontariamente dal datore di lavoro o, a seguito della novella introdotta dal legislatore del 2015, in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale per specifiche finalità «di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto» (ai sensi del comma 1, dell’art. 100, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)».

<sup>886</sup> Come meglio illustrato ai paragrafi 7 e 8 di questo capitolo.

<sup>887</sup> *Ex pluribus*, Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 372; 3 dicembre 1998, n. 457 e, più recentemente 11 novembre 2010, n. 316, con note di GAMBACCIANI M., *Perequazione automatica e provvedimenti di «blocco» tra principio di solidarietà, esigenze della finanza pubblica e tutela dei diritti dei pensionati*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 880 ss.; PESSI A., *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 2011, I, 1, pp. 877 ss.; CRO P., *Anche i ricchi piangono. Per le pensioni di importo più elevato la perequazione annuale non è costituzionalmente necessitata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 438 ss. Ma si veda anche Corte Cost. 30 aprile 2015, n. 70, con nota di SANDULLI P., *La “telenovela” costituzionale della perequazione pensionistica*, in *GCost.*, 2, 2015, pp. 559 ss. e FERRANTE V., *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 3, p. 840.

<sup>888</sup> Per un maggior approfondimento di questi aspetti si veda per tutti D’ONGHIA M., *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013.

alle comunità intermedie, al terzo settore, alla previdenza complementare»<sup>889</sup>, in cui, evidentemente, il welfare contrattuale è destinato ad assumere un ruolo di primo piano.

### *11. Come cambia la funzione del contratto collettivo*

Le considerazioni da ultimo svolte, forniscono, inoltre, lo spunto per affrontare il diverso, ma altrettanto rilevante, profilo della mutazione genetica del contratto collettivo cui si assiste ormai da molti anni<sup>890</sup>. Tale mutazione ha investito nel tempo non solo la struttura del contratto collettivo (parte cd. obbligatoria e cd. normativa)<sup>891</sup>, ma anche e soprattutto le sue funzioni, andate ampliandosi e diversificandosi, a conferma della tendenza, già da tempo preconizzata dalla dottrina, ad assumere un carattere più istituzionale<sup>892</sup>.

Al posto del contratto collettivo «delle origini», cui tradizionalmente era riconosciuto un ruolo di protagonismo indiscusso nella gestione e nel controllo del mercato del lavoro in funzione anticoncorrenziale tra gli stessi lavoratori e di tutela degli interessi di categoria<sup>893</sup>, subentra una forma di contrattazione parzialmente diversa, che rinuncia a fare leva sugli incrementi salariali per concentrarsi maggiormente sulla negoziazione di aspetti differenti del rapporto di lavoro, seppur a questo sempre correlati<sup>894</sup>. In altri termini, il contratto collettivo sembra aver progressivamente rinunciato al carattere tipicamente rivendicativo-conflittuale-“espansivo” e maggiormente garantista, proprio della contrattazione degli anni Sessanta - Settanta del secolo scorso (spesso stigmatizzata dalla letteratura in materia come fattore destabilizzante dell’economia interna e deterrente per gli investimenti esteri al pari delle tutele apprestate fino a qualche tempo fa dall’ordinamento in caso di

---

<sup>889</sup> PESSI R., *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 3, p. 525.

<sup>890</sup> Sul tema si segnalano, in particolare, PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 3 e ss.; TREU T., *La giurisprudenza e l’ordinamento sindacale*, in BESSONE M. (a cura di), *Diritto Giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 267 e ss.; DE LUCA TAMAJO R., *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1985, 1, p. 16 e ss.;

<sup>891</sup> Si veda *amplius* BORTONE R., *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992.

<sup>892</sup> Per descrivere tale fenomeno la dottrina fa talvolta riferimento alla cd. funzione istituzionale del contratto collettivo.

<sup>893</sup> Si legga per tutti GIUGNI G., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977; ID., voce *Diritto del Lavoro*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1978.

<sup>894</sup> Per ulteriori approfondimenti in merito si veda OCSEL, *Gestioni delle crisi aziendali. Dati OCSEL 2015-2016*, (disponibile su <http://www.conquistedellavoro.it/filedelivery/policy:7.2989:1486141142/Gestione%20delle%20Crisi%20Aziendali.pdf>, ultimo accesso 17/10/2017).



licenziamento) per sposare una logica contenitiva-difensiva, maggiormente orientata verso la composizione degli interessi in gioco<sup>895</sup>.

Sicché, sembra realizzarsi un poco alla volta l'auspicio del legislatore italiano dell'ultimo decennio, il quale, attraverso il coinvolgimento delle parti sociali nella gestione delle crisi aziendali<sup>896</sup> e l'attribuzione di sempre maggiori responsabilità sul versante delle politiche attive e passive, del sostegno al reddito e della regolazione del mercato del lavoro, sembra aver individuato la formula per incanalare il conflitto verso forme di collaborazione più vicine alle esperienze nordeuropee. Ci si riferisce, in particolare, alla funzione promotrice attribuita dalla legge alla contrattazione collettiva rispetto agli enti bilaterali e ai fondi di solidarietà, ma anche al protagonismo indiscusso del contratto collettivo nell'istituzione, nella gestione e nel finanziamento dei fondi previdenziali e assistenziali<sup>897</sup>, dai quali dipende in larga parte il successo o il fallimento della previdenza complementare e dell'assistenza sanitaria integrativa<sup>898</sup>. Tale progetto, infatti, si presenta perfettamente in linea con la tendenza recentemente perseguita dall'ordinamento italiano di affidare «alla bilateralità quel determinato insieme di forme di tutela rivolte a soggetti che vantano uno status professionale e finanziate dai medesimi in vista di misure di sostegno in caso di eventi tipicamente a base di situazioni di bisogno per i lavoratori»<sup>899</sup>. In altre parole, il contratto si è trasformato nel tempo da strumento di mera autoregolamentazione dei interessi privati, pur collettivi, a strumento di regolamentazione di interessi generali in forza dei sempre più numerosi e significativi rinvii operati dal legislatore in senso integrativo, ove non suppletivo, del precetto legale<sup>900</sup>.

In questa prospettiva, deve altresì interpretarsi, in tempi più recenti, l'accresciuto interesse da parte del legislatore per il welfare aziendale. A riguardo, ciò che giova qui evidenziare è che il welfare

---

<sup>895</sup> Nello stesso senso SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, 2008, p. 63.

<sup>896</sup> Sul punto si veda *amplius* PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 3.

<sup>897</sup> Per un approfondimento di tali aspetti si rimanda alla lettura del capitolo II.

<sup>898</sup> A riguardo, deve peraltro accogliersi con estremo favore il CCNL per l'industria metalmeccanica sottoscritto il 26 novembre 2016 da CGIL-CISL-UIL e FEDERMECCANICA (disponibile su [https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo\\_ccnl\\_metalmeccanici\\_2016-2019.pdf](https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo_ccnl_metalmeccanici_2016-2019.pdf), ultimo accesso 17/10/2017), le quali sembrano aver definitivamente preso coscienza dell'importanza di incentivare l'adesione dei lavoratori ai fondi di previdenza complementare e integrativa, nonché di "investire" sui ccdd. *flexible benefit*. Ci si riferisce, in particolare, all'articolo 15, che promuove la partecipazione volontaria dei lavoratori al fondo COMETA riconoscendo loro un diritto alla contribuzione pari al 2% dei minimi in capo al datore di lavoro e all'1,2% mediante trattenuta in busta paga; all'articolo 16, ai sensi del quale «a decorrere dal 1° ottobre 2017 [...] tutti i lavoratori in forza alla medesima data sono iscritti al Fondo di assistenza sanitaria integrativa mètaSalute [...] fatta salva la facoltà di esercitare rinuncia scritta»; ed, infine, all'impegno assunto dall'aziende aderenti, a decorrere dal 1° giugno 2017 «di attivare a beneficio di tutti lavoratori dipendenti piani di flexible benefit per un costo massimo di 100 euro», elevato a 150 e 200 euro con decorrenza 1° giugno 2018 e 1° giugno 2019, rispettivamente.

<sup>899</sup> PANDOLFO A., voce *Previdenza complementare* – I) Diritto del Lavoro, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2006, Roma, Vol. XXIV.

<sup>900</sup> Così si esprime SIGILLÒ MASSARA G., *op. ult. cit.*, pp. 63-64.

aziendale ha rappresentato l'occasione per attribuire alla contrattazione collettiva ulteriori e diversi compiti di promozione e sostegno, che spaziano dal campo della previdenza complementare, passando per quello della sanità integrativa, per approdare ai ccdd. *flexible benefits*, al carrello della spesa, ai beni in natura, alle *stock options*, ecc.

Allo stesso tempo, il contratto collettivo diventa lo strumento attraverso il quale le parti sociali possono istituire piani di welfare ed erogare beni e servizi ai propri dipendenti e ai loro familiari. Il contratto collettivo, insomma, si evolve ancora una volta, assumendo inedite funzioni sia previdenziali che assistenziali.

Infatti, accanto ai contributi versati ai fondi previdenziali e ai fondi sanitari integrativi, che, sotto una certa soglia, non concorrono a formare reddito da lavoro dipendente, si sono aggiunti, per effetto delle Leggi di Stabilità 2016-2017 anche i ccdd. oneri di utilità sociale di cui all'articolo 100, TUIR, i quali non concorrono a formare reddito da lavoro quando offerti ai dipendenti e ai familiari di questi «in conformità di disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale»<sup>901</sup> per «specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto».

Si consideri, inoltre, che una parte consistente dei benefit elencati nel comma 2, articolo 51, TUIR, sono erogabili non solo ai dipendenti, ma anche ai familiari indicati nell'«articolo 12»<sup>902</sup>: trattasi, in particolare, dei summenzionati ccdd. oneri di utilità sociale (*lett. f*); dei servizi di educazione e istruzione anche in età prescolare, compresi i servizi integrativi e di mensa ad essi connessi, nonché per la frequenza di ludoteche e di centri estivi e invernali e per borse di studio (*lett. f-bis*) e dei servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti (*lett. f-ter*).

Per quanto, invero, con specifico riguardo a tali tipologie di benefit la norma non richiami espressamente il contratto collettivo (fatta eccezione per la *lett. f*), su cui si veda *supra*), occorre, tuttavia, ricordare che il legislatore ha previsto la possibilità per il lavoratore di convertire interamente o parzialmente il premio di risultato, istituito mediante contratto collettivo e opportunamente depositato, in prestazioni di welfare aziendale (ivi comprese, ma non solo quelle da ultimo richiamate), fino al raggiungimento della soglia fissata dalla legge. Ne deriva che il contratto collettivo si arricchisce di questa funzione, facendosi strumento di erogazione generalizzata di prestazioni non solo previdenziali (come, ad esempio, nel caso dei contributi ai fondi pensione), ma anche assistenziali (come, ad esempio, nel caso dei servizi di assistenza ai familiari anziani o non

---

<sup>901</sup> Previsione che, come anticipato altrove, è stata, peraltro, oggetto di interpretazione autentica da parte del legislatore medesimo, che ha chiarito come le disposizioni contenute nella lettera f) «si interpretano nel senso che le stesse si applicano anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale».

<sup>902</sup> Si veda a riguardo la nota 63, cap. II.

autosufficienti), che beneficiano direttamente lavoratori e familiari di questi ultimi. In questo senso non pare azzardato affermare che il welfare aziendale pare assumere, attraverso il contratto collettivo, i caratteri di un «corpo intermedio» tra le due componenti del sistema di sicurezza sociale italiano, in ragione della sua astratta capacità di dare attuazione, almeno in parte, a quel progetto di universalizzazione delle tutele di ispirazione Beveridgiana, cui una parte della dottrina guarda da tempo<sup>903</sup>, nonché a perseguire interessi pubblicistici. Non sfugge, tuttavia, che la genesi prettamente privatistica del welfare aziendale e la sua, necessitata, conformazione «aziendale» finiscano per condizionare necessariamente la portata applicativa e, di conseguenza, l'estensione della copertura offerta. Chi scrive dubita, dunque, dell'opportunità di riconoscere al welfare aziendale, mediante la sua riconduzione al comma secondo, articolo 38 Cost. un ruolo che, in vero, sembrerebbe eccedere le funzioni per le quali esso è stato concepito, dovendosi, piuttosto, propendere per la sua collocazione all'interno del quinto comma dell'articolo 38 medesimo, in ragione delle motivazioni esposte nel paragrafo precedente. Per quanto suggestiva, dunque, non sembra condivisibile nemmeno l'opinione della dottrina, prima evocata, che lo porrebbe a cavallo tra il secondo ed il quinto comma, alla luce delle considerazioni già svolte circa il suo possibile utilizzo in un'ottica di *retrenchment* da parte dello Stato, che, invece, pare ancora il soggetto più adeguato a soddisfare le esigenze di tutela riconosciute dalla norma costituzionale<sup>904</sup>. È discutibile, infatti, che l'iniziativa privata possa *ex se* garantire lo stesso risultato, dovendosi piuttosto riconoscere ad essa la concreta idoneità ad assicurare diversi e «più elevati livelli di copertura previdenziale»<sup>905</sup>.

## 12. Il welfare aziendale nelle piccole e medie aziende ed il ruolo del sindacato

Come è stato da più parti osservato, la dimensione aziendale, e pertanto, la contrattazione di livello aziendale, si presenta come il terreno elettivo del welfare aziendale, in ragione della maggiore vicinanza esistente tra il soggetto promotore delle iniziative di welfare e i suoi beneficiari<sup>906907</sup>. Il

---

<sup>903</sup> Si veda, da ultimo, PESSI R., *Tornando sul welfare*, W.P. CSDLE n. 311/2016, p. 11.

<sup>904</sup> Dello stesso avviso RENGÀ S., *Gli ammortizzatori sociali: una riforma virtuale che strizza l'occhio al privato*, in FIORILLO L.-PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 384.

<sup>905</sup> Come recita l'Art. 1, D.lgs 5 dicembre 2005, n. 252.

<sup>906</sup> *Ex pluribus*, TURSÌ A., *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *Riv. Pol. Soc.*, 2012, 3, p. 229; TREU T., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 19.

<sup>907</sup> In ciò le prestazioni di welfare aziendale si differenziano dalla previdenza complementare e dell'assistenza sanitaria integrativa, che, invece, hanno individuato nella contrattazione nazionale il terreno più fertile per la loro istituzione e regolamentazione, anche e soprattutto in ragione della massa critica richiesta per garantire un miglior rendimento dei rispettivi fondi.

tessuto industriale italiano si presenta, tuttavia, assai frammentato oltre che dominato dalla presenza della Micro, Piccola e Media impresa.

Infatti, secondo l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), in Italia, le micro-imprese<sup>908</sup> che occupano meno di 10 dipendenti rappresentano il 95% del totale, occupando il 47% della forza lavoro<sup>909</sup>. In questo scenario, è evidente che il successo del welfare aziendale dipenda altresì dalla sua diffusione nelle PMI, dove la contrattazione collettiva è generalmente meno presente. La carenza di *database*<sup>910</sup> di raccolta e elaborazione dei dati relativi al fenomeno del welfare aziendale e alla sistematizzazione della vasta gamma di benefit erogati tramite esso, in ragione dell'assenza di obblighi di monitoraggio a carico delle imprese<sup>911</sup>, complica notevolmente ogni tentativo di classificazione e analisi.

Tuttavia, il rapporto intermedio Cnel-Istat del 2016<sup>912</sup> che ha coinvolto 13.400 aziende del settore privato mostra, da un lato, che, nel 2012-2013, le prestazioni di welfare aziendale sono state erogate almeno dall'8% delle imprese con più di 10 dipendenti, mentre la percentuale saliva a 40% per le imprese con più di 500 dipendenti<sup>913</sup>; dall'altro lato, che la contrattazione collettiva (ed in particolare gli accordi di secondo livello) aumenta con la dimensione dell'impresa<sup>914</sup>, a conferma di quanto, peraltro, sostenuto da una dottrina in merito alla relazione tra la dimensione aziendale e la

---

<sup>908</sup> La Raccomandazione n. 2003/361 / CE e il Regolamento n. 800/2008 (allegato 1) definiscono le "microimprese" come quelle che impiegano meno di 10 dipendenti e con un fatturato o bilancio fino a 2 milioni di euro; le "piccole imprese" come quelle con meno di 50 dipendenti e con un fatturato o bilancio non superiore a 10 milioni di euro; e le "medie imprese" come quelle con meno di 250 dipendenti e un fatturato o bilancio fino a 50 milioni di euro.

<sup>909</sup> Le imprese con più di 250 dipendenti rappresentano lo 0,1% del totale, impiegando 19% della forza lavoro totale. Considerando il numero totale di micro imprese e PMI, queste rappresentano il 99% del tessuto produttivo italiano. Si veda sul punto ISTAT, *Il sistema produttivo: competitività e performance*, Rapporto Annuale 2015, 2015, p. 95.

<sup>910</sup> Secondo LEONARDI S., *Employee participation and involvement: the Italian case and trade unions*, 2016, *Transfer*, vol. 22(I), p. 91, "best practices...consist of a mixture of broad information and consultation rights, joint committees and occupational welfare schemes". In questo senso, rappresentano un valido esempio gli innovativi modelli di relazioni industriali adottati da Eni and Enel, Electrolux, Finmeccanica, Gucci, Tod's e Luxottica, la cooperativa Granarolo, la GD e la IMA, nel settore del packaging in Emilia Romagna. Modelli virtuosi di codeterminazione sono, inoltre, stati sperimentati dalla Lamborghini e dalla Ducati (oggi controllate dalla Volkswagen). Sul punto si veda TELLJOHANN V., *Le nuove piste di Lamborghini e Ducati*, in CARRIERI M. e A.A.V.V. (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per la democrazia possibile nelle imprese*, ASTRID, Bologna, Il Mulino, pp. 71-92.

<sup>911</sup> Fanno eccezione le regole fissate dal D.M. 25 marzo 2016 in attuazione della L. n. 208/2015 circa l'obbligo di deposito dei contratti istitutivi di premi di risultato illustrate al paragrafo 7 di questo capitolo.

<sup>912</sup> CNEL-ISTAT, *Progetto CNEL-ISTAT sul tema "Produttività, struttura e performance delle imprese esportatrici, mercato del lavoro e contrattazione integrativa". Report intermedio*, 2016 (disponibile su [http://www.istat.it/it/files/2016/03/Report\\_Cnel\\_Istat1.pdf](http://www.istat.it/it/files/2016/03/Report_Cnel_Istat1.pdf), ultimo accesso 10/10/2017).

<sup>913</sup> DE COLLE M.- FELTRIN P., *Che me ne viene?...*, p. 220. Similmente, il Rapporto Welfare Index PMI 2016, *Il welfare aziendale fa crescere l'impresa*, tabelle nn. 11-12, p. 23, mettendo in comparazione imprese con 10-50 dipendenti, con imprese che occupano 51-100 e 101-250 dipendenti, dimostra che i fondi di previdenza complementare sono istituiti rispettivamente nel 39%, 56.9% e 61.3% dei casi; i fondi sanitari integrativi nel 37.6%, 51.2%, 56.6% rispettivamente; mentre le assicurazioni private per dipendenti e famiglie sono offerte nel 52.9%, 51.6%, 55.4% dei casi; e le misure di work-life balance introdotte nel 4.7 %, 5.0%, 10.8% dei casi, rispettivamente.

<sup>914</sup> La Tabella n. 1 (v. *infra*) dimostra, infatti, che nelle imprese di grandi dimensioni la percentuale relativa alla contrattazione collettiva è triplicata rispetto quella rilevata nelle piccole imprese (69.1% e 17.5% rispettivamente).

probabilità che l'impresa adotti «una qualche forma di contrattazione integrativa», rispetto alla quale, invece, il tasso di sindacalizzazione pare avere un impatto estremamente limitato<sup>915</sup>.

CLASSI DIMENSIONALI	Totale									
	Presenza di contrattazioni di 2° livello	Contrattazioni Collettive	Premi di risultato	Solo Contrattazioni individuale	Solo contrattazioni aziendale	Solo Contrattazioni Territoriale	Solo Contrattazioni "Altra tipologia"	Solo Contrattazioni di Stabilimento	Contrattazioni miste (2 o più tipologie) misti	
10-49	27.9	17.5	9.6	9.6	3.9	8.7	0.7	0.1	4.8	
50 - 200	50.2	38.5	31.6	10.8	21.0	6.6	0.8	0.6	9.8	
200 - 500	66.7	60.5	52.9	5.8	34.1	3.9	0.4	1.1	20.6	
500 e oltre	73.9	69.1	63.6	4.6	36.5	3.6	0.2	2.2	24.3	
Totale	31.6	21.2	13.4	9.6	6.7	8.3	0.7	0.2	5.8	

Fonte: Istat Modulo sulla contrattazione nazionale e decentrata anno 2012-2013

Appare, dunque, chiaro che la contrattazione di secondo livello - aziendale, interaziendale e territoriale - diviene sempre più spesso il canale per sperimentare misure di welfare aziendale<sup>916</sup>, come risulta da Rapporto ISTAT 2015, che evidenzia come la contrattazione di secondo livello abbia coinvolto nel 2012-2013, il 21,7% delle imprese italiane: quella aziendale, in particolare, era praticata nel 11,6% delle imprese, quella territoriale, invece, nel 9,9%<sup>917</sup>.

Sebbene, tuttavia, la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello rimanga ancora al di sotto delle aspettative<sup>918</sup>, essa è cresciuta nel tempo, anche grazie alla legislazione di sostegno introdotta, ad esempio, a supporto di quelle forme di bilateralismo approfondite nel precedente capitolo, rispetto alle quali il legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile.

<sup>915</sup> MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 100.

<sup>916</sup> Così MAINO F.-MALLONE G., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 100.

<sup>917</sup> ISTAT, *Rapporto Annuale 2015*, 2015, p. 169, disponibile su <https://www.istat.it/it/files/2015/05/Rapporto-Annuale-2015.pdf> (ultimo accesso 10/10/2017). Secondo le valutazioni espresse dall'ISTAT, inoltre, la contrattazione di secondo livello (inclusa quella individuale) consente ai lavoratori coinvolti di percepire incrementi del 15% rispetto al salario medio nazionale (e del 19% nelle imprese che erogano premi di risultato).

<sup>918</sup> Ciò è particolarmente vero nei settori caratterizzati da una consistente concentrazione di PMI, lavoratori stagionali e/o lavoratori "atipici", in cui l'occupazione è meno stabile e la presenza del sindacato meno frequente. Sul punto si veda RAMOS F.J.B.-NUNIN R., *Decentralisation and Fragmentation of Collective Bargaining: recent trends in Spain and Italy and Implications for Small and Medium-sized Enterprises*, in ALES E. e A.A.V.V. (a cura di), *Employment Relations and Transformations On The Enterprise In The Global Economy*, Proceedings of the Thirteenth International Conference in Commemoration of Marco Biagi, 2016, p. 243.

D'altra parte, è noto che il welfare aziendale è costoso, soprattutto nella fase iniziale, quando la predisposizione del piano richiede lo stanziamento di ingenti risorse finanziarie, di cui le PMI sono spesso sprovviste. Di conseguenza, mentre le grandi imprese possono contare su grandi masse occupazionali e critiche, le PMI devono cercare altre soluzioni.

Se, infatti, la parte più ingente è certamente sostenuta dalle imprese<sup>919</sup> seppur fiscalmente agevolate dalla legge, non mancano le prestazioni in cui è richiesta la contribuzione da parte degli stessi lavoratori (come accade per il finanziamento della previdenza e della sanità integrativa rispetto ai quali la partecipazione dei lavoratori è normalmente stabilita dai contratti collettivi).

Pare comunque opportuno rilevare che nelle aziende innovative e in buona salute economica (come, ad esempio, Luxottica<sup>920</sup>) i piani di welfare sono finanziati con risorse aggiuntive rispetto agli altri costi del personale, «ma sono sempre più frequenti le ipotesi in cui, a causa delle ristrettezze economiche, le imprese dedicano al finanziamento di questi istituti l'ammontare dei premi di produttività o quota parte di essi, lasciando ai lavoratori la possibilità di scegliere, (talora anche per superare resistenze sindacali), se accettare le misure di *welfare* offerte o continuare a ricevere il premio in denaro»<sup>921</sup>.

A riguardo, si tengano, tuttavia, presenti i risultati della ricerca condotta nel 2017 da Welfare Index PMI<sup>922</sup> su un campione di 662.440 PMI appartenenti a tutti i settori produttivi (industria, commercio e servizi, studi e servizi professionali, artigianato, terzo settore, agricoltura e agricoltura sociale) e di diverse classi dimensionali (da meno di 6 addetti a 250 addetti), relativamente ai costi da esse sostenuti per il welfare aziendale, dal quale è emerso che il 4,4 % delle imprese sostiene costi aggiuntivi rilevanti; il 34,4% sostiene costi aggiuntivi, ma comunque compensati dai risparmi fiscali; mentre il 61,2% non sostiene costi aggiuntivi (percentuale che sale al 72,0% nelle imprese con meno di 10 addetti e al 52,3% nelle imprese con 10-50 addetti). Tali cifre inducono, dunque, a ritenere che anche in assenza di ingenti risorse finanziarie, le PMI possano riuscire a predisporre piani di welfare, avvantaggiandosi dei benefici fiscali appositamente previsti e recentemente ampliati dal legislatore.

---

<sup>919</sup> Nel sistema inglese è frequente, invece, l'ipotesi in cui è richiesto al singolo un contributo individuale, che, come evidenziato da TREU T., *Il welfare aziendale: problemi, opportunità, strumenti*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0, Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 40, in Italia non ha trovato accoglimento in ragione dell'opposizione sindacale e dei lavoratori, ma per il basso livello dei salari ed il cuneo fiscale.

<sup>920</sup> Sul caso Luxottica si veda, *ex multis*, CARAGNANO R., *Un nuovo modello di welfare aziendale: l'esperienza Luxottica*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2014, 4, p. 1171; FERRERA M., *Luxottica e i rischi dell'azienda-mamma*, 14.02.2009., disponibile su [www.corriere.it](http://www.corriere.it).

<sup>921</sup> TREU T., *ivi*, p. 41.

<sup>922</sup> Ci si riferisce al *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017, p. 23.

Nondimeno, occorre sottolineare che, negli ultimi anni, l'elevato grado di frammentazione del mercato interno ha indotto le imprese di tutte le dimensioni a sperimentare nuove forme di organizzazione, in cui i gruppi, le reti di imprese, i distretti e le filiere, ma anche i fenomeni dell'appalto, della fornitura e della somministrazione di manodopera si articolano in «una molteplicità di operatori economico-produttivi che si intrecciano gli uni agli altri, con interconnessioni che formalmente derivano da contratti commerciali (appalto, rete), da contratti societari (gruppi) oppure da legami para/istituzionali (distretti produttivi)»<sup>923</sup><sup>924</sup>.

Quanto in particolare alle PMI<sup>925</sup>, la medesima *ratio* di sostegno alla diffusione del welfare aziendale è rinvenibile, oltre che nell'incentivazione legislativa della contrattazione decentrata, anche nella previsione di incentivi fiscali (TUIR) e nell'introduzione di strumenti che facilitano la fruizione dei benefit (come, ad esempio, il *voucher*), nello stanziamento di risorse pubbliche a supporto delle imprese interessate a sviluppare iniziative di welfare aziendale mediante la predisposizione di bandi regionali *ad hoc*, nonché di progetti finalizzati alla creazione delle ccdd. Reti Territoriali per la Conciliazione (Rtc)<sup>926</sup>; nonché nell'impegno delle associazioni datoriali a promuovere i ccdd. patti per lo sviluppo<sup>927</sup>.

In tale prospettiva, le reti di impresa sono apparse particolarmente promettenti per lo sviluppo del welfare aziendale nelle PMI, in quanto strumento che favorisce la collaborazione e la condivisione dei costi, nel rispetto della reciproca indipendenza<sup>928</sup>. Si spiega, dunque, in tal modo l'interesse che

---

<sup>923</sup> Così BAVARO V.-LAFORGIA S., *Contrattazione collettiva e prossimità delle imprese. La struttura del contratto collettivo di filiera, distretto, rete d'impresa*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, 2015, pp. 113-115.

<sup>924</sup> Risulta di particolare interesse il caso del distretto pratese, rispetto al quale si segnalano, in particolare, i contributi di PESSIR., *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2015, 1, p.133; ALACEVICH F., *Welfare territoriale nel distretto pratese: un gioco a somma positiva?*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2015, 1, p. 143; BETTIM., *Contrattare lo sviluppo: nuove opportunità per le aree distrettuali. Il caso di Prato*, in *Quad.Rass.Sind.*, 2015, 2, p. 95; LARDARA M., *Welfare, il premio di risultato ora potrà essere convertito in servizi*, disponibile su <http://iltirreno.gelocal.it/>, 18.03.2017; ID., *Premio di risultato per pagare l'asilo nido*, disponibile su <http://iltirreno.gelocal.it/>, 23.03.2017.

<sup>925</sup> Si premette, sin da ora, che, pur nella consapevolezza della rilevanza di tali strumenti di supporto alle iniziative di diffusione del welfare aziendale, si è preferito per esigenze di spazio concentrare l'attenzione solamente sulle reti di impresa, cui è dedicato il successivo paragrafo.

<sup>926</sup> Già nel 2013 erano attive le seguenti Rtc: Bergamo, Brescia, Como, Cremona, Lecco, Lodi, Mantova, Milano, Monza e Brianza, Pavia, Sondrio, Varese, Valle Camonica, cui se ne sono aggiunte altre negli anni a seguire. Sul punto si veda, in particolare, GOBBO M.-MAINO F., *Reti territoriali per la conciliazione e alleanze locali in Lombardia*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, pp. 169 e ss., che si focalizza soprattutto sulle esperienze registrate in Lombardia.

<sup>927</sup> Come, ad esempio, l'esperienza di Unindustria Treviso (2011), Confindustria Como (2013), ma anche Bergamo, Pavia, ecc., descritti in MALLONE G., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 68 e ss.

<sup>928</sup> TREU T., *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazioni del lavoro*, in *Merc.Conc.Reg.*, 2012, 1, p. 19.

le reti possono suscitare, quale *driver* innovativo e promettente per lo sviluppo del welfare aziendale nelle imprese di minori dimensioni, sebbene fino ad ora la dottrina vi abbia fatto riferimento principalmente per indagare le trasformazioni in atto della figura del datore di lavoro<sup>929</sup>.

### 13. Il contratto di rete “al servizio” del welfare aziendale

Pur non volendosi dilungare ulteriormente sugli strumenti da ultimo evocati in qualità di *driver* per la diffusione del welfare aziendale nelle imprese di piccole e medie dimensioni, pare opportuno descrivere sommariamente la disciplina che regola il contratto di rete, dal momento che essa costituisce il presupposto per l’analisi del caso empirico rappresentato dalla rete Giunca, cui è dedicato il successivo paragrafo.

Ai sensi dell’art.3, comma 4-ter, D.l. 10 febbraio 2009 n. 5 (convertito, con modificazioni, in L. 9 aprile 2009, n. 33.), il contratto di rete è un contratto tramite cui «più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa». In questa prospettiva, si può affermare che il contratto di rete crea, in vero, un sistema di *mercati interni*<sup>930</sup> basati su relazioni a lungo termine<sup>931</sup>, in cui i partecipanti sono considerati paritariamente e possono dare vita alla forma di collaborazione che preferiscono, poiché la *ratio* del contratto medesimo è abbastanza ampia da riconoscere un elevato grado di flessibilità contrattuale.

---

<sup>929</sup> Per un approfondimento sul tema della codatorialità si vedano, *ex multis*, SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2010, 1, p. 1; PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2013, 1, p. 95; CORAZZA L.- RAZZOLINI O., *Who is an Employer?*, W.P. CSDLE n. 110/2014; CARINCI M.T., *Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del Sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall’impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1.

<sup>930</sup> Così TREU T., *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazioni del lavoro*, in *Merc.Conc.Reg.*, 2012, 1, p. 20.

<sup>931</sup> ALESSI C., *Contratto di rete e regolazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall’impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 95. Contra si veda RAZZOLINI O., *Network Form of Organization and Network Agreements in a Labour Law Perspective: Two Tuscan Case Studies*, in ALES E. E A.A.V.V. (a cura di), *Employment Relations and Transformations on The Enterprise In The Global Economy*, Proceedings of the Thirteenth International Conference in Commemoration of Marco Biagi, Eleven International Publishing, 2016, p. 71.



I contratti di rete possono essere *meramente contrattuali* (cd. rete-contratto) o caratterizzati da una *soggettività giuridica* (cd. rete-soggetto) e devono soddisfare alcuni requisiti formali: nel contratto di rete devono, infatti, essere indicati l'elenco dei partecipanti<sup>932</sup>, gli obiettivi (innovazione, competitività), il programma comune, i diritti e i doveri di ciascun partecipante, la durata, i meccanismi di adesione e le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo. Inoltre, mentre i partecipanti ad una rete-contratto *possono* costituire un fondo patrimoniale comune e dotarsi di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, «l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso»<sup>933</sup>, tale requisito è *obbligatorio* per i partecipanti ad una rete-soggetto, che, peraltro, in quanto soggetto giuridico, costituisce un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

Ne deriva, in primo luogo, che nella rete-soggetto, è la rete ad essere titolare del fondo patrimoniale comune, il quale rimane, tuttavia, distinto da quello dei singoli partecipanti; in secondo luogo, che, in questo tipo di rete, le obbligazioni vengono assunte e i diritti acquistati per mezzo dell'organo comune, che agisce in nome della rete medesima<sup>934</sup>. Invece, sia le reti-contratto che le reti-soggetto devono comunicare annualmente la propria situazione patrimoniale al Registro delle Imprese del luogo in cui ha sede la rete<sup>935</sup>.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla forma contrattuale scelta (i.e. reti-contratto o reti-soggetto), ciò che rileva maggiormente ai fini della presente indagine è che il contratto di rete medesimo *può sponsorizzare piani di welfare aziendale* per la generalità dei dipendenti (o categorie di essi) coinvolti nel contratto medesimo. Di conseguenza, l'organo comune (se presente) e i lavoratori occupati presso le imprese retiste possono beneficiare dei vantaggi fiscali previsti dagli articoli 51 e 100 TUIR, di cui si è ampiamente detto nei paragrafi precedenti.

---

<sup>932</sup> I partecipanti devono necessariamente essere imprenditori ai sensi dell'art. 2082 c.c. ed essere iscritti al Registro delle Imprese. A tale fine si intende, dunque, imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, nonchè dalla tipologia di attività svolta e dalla natura del soggetto.

<sup>933</sup> Nella rete *meramente contrattuale*, l'assunzione delle obbligazioni avviene direttamente in capo alle imprese retiste o per il tramite dell'organo comune – se esistente –, che agisce in forza di una sorta di mandato collettivo non già per la rete, ma per conto degli imprenditori partecipanti alla rete. Ad ogni modo le reti-contratto non costituiscono un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche, in quanto sprovviste di soggettività giuridica.

<sup>934</sup> Anche in questa ipotesi trova peraltro applicazione quanto già chiarito in merito alla responsabilità nei confronti dei terzi in relazione alle reti-contratto (si veda in merito la nota precedente).

<sup>935</sup> For extensive readings on the rules governing INAs see Ipsoa Guide Operative, *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, TREU T. (edited by), Wolters Kluwer, 2015.

#### 14. Il sostegno del legislatore allo sviluppo delle reti di impresa

Attualmente il contratto di rete beneficia di contributi e sovvenzioni da parte dell'Unione Europea, del Ministero dello Sviluppo Economico, delle Regioni e degli enti camerali<sup>936</sup>. Tuttavia, inizialmente la possibilità di fornire un sostegno finanziario alle imprese retiste è stata sottoposta al vaglio della Commissione europea ai sensi dell'articolo 108, comma 3, TFUE, affinché ne fosse deliberata l'ammissibilità ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Infatti, era necessario stabilire se i «vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari»<sup>937</sup> riconosciuti nel 2010 dal legislatore italiano alle imprese retiste mediante lo stanziamento di un fondo pari a 48 milioni di euro, costituissero o meno un aiuto di Stato<sup>938</sup>. In vero, in tale occasione, la Commissione Europea aveva ritenuto di non riconoscere a tali incentivi tale natura sulla base del fatto che i contratti di rete non costituissero entità distinte rispetto alle imprese partecipanti, stante la disciplina vigente nel 2010. Tuttavia, dal momento che a seguito dell'entrata in vigore della L. 7 agosto 2012, n. 134, le reti-soggetto possono acquisire soggettività giuridica, pare lecito affermare che solamente le reti-contratto dovrebbero poter godere di tali incentivi<sup>939</sup>.

Più di recente, invece, è stato riconosciuto un credito d'imposta del 50% delle spese incrementalmente in Ricerca e Sviluppo sostenute nel periodo 2017-2020, fino a un massimo annuale di 20 milioni di euro annuali per beneficiario e computato su una base fissa data dalla media delle spese in Ricerca e Sviluppo negli anni 2012-2014<sup>940</sup>.

---

<sup>936</sup> GRANDI D.- MASSAGLI E.- ZUCARO R., *Verso il welfare aziendale territoriale per le PMI: esempi e modelli*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Series n. 31/2014, p. 117.

<sup>937</sup> Si veda in particolare l'articolo 42, comma 2, D.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, in L. 30 luglio 2012, n. 122).

<sup>938</sup> European Commission – 26 gennaio 2011 Decision C(2010)8939. Si veda in particolare il paragrafo n. 30.

<sup>939</sup> In merito si veda anche la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 18 giugno 2013, n. 20/E.

<sup>940</sup> Come chiarito da GHEIDO R.M., *Contratto di rete: vantaggi per imprese e lavoratori*, III Forum Tuttolavoro, 18 febbraio 2017, rientrano nel beneficio i costi sostenuti per il personale altamente qualificato e tecnico, i contratti di ricerca con università, enti di ricerca, imprese, start up e PMI innovative, le quote di ammortamento di strumenti e attrezzature di laboratorio, ecc. In tale ottica, un ulteriore vantaggio è dato dalla cumulabilità con: Superammortamento e iperammortamento; Nuova Sabatini; Incentivi alla patrimonializzazione delle imprese (ACE); Incentivi agli investimenti in Start up e PMI innovative; Fondo Centrale di Garanzia; e Patent Box.

## 15. L'esperienza della Rete Giunca

A completare il quadro dipinto finora, giova, infine, considerare i dati ottenuti dall'indagine di RetImpresa nel 2016, dai quali emerge che i 2.800 contratti di rete sottoscritti tra PMI all'aprile 2016 coinvolgevano circa 340.000 dipendenti e che, nonostante non tutti fossero stati concepiti allo scopo di fornire prestazioni di welfare aziendale, la possibilità di utilizzare tale strumento con questa finalità ha destato l'interesse di numerose imprese: la *rete Giunca* a Varese, la *rete Welstep* a Brescia, la *Welfa-RE* a Reggio Emilia, il *Welfare-Net* e il *Moltiplica Web* in Veneto, la *rete Eugenio* a Mantova, la *Garibaldi Concilia* a Pavia e, da ultimo, la rete per il welfare *Progettone 2.0* a Trento<sup>941</sup> rappresentano solo una parte delle reti istituite con tale finalità<sup>942</sup>. Ad ogni modo, il fatto che secondo gli esperti<sup>943</sup>, inoltre, la maggior parte dei contratti di rete già firmati potrebbe essere facilmente integrata a questo scopo, lascia ben sperare sull'evoluzione di questa tipologia di reti, il cui successo è solo parzialmente noto alla cronaca.

L'esperienza pilota in questo contesto è la rete GIUNCA (Gruppo di Imprese Unite Nel Collaborare Attivamente), che coinvolge imprese multinazionali, grandi imprese e PMI<sup>944</sup> situate nella provincia di Varese (Lombardia) ed operanti in diversi settori manifatturieri (industria farmaceutica, plastica, chimica, meccanica e costruzioni), le quali occupano in totale circa 1.700 lavoratori.

Il contratto in esame è stato firmato nel 2012 *allo scopo precipuo di fornire prestazioni di welfare ai dipendenti* coinvolti nella rete: infatti, ai sensi dell'articolo 3 (Obiettivi strategici del contratto di Rete), «i partecipanti si obbligano a svolgere l'attività di progettazione, analisi, studio, ricerca inerenti allo sviluppo di comportamenti aziendali/interaziendali socialmente responsabili in materia di Welfare aziendale e Formazione, quali fattori che contribuiscono all'innalzamento della

---

<sup>941</sup> Maggiori informazioni sull'Accordo collettivo firmato da CGIL-CISL-UIL, Federazione trentina della cooperazione, Consorzio lavoro ambiente e Con.solida, in data 18 maggio 2016 sono disponibili su <https://www.ufficiostampa.provincia.tn.it/Comunicati/Progettone-2.0-per-un-welfare-piu-inclusivo-solidale-capace-di-promuovere-il-reimpiego-dei-lavoratori> (ultimo accesso 11/10/2017)

<sup>942</sup> Per approfondire queste esperienze si veda GRANDI D.- MASSAGLI E.- ZUCARO R., *op. ult. cit.*, p. 118 e ss.

<sup>943</sup> Ci si riferisce all'intervento di Tiziana Cardone, Responsabile Politiche Industriali Confindustria -RetImpresa al Convegno "Welfare aziendale: quadro normativo ed esperienze gestionali", Catania, 15 aprile 2016 (disponibile su <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Welfare-aziendale-quadro-normativo-ed-esperienze-gestionali-Piccole-e-grandi-imprese-a-confronto---A/5510.aspx>, ultimo accesso 11/10/2017).

<sup>944</sup> Le aziende fondatrici del progetto sono TMC Srl, Chemisol Italia Srl (113 dipendenti), Viba Spa (159), Tioxide Europe Srl (160), Momentive Specialty (145), Chemicals Italia Spa (37), Novartis Farma Spa (472), Sanofi-Aventis Spa (217), Lati Industria Termoplastici Spa (230), Bilcare Research Srl (152) and B.D.G. EL Srl (43), tuttavia, l'articolo 11 del contratto di rete fissa le condizioni per le eventuali successive adesioni (si veda in merito *Rete Giunca*, in Ipsoa Guide Operative, *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, TREU T. (a cura di), Wolters Kluwer, 2015, p. 333). Tutte le informazioni sono disponibili su <http://www.giunca.net> (ultimo accesso 11/10/2017).

capacità competitiva, innovativa e di qualità delle attività produttive, nonché tutte le attività connesse, contraddistinte con il marchio “Rete GIUNCA”. [...] Inoltre, il Comitato predisporrà una relazione periodica semestrale al fine di illustrare lo stato di avanzamento verso gli obiettivi prefissati». Inoltre, ai sensi dell'articolo 4 (Programma di Rete), per raggiungere tali obiettivi, le imprese aderenti si impegnano, *inter alia*, a «predisporre procedure disciplinari e regolamenti per raggiungere gli obiettivi perseguiti [...]; definire linee comuni di marketing/pubblicizzazione delle azioni; [...] registrare un marchio comune di Rete; [...]definire linee comuni di comportamento [...]; definire un catalogo dei prodotti in termini di servizi/agevolazioni offribili attraverso la Rete; [...]»<sup>945</sup>.

Sin dal principio, la gamma dei benefici offerti dalla Rete era notevolmente ampia, comprendendo prestazioni di assistenza sanitaria<sup>946</sup>, servizi per la mobilità, servizi di *car sharing* e *carpooling*, servizi per l'educazione<sup>947</sup>, servizi di assistenza per anziani<sup>948</sup>, prestiti a basso tasso di interesse<sup>949</sup>, buoni da spendere per le spese quotidiane, polizze assicurative a prezzi scontati<sup>950</sup>; corsi di formazione e seminari sulle condizioni di salute e sicurezza sul posto di lavoro. Tuttavia, negli corso degli anni, si sono aggiunti altri benefit, come ad esempio il progetto *Giunca Net Work Life Balance*<sup>951</sup>, progettato appositamente per fornire al personale prestazioni di welfare aziendale mediante una piattaforma digitale in cui i dipendenti possono ottenere informazioni sui servizi di consulenza professionale disponibili sul territorio, sugli sconti cui possono accedere presso gli esercizi in convenzione e sui fornitori dei servizi sanitari che adottano formule di *cash back* e carte fedeltà; ma anche optare per trattamenti per il benessere personale, servizi di intrattenimento; workshop e seminari sulla prevenzione della salute; borse di studio; ecc.

Più di recente, la Rete Giunca ha, inoltre, aderito all'*APS - WHP Varese Project* (Aziende per la promozione della salute sul posto di lavoro<sup>952</sup>), creato su iniziativa dell'Associazione dei datori di

---

<sup>945</sup> Si veda in merito *Rete Giunca*, in Ipsos Guide Operative, *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, TREU T (a cura di), Wolters Kluwer, 2015, pp. 328-334.

<sup>946</sup> Centro Diagnostico San Nicola offre *health screenings* ai dipendenti e ai loro familiari.

<sup>947</sup> Libri&Scuola Srl offre libri, manuali, prodotti di cancelleria, giochi educativi, apparecchi elettronici e Guide per gli insegnanti a prezzi scontati.

<sup>948</sup> Telbios spa offre servizi di assistenza telefonica per gli anziani.

<sup>949</sup> Giunca e la Banca Unipol Bank hanno stanziato un fondo di 3 milioni di euro per finanziare mutui a tassi agevolati, conti corrente e carte di credito ricaricabili a prezzi scontati per i dipendenti della Rete.

<sup>950</sup> Il Gruppo Unipol offre assicurazioni vita e auto a prezzi scontati per i dipendenti della Rete e i loro familiari.

<sup>951</sup> Maggiori informazioni disponibili su [http://www.confindustria.it/Aree/NewsPub.nsf/636561EBB7359AF8C1257A92003758A9/\\$File/Comunicato%20stampa\\_Giunca.pdf](http://www.confindustria.it/Aree/NewsPub.nsf/636561EBB7359AF8C1257A92003758A9/$File/Comunicato%20stampa_Giunca.pdf) (ultimo accesso 11/10/2017).

<sup>952</sup> La Rete Giunca è uno dei firmatari dell'accordo di partenariato “per la valorizzazione delle politiche territoriali di conciliazione famiglia-lavoro e delle reti di imprese” siglato il 30 marzo 2014, insieme alla Regione, alla Provincia, ASL, Ambiti Territoriali, Consigliera Provinciale di Parità, Centro di Servizi per il Volontariato della provincia di Varese, università e sigle sindacali. Il progetto WHP Varese è stato sviluppato nell'ambito della *European Network for Workplace Health Promotion*. Secondo la Dichiarazione di Lussemburgo sulla promozione della salute nei luoghi di lavoro nell'Unione europea, la promozione della salute nei luoghi di lavoro (WHP) rappresenta l'impegno dei datori di

lavoro locali, della ASL (Azienda Sanitaria Locale) e dei Rappresentanti sindacali per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro e sotto la supervisione del Ministero della Salute, delle Regioni e della ASL, allo scopo di fornire migliori condizioni di lavoro ai dipendenti e condividere le *best practices*. Il progetto si compone di 6 diversi programmi (promozione di un'alimentazione corretta; contrasto al fumo di tabacco; promozione dell'attività fisica; sicurezza stradale e mobilità sostenibile; alcol e sostanze; benessere personale, sociale e conciliazione vita-lavoro) e ha vinto il premio 2014 per il miglior posto di lavoro per la tutela e la promozione della salute sul luogo di lavoro<sup>953</sup>.

### *16. Le ragioni che hanno portato alla nascita della Rete Giunca e i risultati raggiunti*

Secondo la Presidente della Rete Giunca, la rete ha rappresentato un'opportunità per "trattenere" i lavoratori e rafforzare il loro senso di appartenenza in un periodo in cui gli stipendi da soli non potevano più soddisfare le loro aspettative a causa delle difficoltà finanziarie incontrate dalle imprese in ragione della persistente crisi economica. Infatti, le prestazioni di welfare offribili dalla rete ai dipendenti delle imprese retiste sono risultati di gran lunga preferibili rispetto ai meno elevati aumenti di retribuzione prospettabili in quel periodo, dal momento che la Rete garantisce un potere di contrattazione più forte verso gli *stakeholders* esterni (come le grandi banche e le compagnie di assicurazioni, ma anche i piccoli partners)<sup>954</sup>.

In questa prospettiva, Rete Giunca dimostra che i contratti di rete, oltre che migliorare le condizioni di lavoro e di vita dei dipendenti occupati presso le imprese retiste, possono avere un impatto positivo sulle economie locali, nella misura in cui le micro e PMI situate nel territorio di

---

lavoro, dei dipendenti e della società per migliorare la salute e il benessere delle persone nei luoghi di lavoro attraverso il miglioramento dell'organizzazione del lavoro e dell'ambiente di lavoro per promuovere la partecipazione attiva e incoraggiare lo sviluppo personale. Le aree di attività del progetto WHP includono: life style, invecchiamento, cultura aziendale e leadership, sviluppo del personale, work-life balance, salute mentale e stress, benessere, responsabilità sociale dell'impresa (CSR), nutrizione e salute. Maggiori informazioni sono disponibili su <http://www.enwhp.org/> (ultimo accesso 11/10/2017).

<sup>953</sup> Maggiori informazioni sono disponibili su <http://www.giunca.net/giunca/progetti> (ultimo accesso 11/10/2017).

<sup>954</sup> Estratto da un'intervista non pubblicata a LUCIA RIBOLDI, Viba spa HR Manger e Presidente della Rete Giunca, citato da URBISAGLIA G., *Il welfare aziendale al tempo della crisi: la rete di imprese Giunca*, Astrid, W.P. n. 16/2015, p. 12.

riferimento vengono a contatto con i fornitori dei servizi di welfare successivamente erogati dalla rete medesima, creando valore aggiunto (anche) tra le imprese collocate lungo tale “catena” di valore.

Al contrario, è mancato il coinvolgimento degli attori sociali presenti nel varesino e, in particolar modo, dei sindacati, che, secondo le dichiarazioni della Presidente della rete, non sono stati attivamente coinvolti nella creazione della Rete, in quanto «il contratto di rete è stato siglato tra imprenditori e, quindi, ciò rientrava nella sfera della loro libera disponibilità»<sup>955</sup>. Ciononostante, procede la Presidente, va comunque riconosciuto il «vivo interesse da parte sindacale, sia per le novità nell'utilizzo di questo nuovo strumento della rete; sia, soprattutto, perché occuparsi di welfare rimane da sempre una prerogativa del sindacato. Proprio per evidenziare questo ultimo fattore, il messaggio veicolato alle rappresentanze è stato quello di confermare che, per mezzo di questa rete, le aziende non si vogliono in nessun modo sostituire a loro: le prerogative di tutela dei lavoratori proprie di questo attore collettivo, sono intoccabili e non influenzabili; ma stavolta le imprese faranno la propria parte, meglio di prima e in modo preponderante»<sup>956</sup>.

Alla luce di quanto detto finora, è possibile concludere che l'esperienza della Rete Giunca rappresenta certamente un *exemplum* (il primo), che merita di essere preso in considerazione quale *benchmark* positivo per la costruzione di nuove reti per il welfare; tuttavia, sarebbe auspicabile una maggiore partecipazione degli attori sociali, non potendosi trascurare i benefici che potrebbero derivare dall'apporto del sindacato nella fase di costituzione dei piani di welfare e di scelta dei benefit erogabili. Ciò vale soprattutto per le PMI, ove risulta che nella maggioranza dei casi (il 75,5%) le imprese non ricercano il coinvolgimento dei sindacati<sup>957</sup>.

### *17. Il ruolo del sindacato nella costruzione di reti di imprese per il welfare*

Se, dunque, sia la rete di Giunca che altri casi oggetto di precedenti studi<sup>958</sup> dimostrano che la contrattazione collettiva a livello di rete rimane ancora un fenomeno sporadico - laddove, invece,

---

<sup>955</sup> Si veda nota precedente.

<sup>956</sup> Si veda nota 197.

<sup>957</sup> Ancora una volta ci si riferisce agli esiti della ricerca condotta da Welfare Index PMI e pubblicata nel *Rapporto Welfare Index PMI 2017*, 2017, p. 50, fig. n. 36.

<sup>958</sup> Nello stesso senso RAZZOLINI O., *Network forms of organization and the interfirm network agreement. The Italian case*, materiali per *Enterprise Transformation and Social Rights*, 2<sup>nd</sup> Seminar on International and Comparative Labour Law, July 2, 2015, secondo cui “so far, Unions have been excluded from the INAs” sottoscritti da Gucci e Esaote. Sul punto si consiglia, inoltre, la lettura di ID., *Le reti Gucci ed Esaote: un'analisi di diritto del lavoro*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2016, p. 105.

quella territoriale<sup>959</sup> e di filiera sembra crescere a ritmi più elevati – occorre domandarsi quali strumenti possano essere utilizzati per facilitarne e stimolarne la diffusione. In quest’ottica potrebbe tornare utile il richiamo alle summenzionate teorie sulla codatorialità<sup>960</sup>, che, nel tentativo di fornire nuove risposte alla progressiva frammentazione della figura datoriale, finiscono altresì per ridefinire i confini dell’impresa e, di conseguenza, il perimetro entro cui individuare lo spazio di azione delle parti sociali. Infatti, sebbene l’attuale modello di relazioni industriali appaia ormai principalmente orientato verso la sua completa *aziendalizzazione*<sup>961</sup>, sia a livello nazionale che europeo (sostituendo progressivamente la dimensione *multi-employer*)<sup>962</sup>, la rete costituisce certamente un terreno fertile per lo sviluppo di un nuovo livello di contrattazione collettiva, dove sia la dimensione dell’impresa sia l’estensione del potere datoriale risultano dalla somma di tutti i soggetti che partecipano al contratto di rete<sup>963</sup>. Pare, peraltro, condivisibile l’interpretazione fornita da un’attenta dottrina sul fenomeno in esame, secondo cui appunto «Il decentramento provoca una sorta di intreccio fra due processi politici diversi e separati: da una parte la politica della economia produttiva (la politica industriale/occupazionale) e dall’altra la politica sociale (welfare). In entrambi i casi vi sono attori che interpretano queste politiche istituendo delle relazioni: per la produttività aziendale ai fini della crescita e occupazione, imprese e sindacati; per gli investimenti produttivi ai fini occupazionali, imprese e poteri locali; per il welfare, imprese e sindacati o – più frequentemente – imprese e poteri pubblici»<sup>964</sup>.

In questa prospettiva, la contrattazione “di rete”, oltre che un mezzo efficace per omogenizzare gli standard di lavoro attraverso l’adozione di accordi uniformi tra le imprese retiste, potrebbe assurgere a «livello autonomo decentrato di contrattazione»<sup>965</sup>, senza necessariamente entrare in conflitto con i contratti collettivi nazionali, laddove vengano individuate la modalità di raccordo più opportune tra le materie rientranti nella competenza degli uni e negli altri. In altre parole, tale

---

<sup>959</sup> Per quanto, come sostenuto da BAVARO V., *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un’indagine territoriale)*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2017, 1, p. 41, «non bisogna enfatizzare troppo neanche la contrattazione di livello territoriale perché l’istituzione politico-economica della post democrazia è l’impresa, mentre la politica sociale resta condivisa fra questa e il territorio».

<sup>960</sup> BORELLI S., *Riflessioni sull’ambito di applicazione e sui criteri di imputazione giuridica della disciplina lavoristica. Esempi di interpretazione funzionale del concetto di impresa*, disponibile su <https://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/borelli.pdf> (ultimo accesso 11/10/2017). Si rimanda, inoltre, alla bibliografia già citata nella nota 172 di questo capitolo.

<sup>961</sup> Questa l’espressione usata per primo da ALES E., *Dal caso FIAT a “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2011, 4, p. 1061.

<sup>962</sup> Così BAVARO V., *op. ult. cit.*, p. 14.

<sup>963</sup> Secondo PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2013, 1, p. 96, peraltro, [la] contrattazione sovraziendale, di livello territoriale e/o di distretto industriale...potrebbe comportare l’adozione di intese uniformi per aggregati di imprese accomunate dall’appartenenza a distretti e/o dall’adesione a contratti di rete, anche in deroga alla disciplina contrattuale nazionale».

<sup>964</sup> BAVARO V., *op. ult. cit.*, p. 41.

<sup>965</sup> BAVARO V., *op. ult. cit.*, p. 23.

contrasto potrebbe essere ovviato nella misura in cui i contratti di “rete” assumano contenuti *specifici* e ritagliati sulle esigenze effettive di ciascun contesto produttivo, mentre i CCNL di categoria conservino i caratteri di una «contrattazione nazionale di categoria semplificata e a contenuto generale»<sup>966</sup>.

In questa prospettiva, il contratto di rete potrebbe altresì essere impiegato per arginare la tendenza ormai imperante di utilizzare la contrattazione di secondo livello in funzione di deroga rispetto agli accordi collettivi nazionali<sup>967</sup>. Infatti, tale tipologia di contratto, da un lato, oltre a favorire la diffusione del welfare aziendale anche nelle micro e PMI, dall'altro, potrebbe fornire un valido supporto alle imprese che intendano accrescere la loro competitività mediante la condivisione dei costi, delle competenze e delle esperienze. Allo stesso tempo, il contratto di rete potrebbe offrire ai sindacati nuove opportunità di crescita e di protagonismo politico, facilitandone indirettamente l'ingresso in contesti aziendali e settori produttivi, in cui la contrattazione collettiva è ancora poco diffusa.

Per raggiungere tale scopo, occorre, tuttavia, che i sindacati accettino le sfide poste da un mercato in continuo mutamento, in cui la forza lavoro risulta particolarmente frammentata, i luoghi di lavoro verticalmente e orizzontalmente disintegrati, e in cui diventa difficile assicurarsi una copertura della forza lavoro soddisfacente.

In questo contesto, deve, tuttavia, accogliersi con favore l'Accordo interconfederale «*Un moderno sistema di relazioni industriali per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*»<sup>968</sup> sottoscritto il 14 gennaio 2016 da CGIL-CISL-UIL, dal quale emerge l'impegno da parte dei sindacati stipulanti a promuovere un modello più inclusivo di relazioni industriali «che elevi la partecipazione dei lavoratori a valore fondamentale per la crescita democratica, politica e sociale dell'intera collettività nazionale»<sup>969</sup>. A tal fine, l'Accordo individua, in particolare, tre diverse Aree di Partecipazione: (a) partecipazione alla *governance* «nella direzione dello sviluppo sostenibile», (b) partecipazione economica/finanziaria «[per] valorizzare in termini compiuti e complessivi l'apporto del lavoro allo sviluppo dell'impresa» e, per ciò che qui interessa

---

<sup>966</sup> Si esprime in questi termini TREU T., *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mer.Conc.Reg.*, 2012, 1, p. 30 in riferimento alle tendenze che potrebbero svilupparsi relativamente al rapporto tra contrattazione di secondo livello e contrattazione nazionale di categoria.

<sup>967</sup> Conferma tale tendenza ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali; un'analisi della strumentazione giuridica*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2015, 1, p. 40, dove afferma che il legislatore italiano ha concepito i contratti di secondo livello per favorire la deregolamentazione a livello aziendale, in cui nella maggior parte dei casi il datore di lavoro è il vero motore e arbitro della negoziazione.

<sup>968</sup> CGIL-CISL-UIL. *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*. Accordo Interconfederale sottoscritto in data 14/01/2016 (disponibile su <http://www.bollettinoadapt.it/un-moderno-sistema-di-relazioni-industriali/>, ultimo accesso 11/10/2017).

<sup>969</sup> CGIL-CISL-UIL, *ivi*, punto n. 2, p. 17.



maggiormente, (c) partecipazione organizzativa «anche e in particolare le PMI e le Reti, nella quale concorrere alla innovazione dei processi produttivi e alla qualificazione del lavoro».

Sebbene, dunque, non sia revocabile in dubbio che l'accordo in esame rappresenti un passo in avanti nella direzione auspicata, non è possibile non tenere conto dei risultati prodotti dall'Indagine condotta da Welfare Index PMI nel 2017, dalla quale risulta che, allo stato, sul vasto ed eterogeneo campione di PMI coinvolte nella *survey*, solamente il 5,8% di queste partecipava ad un'alleanza tra imprese o aderisce a servizi comuni (di queste solamente l'1,1% ha costituito rete di imprese, l'1,5% partecipa a consorzi/alleanze di imprese ed il 3,2% non partecipa ad alleanze, ma aderisce a servizi comuni sul territorio), mentre il restante 94,2% delle imprese non aderisce ad alcun tipo di alleanza per l'erogazione di prestazioni di welfare aziendale<sup>970</sup>.

---

<sup>970</sup> Rapporto Welfare Index PMI 2016, *Il welfare aziendale fa crescere l'impresa*, figura n. 56, p. 68, si tratta, come già specificato altrove, di un campione di 662.440 PMI imprese appartenenti a tutti i settori produttivi (industria, commercio e servizi, studi e servizi professionali, artigianato, terzo settore, agricoltura e agricoltura sociale) e di diverse classi dimensionali (da meno di 6 addetti a 250 addetti).

## CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti, emerge con chiarezza che i Sistemi di Sicurezza Sociale statunitense ed italiano presentano delle differenze strutturali, che ne rendono assai difficile un raffronto. Ciononostante, pare potersi individuare un punto di contatto nelle condizioni oggettive (o fattori esogeni) che negli ultimi decenni ne hanno destabilizzato, almeno in parte, la tenuta. Certamente, la tradizione politico-culturale di un Paese, al pari delle relazioni industriali che ne connotano il modello di produzione e di organizzazione del lavoro, condizionano significativamente i rapporti giuridici che si instaurano tra i cittadini e lo Stato e, di conseguenza, il ruolo giocato da quest'ultimo nella individuazione degli standard di adeguatezza che devono essere perseguiti a garanzia delle tutele sottostanti.

Guardando, dapprima, al Sistema di Sicurezza Sociale statunitense emerge un sistema dai connotati fortemente privatistici – non è un caso, infatti, che il primo piano pensionistico sia stato istituito per iniziativa dell'American Express Company, una delle più importanti società di trasporto valori nella seconda metà del XIX secolo – a conferma dell'approccio marcatamente liberista e individualistico, che domina nella cultura statunitense, ove è preferibile che lo Stato intervenga il meno possibile, lasciando al singolo i margini di libera iniziativa necessari ad autoaffermarsi nella società e nei diversi ambiti in cui esso si trova ad operare.

Come vi è già stato modo di chiarire, il Sistema di Sicurezza Sociale statunitense si regge su tre pilastri, di cui uno di matrice pubblicistica. Rientrano, infatti, in tale pilastro, la *Social Security* (istituita nel 1935) e i programmi federali di *Medicare* e *Medicaid*; mentre i restanti due pilastri, rappresentati dai ccdd. *Employee Benefit Plans* e gli *Individual Savings Accounts*, sono di matrice privatistica.

Ne deriva un modello in cui la *Social Security* copre la quasi totalità dei cittadini statunitensi di età superiore ai 65 anni, erogando una rendita mensile che rappresenta, invero, la fonte primaria di reddito da pensione. Si tratta di un trattamento obbligatorio e contributivo a prestazione definita basato su un sistema a ripartizione alimentato dai contributi dei datori di lavoro e dai lavoratori attivi sul mercato, che garantisce una copertura quasi universale ed assicura un reddito minimo che, tuttavia, deve essere necessariamente integrato da altre forme di reddito. Allo stesso modo il *Medicare Program*, articolato nelle parti A, B, C e D, assicura alla popolazione con età superiore ai 65 anni

trattamenti di natura sanitaria che vanno dai servizi di ospedalizzazione, alle visite specialistiche, alle prescrizioni mediche ed è finanziato anch'esso dai contributi versati dai datori e dai lavoratori pari complessivamente al 2,9% della retribuzione percepita. Il *Medicaid Program*, invece, - concepito allo scopo di erogare prestazioni di carattere assistenziale alle «low income persons» - è stato profondamente riformato dall'*Affordable Care Act* (o *Obama Care*) per mezzo del quale sono stati stanziati fondi federali finalizzati ad estendere siffatta copertura alla più ampia fascia della popolazione statunitense.

Costituiscono, invece, il secondo pilastro del Sistema di Sicurezza Sociale statunitense gli *Employee Benefit Plans*, i quali sono a loro volta scomponibili in *Pension Benefit Plans*, *Health Care Plans* e *Welfare Benefit Plans*, laddove i primi erogano trattamenti pensionistici, i secondi trattamenti sanitari e i terzi una serie di altri benefit di natura non esclusivamente monetaria, che accompagnano il lavoratore durante la sua carriera lavorativa (come ad esempio le misure di work-life balance, gli educational programs, gli adoption programs, etc.). Tali piani sono regolati dal Titolo I dell'ERISA, rubricato «*Protection of Employee Benefit Rights*», che, oltre a fornirne una definizione normativa dei singoli piani, ne delimita l'ambito di applicazione<sup>971</sup>. Le tre diverse tipologie di piano sono accumulate dalla volontarietà dell'iniziativa datoriale - non potendosi rinvenire nell'ordinamento statunitense alcuna previsione normativa che imponga la *sponsorizzazione* di forme di previdenza e assistenza integrative nei confronti dei propri dipendenti - e dall'opportunità, dunque, di “trattenere” i “dipendenti migliori” mediante un *trade-off* che beneficia entrambe le parti del rapporto.

L'ultimo pilastro è, infine, costituito dagli *Individual Pension Accounts* (o *Individual Pension Annuities* - IRAs), ovvero conti istituiti in forma di trust o conti deposito individuali nell'interesse esclusivo di un individuo e dei suoi beneficiari, allo scopo di estendere i benefici fiscali attribuiti agli *Employment-Based Pension Plans* anche a quei lavoratori che non vi possono partecipare. A

---

<sup>971</sup> Ai sensi del §3(3) ERISA, sono considerati *Employee Benefit Plans*, sia i *Welfare Benefit Plans* che i *Pension Benefit Plans*, intendendo per i primi «qualsiasi piano, fondo o programma che è stato fino a quel momento o da quel momento in poi costituito o mantenuto da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi allo scopo di fornire ai suoi partecipanti o ai soggetti beneficiari di questi ultimi, attraverso l'acquisto di un'assicurazione o tramite altro mezzo, (A) trattamenti medici, chirurgici o cure ospedaliere, o benefit in caso di malattia, infortunio, disabilità, morte o disoccupazione, o ferie, apprendistato o altri programmi di formazione, o asili nido, borse di studio o assistenza legale o (B) qualsiasi tipo di benefit descritto al §302(c) del Labor Management Relations Act del 1974 (diverso dalla pensione on Pension or death e dall'assicurazione stipulata per erogare tale pensione)» (ex ERISA §3(1)); per i secondi, invece, «qualsiasi piano fondo o programma che è stato fino a quel momento o da quel momento in poi costituito o mantenuto da un datore o da un'organizzazione di lavoratori o da entrambi, nella misura in cui tale piano, fondo o programma, espressamente o dalle circostanze, (i) fornisca un trattamento pensionistico (*Pension income*) ai lavoratori o (ii) risulti in un differimento del reddito (*a deferral of income*) da parte degli stessi lavoratori fino al momento della cessazione del rapporto di lavoro e oltre, a prescindere dal metodo di calcolo dei contributi o dal metodo di distribuzione dei benefit adottati dal piano medesimo» (ex ERISA §3(2)(A)).

differenza dei *Pension Benefit Plans* – con cui pure condividono i benefici fiscali - gli IRAs presentano il beneficio di essere più semplici da amministrare, pur essendo più rigidi nella regolamentazione ed imponendo dei tetti di contribuzione più bassi. Ad ogni modo essi rappresentano il più grande deposito dei patrimoni generati dai fondi pensionistici statunitensi, detenendo più di un quarto di tutti gli *assets* accumulati nei *Pension Benefit Plans* del Paese.

Per quanto concerne più dettagliatamente la disciplina dettata dall'ERISA e dall'Internal Revenue Code in materia di Employee Benefit Plans – i quali rappresentano il principale oggetto di indagine del primo capitolo – essa si presenta particolarmente complessa, sebbene talvolta carente dal punto di vista definitorio. Per quanto, infatti, ERISA e IRC ambiscono a dettare regole molto precise in termini di specificazione dell'ambito di applicazione della normativa in esame (ampia parte dello studio è, infatti, dedicata ai problemi legati dall'individuazione del significato dei termini *plan*, *employer*, *employee*, *beneficiaries*, *spouse*, etc.), talvolta forniscono delle definizioni ambigue – è il caso della nozione di *employee*<sup>972</sup> -, solo parzialmente bilanciate dagli sforzi interpretativi posti in essere dalla Giurisprudenza nelle numerose pronunce di cui si è dato nel conto nella trattazione. Tali previsioni normative devono, peraltro, coordinarsi con le numerose leggi federali che regolano altri aspetti inerenti al rapporto di lavoro (i.e. ADA, ADEA, FMLA, ecc.), ivi compresi i profili legati alla tutela della salute del lavoratore (i.e. OBRA, COBRA, MSP rules, ecc.), nonché, talvolta, con le leggi statali (è il caso dei *Self-Insured & Insured Health Care Plans*), sollevando questioni di “prevalenza” di non poco momento, affrontate a più riprese dalle Corti federali e dalla Corte Suprema<sup>973</sup> (cd. *Preemption Rules Doctrine*).

Alla luce delle considerazioni svolte nello studio, emerge, peraltro, che l'universo dei *Pension Benefit Plans* risulta incredibilmente variegato, così come differenziati sono le garanzie apprestate dall'ordinamento ai rispettivi partecipanti. In particolare, secondo la ricostruzione operata nel Capitolo I, godono del più ampio ventaglio di tutele sancite nel Titolo I, ERISA in materia di *Eligibility*, *Vesting*, *Accrual*, *Disclosure*, *Plan Amendments* e *Portability*, i partecipanti ai cosiddetti *Qualified Pension Benefit Plans*, che soddisfano i requisiti dettati dall'IRC §401(a) in quanto «gestiti nell'interesse esclusivo dei loro partecipanti, allo scopo di distribuire a questi ultimi i relativi benefit»; mentre né gli iscritti ai *Non-Qualified Benefit Plans* né ai *Welfare Benefit Plans* possono accedere alle medesime tutele.

---

<sup>972</sup> Il §3(6) ERISA e il 29 U.S.C. §1002(6) definiscono “employee” «Any individual employed by an employer».

<sup>973</sup> Si vedano, ad esempio, *Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*, 471 U.S. 724 (1985) e *FMC Corp. v. Holliday*, 498 U.S. 52 (1990).

Particolarmente rilevante risulta in proposito la distinzione operata dal legislatore in riferimento ai *Qualified Pension Benefit Plans*, che si dividono in *Defined Benefit Plans* (piani a prestazione definita), *Defined Contribution Plans* (piani a contribuzione definita) e *Hybrid Plans* (che presentano caratteristiche comuni ai primi due). Come si è già avuto modo di dimostrare, i *Defined Benefit Plans* hanno dominato la storia degli Employee Benefit Plans fino almeno all'entrata in vigore dell'ERISA, che ne ha sensibilmente incrementato i costi mediante l'introduzione di un premio annuale da versare al PBGC, la previsione di garanzie minime di inanziamento, l'ampliamento dei requisiti minimi di partecipazione e l'inasprimento degli obblighi informativi nei confronti dei partecipanti. Per questi motivi, accanto ai DB plans, si sono progressivamente diffusi i *Defined Contribution Plans*, specialmente nella forma dei *401(k) plans*, che appaiono maggiormente vantaggiosi sia per i lavoratori – i quali sono liberi di scegliere se ricevere i benefit in forma di cash o di versare il corrispettivo ammontare nel piano - sia per i datori di lavoro – i quali possono scegliere di offrire le ccdd. *matching contributions*, nonché di adottare l'*automatic enrollment mechanism* per incentivare l'adesione del maggior numero di dipendenti. Tali piani, per quanto più adattabili e più facili da amministrare, hanno, tuttavia, spostato i rischi di insolvenza e di longevità (*risks of insolvency and longevity*) dai datori di lavoro ai lavoratori, nonché l'onere di finanziamento del piano, che diviene tanto più gravoso nei momenti di crisi economica, in cui il mercato finanziario non è in grado di procurare i profitti necessari ad incrementare il valore delle somme accumulate nei piani ed appare con maggiore evidenza la necessità per i lavoratori di lavorare più a lungo allo scopo di garantirsi il medesimo livello di trattamento.

Nondimeno, i partecipanti a tali piani, godono delle *Non-discrimination rules*, concepite allo scopo di ridurre l'arbitrarietà del datore di lavoro nella fase di selezione della platea dei beneficiari all'interno della popolazione aziendale attraverso la suddivisione della stessa nelle due categorie dei *Highly-compensated employees* (HCEs) e *Non-highly compensated employees* (NCHes), laddove l'amministratore del piano deve dimostrare che i primi non beneficino di trattamenti più favorevoli rispetto ai secondi in ossequio alle regole dettate dall'ERISA. Da questo punto di vista, occorre, dunque, evidenziare un'apprezzabile sensibilità da parte del legislatore statunitense – il quale, per tradizione giuridica, si è sempre dimostrato particolarmente attento al tema delle discriminazioni – cui forse potrebbe prendere spunto anche quello italiano, che sul tema non sembra ancora intenzionato ad intervenire in modo sostanziale.

Non si può, tuttavia, sottacere l'arbitrarietà riconosciuta *ex lege* dal datore di lavoro nella selezione *ab origine* dei soggetti partecipanti al piano, nella misura in cui le *Non-discrimination rules*

trovano applicazione solamente in riferimento alla platea dei beneficiari individuata dal datore. In altre parole – e con specifico riferimento al profilo del diritto antidiscriminatorio - non sfuggono i limiti di un sistema di tutele in cui è sufficiente che il piano risulti conforme alle “regole” dettate in materia di distribuzione dei benefit erogati alla platea dei beneficiari scelta per ottenere il placet dell’ordinamento, senza considerare che è assolutamente discrezionale per il datore di lavoro la scelta del numero di piani da istituire e chi ammettere al godimento dei relativi benefit, in quanto l’ERISA non assicura nella maniera più assoluta una copertura generalizzata, ma si limita a regolare il funzionamento dei piani esistenti.

Questi ultimi profili consentono, peraltro, di evidenziare la tendenza dell’ordinamento statunitense a responsabilizzare in misura sempre crescente il singolo individuo nella gestione dei propri risparmi (non solo previdenziali, ma) anche sul versante dei trattamenti assistenziali-sanitari. Nell’ambito degli *Health Care Plans*, infatti, particolare successo è stato riscontrato dai ccdd. *Health Saving Accounts* (HSA), che risultano oggi la forma più comune di «consumer-driven plans» (i.e. a gestione individuale) attraverso il quale il singolo individuo finanzia le spese mediche in cui egli stesso e/o un suo “beneficiario” potrebbero incorrere. Come altrove illustrato, tale tipologia di conto non presenta i requisiti di un vero e proprio piano - essendo istituito per iniziativa del singolo lavoratore e necessitando della copertura assicurativa offerta da un *High Deductible Health Plan* (HDHP) -, ma appare comunque preferibile per il datore di lavoro rispetto ad altre tipologie di *Health Care Plans* in quanto garantisce a questo un risparmio sui costi di gestione, grazie alla più alta franchigia prevista dagli HSAs e, allo stesso modo, incoraggia il lavoratore a compiere delle scelte oculate relativamente ai trattamenti sanitari per cui optare, posto che spetta a quest’ultimo pagare le spese mediche sostenute durante l’anno, fino al raggiungimento di tale franchigia.

Giova, peraltro, ricordare che i *Welfare Benefit Plans* – nelle forme degli *Health Care Plans* o dei *Welfare Benefit Plans* – non sono contornati dal complessivo apparato di tutele sancite dal Titolo I ERISA, ma sono piuttosto soggetti alla cd. *Settlor Function Doctrine*, in virtù della quale il datore di lavoro è libero di istituire, modificare ed estinguere il piano «per qualunque ragione ed in qualunque momento», seppur nel rispetto delle previsioni contenute nelle numerose altre leggi federali cui si è precedentemente fatto cenno. Diversamente dai *Pension Benefit Plans*, dunque, non garantiscono i diritti di eleggibilità, accumulazione, acquisizione, informazione, modifica del piano e portabilità sanciti dal Titolo I ERISA, ma presentano il vantaggio di essere più adattabili alle esigenze del singolo lavoratore e, quindi, *personalizzabili*: è il caso, in particolare, dei *Flexible Spending Accounts* (FSAs) – assimilabili al nostro cd. carrello della spesa -, che si presentano come conti

individuali alimentati a proprio piacimento e senza limiti di contribuzione dal lavoratore medesimo per finanziare le spese mediche sostenute nell'arco di un determinato periodo di tempo.

Per tutte le altre tipologie di benefit erogabili attraverso i Welfare Benefit Plans valgono le considerazioni già svolte nel Cap. I, Sez. II del presente studio; ciò che giova qui sottolineare è ancora una volta la totale discrezionalità riconosciuta al datore di lavoro, anche in questo ambito, nella scelta delle prestazioni e nella selezione dei beneficiari, le cui condizioni di lavoro dipendono in larga parte dallo spirito di liberalità manifestato da quest'ultimo.

Ne deriva un sistema fortemente privatizzato, messo a dura prova dai fenomeni dell'*ageing population* e dalla crisi dei mercati finanziari, in cui i singoli contribuenti/lavoratori sono incoraggiati a responsabilizzarsi in maniera sempre crescente nella gestione del proprio risparmio previdenziale, e, più in generale, delle proprie risorse finanziarie, al fine di garantirsi uno standard di tutela più elevato rispetto a quello garantito dal primo pilastro della Social Security, il cui sistema di gestione risulta senz'altro in affanno. In tale prospettiva, non sembra inappropriato un raffronto tra i diversi livelli di tutela garantiti dai diversi pilastri dell'ordinamento – peraltro, non sconosciuto alla dottrina e alla giurisprudenza italiana – in cui da un livello minimo di assistenza tarato sulle esigenze di vita basilari, garantito dal primo pilastro, si affiancano trattamenti più elevati, garantiti dal secondo e terzo pilastro, cui possono, tuttavia, accedere solamente individui con una carriera lavorativa sufficientemente stabile da assicurarsi una continuità contributiva. Infine, vale la pena sottolineare la frammentarietà che, in termini generali, caratterizza la legislazione federale in materia di tutela dei diritti del lavoratore, nella misura in cui vengono previste delle soglie di applicabilità<sup>974</sup> che escludono tutti quei lavoratori occupati presso unità produttive con una consistenza occupazionale inferiore alla ventina di dipendenti.

\*\*\*

La normativa che definisce gli ambiti di applicazione e che regola il funzionamento del Sistema di Sicurezza Sociale italiano, d'altro canto, appare più organica e razionale, per quanto considerevolmente eterogenea nelle fonti e nelle discipline coinvolte. Il modello costituzionale delineato nell'articolo 38 della Carta Costituzionale ha, peraltro, una vocazione fortemente pubblicistica, che rispecchia la storia e la cultura del nostro Paese, in cui l'iniziativa dei privati si

---

<sup>974</sup> Si noti, infatti, che molte delle leggi federali analizzate prevedono la soglia minima dei «20 full-time equivalent employees» per l'applicabilità delle tutele ivi sancite (per approfondire questo aspetto si rinvia ai paragrafi 2.2.8 e ss, Cap. I, Sez. II).

presenta come residuale/integrativa rispetto all'intervento del potere pubblico. A differenza degli Stati Uniti - dove le prime forme di tutela pensionistica sono state istituite per iniziativa dei privati con grande anticipo rispetto alla promulgazione del Social Security Act – le prime forme di assistenza in Italia nascono per iniziativa della Chiesa e dei lavoratori stessi, trovando nelle Società di Mutuo Soccorso la forma più adatta per rispondere alle necessità della classe lavoratrice di fine Ottocento, in un momento in cui lo Stato Sociale si trovava ancora nel suo stato embrionale. In vero, il modello delineato nell'articolo 38 Cost. dai padri costituenti non è mai stato riformato nel corso del tempo, per quanto sia stato oggetto di vivi dibattiti in dottrina e, come ovvio, abbia conosciuto diversi “rimaneggiamenti” interpretativi da parte della giurisprudenza a seconda delle circostanze storiche in cui i giudici si sono pronunciati.

Secondo l'indirizzo maggioritario, il modello costituzionale sarebbe, dunque, basato sulla dicotomia Assistenza sociale-Previdenza sociale, laddove la prima sarebbe ispirata al modello Beveridge e la seconda a quello bismarckiano; tuttavia, è opinione comune che non sia più possibile tracciare una distinzione così netta tra le due componenti, tenuto conto altresì del ruolo giocato dal Sistema Sanitario Nazionale all'interno di tale modello.

Ad ogni modo, nel quadro di tutele apprestate dal legislatore italiano, spetta principalmente agli «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato» (articolo 38, comma 4) garantire a «ciascun cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» un trattamento minimo di tipo assistenziale (comma 1) ed assicurare ai lavoratori «mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» (comma 2); tuttavia, è ammesso anche l'intervento dei privati a scopo assistenziale, come chiarito dal comma 5.

Il rapporto tra il comma 2 - rappresentato dal primo pilastro della previdenza obbligatoria - ed il comma 5 - associato tradizionalmente alla previdenza complementare - è sempre stato piuttosto problematico, dal momento che solamente il primo individua la platea dei destinatari e le relative tutele, mentre il secondo è silente su entrambi gli aspetti. In merito, l'approdo giurisprudenziale - dopo un *iter* di quasi trent'anni - è stato quello enunciato nella storica sentenza della Corte Costituzionale, che nel 2000<sup>975</sup> ha aderito alla teoria della *funzionalizzazione* della previdenza complementare alla previdenza obbligatoria, con buona pace di chi aveva sostenuto fino ad allora la distinzione delle funzioni attribuite ai due diversi commi, nella convinzione che solamente lo Stato

---

<sup>975</sup> Ci riferisce a Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass.Giur.Lav.*, 2000, p. 963 ss., con nota di PESSI R., *Una lezione di etica politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*.



avrebbe dovuto garantire gli standard di *adeguatezza* dettati dall'articolo 38 Cost., mentre ai privati sarebbe spettato il compito di assicurare *più elevati livelli di copertura previdenziale*.

Il dibattito non può certo dirsi sopito, nonostante la presa di posizione netta dei giudici delle leggi in tale occasione; rimangono, tuttavia, aperti molti interrogativi, dal momento che a quasi vent'anni da tale pronuncia l'adesione alla previdenza complementare rimane ancora libera e volontaria, sebbene l'introduzione del meccanismo di adesione tacita, a partire dal 2007, abbia in parte cercato di porre rimedio al lento decollo dei fondi pensione. Nondimeno, sarebbe sbagliato ridurre il dibattito in oggetto al rapporto tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, dal momento che quest'ultima appartiene alla più ampia categoria della previdenza contrattuale, all'interno della quale sono altresì ascrivibili i fondi sanitari integrativi, gli enti bilaterali, gli ammortizzatori contrattuali e il welfare aziendale.

A ciascuno di tali strumenti sono chiaramente attribuite funzioni diverse, per quanto accumulate dall'intento di estendere le tutele previdenziali alla più ampia fetta della popolazione attiva in un mercato del lavoro particolarmente frammentato e disomogeneo, attraverso il coinvolgimento delle parti sociali, la cui proattività condiziona in modo determinante il successo di tali forme di previdenza. In tale prospettiva deve, infatti, leggersi il protagonismo riconosciuto al sindacato nella costituzione degli enti bilaterali in quei settori produttivi tradizionalmente caratterizzati da frammentazione e discontinuità lavorativa, ma anche dei fondi di solidarietà bilaterale per quei settori non coperti dalla CIG. Parimenti deve interpretarsi la più recente iniziativa di promozione sul piano fiscale delle misure di welfare aziendale, che evidentemente sono parse al legislatore le più meritevoli sul piano dell'adeguamento delle retribuzioni in un momento in cui le imprese faticano a garantire aumenti salariali adeguate rispetto all'aumento del costo della vita e dell'inflazione degli ultimi anni. La conversione dei premi di risultato in servizi e beni di natura non monetaria rappresenta, in questo contesto, l'opzione più appetibile sia per i datori di lavoro, che riescono in tal modo a gratificare i propri dipendenti, contenendo i costi, sia per i lavoratori medesimi, che accrescono il proprio potere contrattuale beneficiando di servizi personalizzati, sgravati sul piano fiscale e contributivo.

In tale contesto, Stato, imprese, lavoratori e sindacato sono chiamati a collaborare allo scopo di garantire migliori condizioni di lavoro e prestazioni previdenziali/assistenziali adeguate alle mutevoli esigenze di vita, allo scopo di realizzare il disegno costituzionale enucleato nell'articolo 38 della Costituzione. Tale scelta, naturalmente, non è scevra dai rischi descritti nei capitoli dello studio

dedicati al bilanciamento dei ruoli attribuiti a ciascuno degli attori summenzionati e alle funzioni che questi sono chiamati a svolgere in un momento storico caratterizzato da una persistente stagnazione economica (di cui solo recentemente si sta intravedendo la fine), da una progressiva precarizzazione del mercato del lavoro e da alti livelli di disoccupazione.

Ciononostante, i timidi segnali di ripresa economica degli ultimi mesi, accompagnati dalla reattività dimostrata in più occasioni dalla contrattazione collettiva<sup>976</sup> e dalla “creatività” dimostrata dalle imprese stesse nella sperimentazione di nuove forme di cooperazione allo scopo di promuovere iniziative, *lato sensu*, welfaristiche<sup>977</sup>, meritano di essere accolti con favore, pur nella consapevolezza che il modello di protezione sociale delineato dai padri costituenti è ancora lontano dalla sua effettiva realizzazione.

---

<sup>976</sup> Si vedano in particolare CGIL-CISL-UIL e FEDERMECCANICA, CCNL per l'industria metalmeccanica, 26 novembre 2016 (disponibile su [https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo\\_ccnl\\_metalmeccanici\\_2016-2019.pdf](https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo_ccnl_metalmeccanici_2016-2019.pdf)) e CGIL-CISL-UIL. *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*. Accordo Interconfederale sottoscritto in data 14/01/2016 (disponibile su <http://www.bollettinoadapt.it/un-moderno-sistema-di-relazioni-industriali/>).

<sup>977</sup> Ci si riferisce all'utilizzo del contratto di rete sperimentato, ad esempio, dalle imprese aderenti alla RETE GIUNCA per erogare welfare benefit ai propri dipendenti, alle Reti per la Conciliazione, alle Società di Mutuo Soccorso, ecc.

## BIBLIOGRAFIA

### Autori

- A.A.V.V., *Commentario diretto da Franco Carinci. La previdenza complementare*, BESSONE M.-CARINCI F. (a cura di), Utet, 2004.
- A.A.V.V., *Employee Benefits Law*, Second Ed., ABA Section of Labor and Employment Law, 2000.
- A.A.V.V., *Impresa e società*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Napoli, 1968.
- A.A.V.V., *La contrattazione collettiva in Italia. Terzo rapporto Adapt*, Adapt University Press, 2016.
- A.A.V.V., *Libro bianco per un welfare della persona al tempo della Quarta rivoluzione industriale*; Adapt, disponibile su <http://www.adapt.it>, 2017.
- A.A.V.V., *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali. La previdenza integrativa*, CARINCI F. E ALTRI (diretto da), Utet, 1988.
- A.A.V.V., *Sicurezza sociale e previdenza complementare in Europa*, Cacucci, 2009.
- A.A.V.V., *Social Insurance Program*, in *Social Security Programs in United States*, Social Security Administration Office of Research, Evaluation and Statistics, 1997.
- ALACEVICH F., *Welfare territoriale nel distretto pratese: un gioco a somma positiva?*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2015, 1, p. 143.
- ALES E., *Dal caso FIAT a "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2011, 4, p. 1061.
- ALESSI C., *Contratto di rete e regolazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 85.
- ALTMAN N.J., *The Battle for Social Security: From FDR's Vision to Bush's Gamble*, Wiley Ed., 2005.
- ANIA, *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, Position paper, maggio 2015.
- ARCIDIACONO R., *Integrativo Luxottica: un'organizzazione del lavoro "a misura di persona"*, 05.11.2015, <http://www.bollettinoadapt.it>.

- ARMAROLI I., *Lavoro futuro e presente – welfare aziendale e contratti nazionali: Ccnl dei metalmeccanici l'esordio del "flexible benefits"*, 02.11.2016, in job24-Ilsole24ore.
- ASCOLI U.-MIRABILE M.L.-PAVOLINI E., *Dal welfare di cittadinanza al welfare nel lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa d'impresa in Italia*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 53.
- ASSONIME, Circolare 3 novembre 2016, n. 24 disponibile su <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/268496.aspx>.
- AVIO A., *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corresponsività*, Roma, 2008.
- BACCHINI F., *Welfare aziendale: illusioni (ricostruttive) giuslavoristiche*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 3, p. 634.
- BAKER ROSINA B., *Lessons from a Legislative Disaster*, 47 Tax Notes, 1987, p. 843.
- BALANDI G., *Attualità e problemi delle assicurazioni sociali*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1986, p. 523.
- ID., *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lav. e Dir.*, 2015, 2, p. 313.
- ID., *Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno*, in *Pol.Dir.*, 1984, p. 521.
- BALL ROBERT M., *Insuring the Essentials. Bob Ball on Social Security: A Selection of Articles and Essays from 1942 Through 2000*, in BETHEL T.N. (edited by), The Century Foundation, 2001.
- BANDERA L.-MAINO F.-MALLONE G., *Le assicurazioni: nessi e sinergie possibili*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 83.
- BANKMAN J., *Cafeteria Plans: a Tray of Tax-Free Benefits*, 5 L.A. Law., 1982-1983, p. 15.
- BARBERA M., *Il welfare aziendale: innovazioni e sostegno normativo*, Conference Welfare aziendale: quadro normativo ed esperienze gestionali, Catania, 15 aprile 2016 (intervento non pubblicato).
- BARLETT M., *Protection of Patient Privacy Rights Under The Health Insurance Portability And Accountability Act Of 1996*, 67 Bench & B. 2003, p. 14.
- BAVARO V., *Contrattazione aziendale e produttività (a proposito di un'indagine casistica)*, in *Economia&Lavoro*, 2014, 1, p. 117.

ID., *Gli enti bilaterali nella legislazione italiana*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 33.

ID., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav.Giur.*, 2007, p. 1169.

ID., *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2017, 1, p. 13.

BAVARO V.-LAFORGIA S., *Contrattazione collettiva e «prossimità delle imprese». La struttura del contratto collettivo di filiera, distretto, rete d'impresa*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, 2015, p. 107.

BEFORT STEPHEN F., *The perfect Storm of Retirement Insecurity: Fixing the Three-Legged Stool of Social Security, Pensions, and Personal Savings*, 91 *Minn. L. Rev.*, 2006-2007, p. 938.

BELLARDI L., *La rappresentanza sindacale dei lavoratori "atipici" e il ruolo degli enti bilaterali*, in GAROFALO D.-RICCI M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 263.

ID., *Le istituzioni bilaterali tra legge e contrattazione collettiva: note di sintesi e prospettive*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 7.

BETTI M., *Contrattare lo sviluppo: nuove opportunità per le aree distrettuali. Il caso di Prato*, in *Quad.Rass.Sind.*, 2015, 2, p. 95.

BILZERIAN K.D.-KERBY III C.K.- NASH S.M., *Salud!? To Health Savings Accounts*, 23 *Legal Mgmt.*, 2004, p. 28.

BNA PORTFOLIOS, *Church and Governmental Plans*, 372-4<sup>th</sup>, 2013.

BNA PORTFOLIOS, *Employee Benefit Plans and Issues of Small Employers*, 353-4<sup>th</sup>, 2014.

BNA PORTFOLIOS, *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, 399-3<sup>rd</sup>, 2016.

BNA PORTFOLIOS, *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, 399-3<sup>rd</sup>, 2016.

BNA PORTFOLIOS, *Worker Classification and the Contingent Workforce*, in *Employee Benefits for the Contingent Workforce*, in 399-3<sup>rd</sup>, 2016.

BNA, *Benefits Guide: Basics, Welfare and Fringe Benefits, Identity Theft Protection*, in *Fringe Benefits*, BNA, 2017, 271320.100.

BOARD OF TRUSTEES, *2013 Annual Report of the Federal Old-Age and Survivors Insurance and Federal Disability Insurance Trust Funds*, 2013.

BOARD OF TRUSTEES, *The 2010 Annual Report of the Board of Trustees of the Federal Old-Age and Survivors Insurance and Federal Disability Insurance Trust Funds*, 2010.

BONALI F.-MARESCA R.A.-MAZZITELLI A.-MELSA M., *Il welfare aziendale*, Fondazione Istud, 2015-2016.

BORELLI S., *Riflessioni sull'ambito di applicazione e sui criteri di imputazione giuridica della disciplina lavoristica. Esempi di interpretazione funzionale del concetto di impresa*, disponibile su <https://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/borelli.pdf>.

BORTONE R., *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992.

BOSI P., *Politica dei redditi e riforma del welfare*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 1, p. 9.

BOZZAO P., *Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare: una decisione non del tutto appagante*, in *Dir e Lav.*, 2000, II, p. 306.

ID., *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005.

BRENNA F., *Gli strumenti di welfare aziendale: aspetti fiscali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 93.

BROWN J.D., *Essays on Social Security*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1977.

BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Employee Benefits in United States*, March 2016 (disponibile su <https://www.bls.gov/news.release/pdf/ebs2.pdf>).

CAMPEDELLI M., *I fondi sanitari in Italia: evoluzione normativa e stime sulla loro incidenza*, in *Politiche Sanitarie*, 2015, vol. 16, n. 1, p. 31.

ID., *Le sfide delle non autosufficienze e i sistemi integrativi*, in *Politiche Sanitarie*, 2015, vol. 16, n. 1, p. 22.

ID., *Scenari della sanità in Italia*, in *Politiche Sanitarie*, 2015, vol. 16, n. 1, p. 6.

- CANAN M. J.-SCHULMAN C. C., *Qualified retirement plans*, Thomson Reuters, 2016-2017.
- CANAVESI G. (a cura di), *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2015.
- ID., *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 3, p. 665 e ss.
- ID., *Gli enti bilaterali nel sistema delle tutele in costanza di rapporto di lavoro*, in PERSIANI M.-LIEBMAN S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*; Torino, UTET Giuridica, 2013, p. 573 e ss.
- ID., *La Rete nazionale dei servizi per le politiche per il lavoro e il riordino degli incentivi all'occupazione*, in PESSI R.-SIGILLÒ MASSARA G. (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D.lgs. n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, Torino, Giappichelli; 2017, p. 127 e ss.
- ID., *L'omogeneizzazione dei trattamenti pensionistici nella riforma previdenziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, 4; p. 347 e ss.
- CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012.
- CARAGNANO R., *Un nuovo modello di welfare aziendale: l'esperienza Luxottica*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2014, 4, p. 1171.
- CARINCI M.T., *Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del Sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in CARINCI M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1.
- CARUSO B., *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 177.
- CASADEI C., *Più competitività con il welfare aziendale*, 30.04.2017, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com>.
- CASSARO M., *Legge di Bilancio 2017: riepilogo delle novità in materia di lavoro*, 10.01.2017, disponibile su <http://www.ilgiuslavorista.it>.

CASTRO M., *Il welfare aziendale: ragioni e prospettive di una strategia*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 117-113.

CENSIS, *Quinta annualità del progetto census-rbm assicurazione salute sul ruolo della sanità integrativa nel servizio sanitario nazionale*, 2016.

CENTER OF MEDICARE AND MEDICAID SERVICES, *Announcement of Calendar Year (CY) 2017 Medicare Advantage Capitation Rates and Medicare Advantage and Part D Payment Policies and Final Call Letter*, 2017, p. 69 e 74 (disponibile su <https://www.cms.gov/Medicare/Health-Plans/MedicareAdvtgSpecRateStats/Downloads/Announcement2017.pdf7>).

CINELLI M., *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1982, I, p. 156.

ID., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 2, p. 227.

ID., *Il “dopo referendum”. La legge di stabilità per il 2017 e gli interventi sulle pensioni. Il decreto correttivo del Jobs Act*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2017, III, p. 13.

ID., *L’ “effettività” delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 1, spec. p. 20.

ID., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in CINELLI M. (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123 c.c.*, in BUSINELLI F. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2010, p. 5.

ID., *La riforma delle pensioni del governo “tecnico”. Appunti sulla legge n. 214 del 2011*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2012, 1, p. 385.

ID., *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in *Atti dei Convegni di Sergio Magrini, Giancarlo Perone e Pasquale Sandulli a cura di PESSI R.-VALLEBONA A., Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Cedam, 2011, p. 109.

ID., *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1989.

CINELLI M.-GIUBBONI S., *Sull’adeguamento dei fondi di solidarietà preesistenti. Il caso del settore del credito*, in FERRARO G. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d’impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 271.



CIOCCA G., *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, Milano, 1998.

CISL, *Rapporto 2016. Ripartire dalla contrattazione sociale di prossimità per un welfare integrato ed inclusivo*, WWELL, Febbraio 2017.

CITY GPS – BOSTON COLLEGE CENTER FOR RETIREMENT RESEARCH, *The Coming Pension Crisis*, March 2016, (disponibile sul <https://ir.citi.com/A44lKhe6CVSifkypSON6kDXypHYjJ%2BENxq8FLMoTBde6kse9Kt9KQ%3D%3D>).

CNEL, *Notiziario dell'Archivio contratti*, n. 23 settembre 2016.

CNEL-ISTAT, *Progetto CNEL-ISTAT sul tema "Produttività, struttura e performance delle imprese esportatrici, mercato del lavoro e contrattazione integrativa". Report intermedio*, 2016 (disponibile su [http://www.istat.it/it/files/2016/03/Report\\_Cnel\\_Istat1.pdf](http://www.istat.it/it/files/2016/03/Report_Cnel_Istat1.pdf)).

COLOMBO S., *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 3, p. 115.

CONTALDI G., *Diritti sociali e programmi di riforme economiche nell'Unione Europea*, in CANAVESI G. (a cura di), *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, 2015, pp. 42-57.

COPELAND C., *Another Year After the Current Population Survey Redesign and More Questions About the Survey's Retirement Plan Participation Estimates*, Eabri Issue, November 21, 2016, Vol. 37, No. 12.

ID., *Employment-Based Retirement Plan Participation: Geographic Differences and Trends*, Eabri Issue, October 2014, No. 405.

ID., *Individual Retirement Account Balances, Contributions, Withdrawals, and Asset Allocation Longitudinal Results 2010–2014*, Eabri Issue, Jan. 17, 2017, No. 429.

CORAZZA L.- RAZZOLINI O., *Who is an Employer?*, W.P. CSDLE n. 110/2014.

COSTA A., *Le agevolazioni fiscali in materia di lavoro nelle due leggi di stabilità del governo Renzi*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 2, p. 343.

COVIP, *Relazione Covip per l'anno 2015*, Roma, 9 giugno 2016.

COVIP, *Relazione Covip per l'anno 2016*, Roma, 8 giugno 2017.

D'ONGHIA M., *Bilateralità e politiche attive*, in GOTTARDI D.-BAZZANI T., *Il workfare territoriale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 245.

ID., *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013.

DE COLLE M.-FELTRIN P., *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 213.

DE FILIPPO A., *Contenuti e tipi di welfare aziendale*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 31.

ID., *Costruzione di un piano di welfare aziendale e modalità di gestione*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 123.

DE LUCA TAMAJO R., *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1985, 1, p. 16.

DELLI FALCONI F., *La nuova disciplina del welfare aziendale introdotta dalla Legge di stabilità 2016*, in *Corr.Trib.*, n. 19/2016, p. 1466.

DEVARO J., *A Theoretical Analysis of Relational Job Design and Compensation*, In *Journal Of Organizational Behaviour*, 2010, 31, pp. 279-301.

DEWITT L., *Origins of the Three-Legged Stool Metaphor for Social Security*; SSA Historian's Office, 1996 (disponibile sul <http://www.ssa.gov/history/stool.html>).

DI NARDO F., *L'evoluzione del welfare aziendale in Italia*, Guerini Next, 2016.

DI STANI C.- MASSAGLI E., *Dal welfare di Stato al welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, p. 3.

DI VICO D., *Contratti nazionali e sfide globali*, 27.11.2016, disponibile su <http://www.corriere.it>.

ID., *Il welfare dei privati che sostituisce lo stato*, 15.06.2010, <http://www.corriere.it>.

ID., *La scelta giusta, agevolare il welfare aziendale*, 22.11.2015, disponibile su <http://www.corriere.it>.

ID., *Più tutele in cambio di produttività. Benvenuti nella società post-sindacale*, 27.09.2015, disponibile su <http://www.corriere.it>.

EASON J.K., *Retirement Security Through Asset Protection: the Evolution of Wealth, Privilege, and Policy*, 61 Wash & Lee L. Rev., 2004, p. 159.

EBRI, *History of Pension Plans*, 1998 (disponibile su <http://www.ebri.org>).

ETNA D.A., *MPPAA Withdrawal Liability Assessment: Letting the Fox Guard the Henhouse*, Fordham Urban Law Journal, vol. 14, No. 1, 1985, p. 211.

EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*, n. 3/2015.

FAGNANI E., *Dalla crisi del welfare state al welfare aziendale, Flexible benefits: verso una nuova forma di finanziamento indiretto all'istruzione?*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 1, p. 159.

FAIOLI M., *Attualità e dibattito in tema di costo del lavoro, retribuzione e politiche dei redditi*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2011, 3, p. 663.

ID., *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in FAIOLI M.-REITANO M. (a cura di), *I fondi di solidarietà nel Jobs Act. Problemi giuridici e analisi economica*, W.P. Fondazione G. Brodolini, 2015 n. 9, p. 7.

ID., *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione di discipline comunitarie*, in FONZO F.-PANDOLFO A.-SGROI A. (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 477.

ID., *Welfare privato in Europa. Casi studio e comparazione*, W.P. MEFOP, n. 33/2013.

FASSINA L., *La risposta della Corte Costituzionale ai referendum sullo stato sociale*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2000, 1, p. 65.

FEDELE F.-MORRONE A., *La legislazione sociale del 2011 tra crisi della finanza pubblica e riforma delle pensioni*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, p. 105.

FERRERA M., *Luxottica e i rischi dell'azienda-mamma*, 14.02.2009., disponibile su <http://www.corriere.it>.

FERRERA M.-HEMERIJCK A., *Recalibrating European Welfare Regimes*, in ZEITLIN J.-TRUBECK D. (a cura di), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

FERRERA M.-MAINO F., *Conclusioni: bilancio e prospettive*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 363.

FILÌ V., *Il reddito imponibile a fini contributivi*, Giappichelli, Torino, 2010.

FONDAZIONE AMBROSETTI, *Meridiano sanità. Le coordinate della salute. Rapporto 2013*, The European House – Ambrosetti, 2013.

FORD C.J. ET AL., *Weaknesses in Defined Benefit Pension Funding Rules: A Look at the Largest Plans*, Brandeis Law Journal, Vol. 44, Issue 2 (2006), pp. 351-394.

FORUM ANIA CONSUMATORI-CENSIS, *Bilancio di sostenibilità del Welfare italiano*, 2015.

FRONSTIN P., *Views on the Value of Voluntary Workplace Benefits: Findings from the 2015 Health and Voluntary Workplace Benefits Survey*, Ebri Issue, November 2015, Vol. 36, No. 11.

GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Giornate di studio AIDLASS, Cassino, 18-19 maggio 2017.

GHEIDO R.M., *Contratto di rete: vantaggi per imprese e lavoratori*, III Forum Tuttolavoro, 18 febbraio 2017.

GHERA E., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale: alcune considerazioni generali*, in *Riv. Prev. pubbl. priv.*, 2001, VI, p. 100.

GHILARDUCCI T., *When I'm Sixty-four: The Plot Against Pensions and The Plan to Save Them*, Princeton University Press, 2008.

GIANNÌ G., *L'inaspettata attualità del welfare aziendale*, in *Mass.Giur.Lav.*, 2016, 5, p. 274.

GIUBBONI S., *La previdenza complementare fra libertà individuale e interesse collettivo*, Cacucci, Bari, 2009.

ID., *La previdenza complementare tra libertà dei privati e funzionalizzazione all'interesse pubblico*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1999, III, p. 265.

GIUBBONI S.-SANDULLI P., *I fondi di solidarietà dalla legge n. 92/2012 al Jobs Act*, in PESSI R.-SIGILLÒ MASSARA G. (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro. D.lgs n. 22 del 4 marzo 2015 e nn. 148 e 150 del 14 settembre 2015*, p. 59.

GIUGNI G., *Commento all'art. 39 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 232.

ID., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977.

ID., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1968, p. 3.

GOBBO M.-MAINO F., *Reti territoriali per la conciliazione e alleanze locali in Lombardia*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 169.

GORDON MICHAEL S., *ERISA, ESOPs, and Senator Javits: The Mind of a Reformer*, 7 *Am. J. Tax Pol'y*, 1988, p. 3.

ID., *Overview: Why Was ERISA Enacted? The Employee Retirement Income Security Act of 1974: The First Decade*, An information Paper of the U.S. Senate Special Committee on Aging, 98th Congress, 2d Sess. 3 (Sen. Print 1984).

GRAGNOLI E., *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giorn.Dir.Lav.Ind.*, 2012, p. 573.

GRANDI D.- MASSAGLI E.- ZUCARO R., *Verso il welfare aziendale territoriale per le PMI: esempi e modelli*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Series n. 31/2014, p. 111.

GRANDI D., *Le origini del welfare aziendale: dalle colonie operaie ai fringe benefits*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, p. 6.

ID., *Redistribuzione e retribuzione: le diverse funzioni del welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt Labour Studies, E-book Series, 2014, n. 31, p. 12.

GRANDI D.-MASSAGLI E., *Relazioni industriali e welfare aziendale*, in MASSAGLI E. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, Adapt Labour Studies E-book series n. 31, 2014, p. 77.

GREVE MICHAEL S., *Coercion, Conditions, and Commandeering: a Brief Note on the Medicaid Holding of NFIB v. Sebelius*, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y, 2014, p. 83.

HALTZEL-PURCELL, *The Effect of State-Legalized Same-Sex Marriage on Social Security Benefits and Pensions*, Congressional Research Service, Library of Congress, 2008, disponibile su [http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key\\_workplace/476/](http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/476/).

HESS CAMERON L.- GOLDSTEIN ROBERT E., *Cafeteria Plan as a Compensation Tool*, 7 L.A. Law., 1984-1985, p. 23.

HEVENER MARY B.H.-KERBY CHARLES K., *Administrative Issues: Challenges of the Current System*, in *Using Taxes to Reform Health Insurance*, AARON H.J.-BURMAN L.E. (edited by), 2008, p. 147.

HOLSTEIN M.- PAVLE K., *The "Crisis" in Retirement Security: Social Security Is the Answer, Not the Problem*, 46 J. Marshall L. Rev. 719 2012-2013, p. 719.

HOOBING H.W., *Repairing the Three-Legged Stool: Guiding New Employers to the Right Retirement Plan*, 78 UMKC L. Rev., 2009-2010, p. 503.

HR PRACTITIONERS GUIDE, *Employee Assistance Programs*, in *Employee Services and Fringe Benefits*, BNA, 2017.

HR PRACTITIONERS GUIDE, *Family Care and Work-Life Benefits*, in *Employee Services and Fringe Benefits*, BNA, 2017.

HR PRACTITIONERS GUIDE, *Fringe Benefits*, in *Employee Services and Fringe Benefits*, BNA, 2017.

HR PRACTITIONERS GUIDE, *Medicare*, in *Health and Welfare Benefits*, BNA, 2016.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *2017 Article IV Consultation—Press Release; Staff Report; and Statement By The Executive Director For Italy*, in IMF Country Report No. 17/237, July 2017.

INVESTMENT COMPANY INSTITUTE, *A Look at Private-Sector Retirement Plan Income After ERISA*, 2015.

IPSOA GUIDE OPERATIVE, *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, TREU T. (edited by), Wolters Kluwer, 2015.

IPSOA GUIDE OPERATIVE, *Rete Giunca*, in *Contratto di rete. Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, TREU T. (a cura di), Wolters Kluwer, 2015.

ISTAT, *Il sistema produttivo: competitività e performance*, Rapporto Annuale 2015, 2015.

ISTAT, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Anno 2010*, disponibile sul <http://www.istat.it/it/archivio/48912>.

ISTAT, *Rapporto Annuale 2012*, p. 121, disponibile sul <http://www.istat.it/it/archivio/61203>.

ISTAT, *Rapporto Annuale 2015*, 2015, p. 169, disponibile su <https://www.istat.it/it/files/2015/05/Rapporto-Annuale-2015.pdf>.

ISTAT, *Reddito e risparmio delle famiglie e profitti delle società*, III trimestre 2015, 8 gennaio 2016, disponibili in <https://www.istat.it/it/archivio/178050>.

JEFFERSON REGINA T., *Rethinking the Risk of Defined Contribution Plans*, 4 FLA TAX Rev., 2000, p. 607.

JOHNSON KAY L., *The Health Insurance and Portability and Accountability Act*, 1997 Neb. Law., 1997, p. 14.

KAPLAN G.L.-KEARNEY K.A.-KOTHMANN A. KAHN, *Health, Insurance, Portability And Accountability Act (HIPAA)*, 72 Pa. B. Ass'n Q., 2001, p. 79.

KAY G. FINLEY-MERRITT A. GARDNER, Note, *Special Project, The Pension Reform Act of 1974: Brave New World of Retirement Security*, 27 U. Fla. L. Rev., 1044, 1051 (1975).

KENNEDY K.J.-SCHULZ III P.T., *Employee Benefits Law: Qualification and Erisa Requirements*, II Ed., Lexis Nexis, 2012.

KOZAK B., *Employee Benefit Plans*, Carolina Academic Press, 2010.

KREISWIRTH BRIAN J., *The Role of the Public Pension in a Retirement Income Security System*, 19 Comp. Lab. L. & Pol'y J., 1997-1998, p. 393.

LAGALA C., *La previdenza complementare e il suo difficile decollo*, in GAROFANO-RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2016, p. 709.

ID., *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001.

ID., *Un welfare compassionevole per i lavoratori precari?*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2004, 3, p. 363.

LARDARA M., *Premio di risultato per pagare l'asilo nido*, 23.03.2017, disponibile su <http://iltirreno.gelocal.it/>.

ID., *Welfare, il premio di risultato ora potrà essere convertito in servizi*, 18.03.2017, disponibile su <http://iltirreno.gelocal.it/>.

LEONARDI S.- ARLOTTI M., *Welfare contrattuale e bilateralismo*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 77.

LEONARDI S., *Employee Participation and Involvement: The Italian Case and Trade Union Issues*, in *Transfer*, 2016, Vol. 22(I) 81-99.

ID., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2004, p. 443.

LIU W-WHITTAKER J.M., *Social Security: Calculation and History of Taxing Benefits*, CRS Report RL32552, October 2016.

LISO F., *Prime osservazioni su alcuni aspetti dei fondi bilaterali puri*, <http://www.bollettinoadapt.it>, 24 settembre 2012, n. 33, p. 1.

LODI RIZZINI C., *Gli empori della solidarietà nel contrasto alla povertà alimentare*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 179.

LUCANTONI S., *Fondi sanitari integrativi*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsosa, 2013, p. 293.

LUCIANO A., *Dalle società di mutuo soccorso alla mutualità. Risposte alla crisi del welfare*, *WP Euricse*, 32/2012.



LUDOVICO G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 4-5, p. 909.

ID., *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

MACCHIONI E., *Culture e pratiche del welfare aziendale. Dalla responsabilità sociale alla Cittadinanza d'impresa*, Mimesis, 2014.

MADONIA G.-PUNZI C.-TERSIGNI S., *L'imponibile contributivo*, in FONZO F.-PANDOLFO A.-SGROI A. (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 91.

MAINARDI S., *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Giornate di studio AIDLASS, Napoli, 16-17 giugno 2016.

MAINO F., *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse e innovazione sociale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 17.

MAINO F.-MALLONE G., *Secondo welfare e imprese: nesso e prospettive*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 195.

ID., *Welfare aziendale, contrattuale e territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0, Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 73.

ID., *Welfare aziendale: siamo finalmente vicini alla svolta?*, 15.10.2015, disponibile su <http://www.secondowelfare.it>.

MALANDRINI S., *Contrattazione di prossimità e welfare aziendale*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2013, 3, p. 141.

ID., *Produttività, sostegno al welfare aziendale e partecipazione, alcune riflessioni*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2016, 2, p. 155.

MALLONE G., *Il welfare aziendale in Italia: tempo di una riflessione organica*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 43.

- ID., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Primo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2013, p. 49.
- MAMORSKY J.D., *Health Care Benefits Law*, Law Journal Press, 2013, 2.04[5](a).
- MARIANETTI G., *Dalla Legge di bilancio novità per “welfare” aziendale e produttività*, in *Corr.Trib.*, 45/2016, p. 3475.
- MARSALA A.-DE GIOBBI A., *Il welfare aziendale dal punto di vista delle aziende*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 247.
- MASSAGLI E.-SPATTINI S., *Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale?*, <http://www.bollettinoadapt.it>, 23.01.2017, n. 3.
- MASSAGLI E.-SPATTINI S., *Dizionario breve a cura di Adapt e AIWA. 1. Welfare aziendale*, <http://www.bollettinoadapt.it>, 18.10.2017, n. 30.
- MASTROMATTEO A.-SANTACROCE B., *Piani di «welfare» aziendale*, in *Corr.Trib.*, 13/2013, p. 1055.
- MAZZIOTTI F., *Determinazione della pensione e modelli di Welfare State*, in FERRARO G.-MAZZIOTTI F. (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato*, Jovene, 1994, p. 115.
- MEDILL COLEEN E., *Challenging the Four "Truths" Of Personal Social Security Accounts: Evidence from The World Of 401(k) Plans*, 81 N.C. L. Rev., 2002-2003, p. 901.
- ID., *Introduction to Employee Benefits Law, Policy and Practice*, American Casebook Series, 4th edition.
- MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Glossario per un nuovo welfare*, Roma, 2009.
- MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva. Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009.
- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Fondo di garanzia per le PMI*, disponibile su <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/incentivi/impresa/fondo-di-garanzia-per-le-pmi>.
- MISCIONE M., *Il sistema di calcolo contributivo per i trattamenti pensionistici*, in CESTER C. (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 59.

MONDA G.M.-ROSANO M., *Forme convenzionali di tutela del reddito*, in FERRARO G. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 245.

MOORE KATHRYN L., *Privatization of Social Security: Misguided Reform*, 71 Temp. L. Rev., 1998, p. 131.

ID., *An overview of the U.S. Retirement Income Security System and the Principles and Values It reflects*, 33 Comp. Lab. L. & Pol'y J., 2011-2012, p. 5.

ID., *The Future of Social Security: Principles to Guide Reform*, 41 J. Marshall L. Rev., 2007-2008, p. 1061.

MOULTA-ALI U., *Social Security Disability Insurance (SSDI): Becoming Insured, Calculating Benefit Payments, and the Effect of Dropout Year Provisions*, CRS Report R43370, January 2014.

MUNNEL A.H.-SUNDEN A., *Coming Up Short: The Challenge of 401(k) plans*, 2004.

MURRAY R.L. ET AL., *Confidentiality of Medical Records and The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*, 30 Colo. Law., 2001, p. 65.

NOGLER L. (a cura di), *Gli enti bilaterali dell'artigianato tra neo-centralismo ed esigenze di sviluppo*, Franco Angeli, 2014.

NUSCHLER D., *Social Security Primer*, CRS Report R42035, December 2016.

ID., *Social Security: The Trust Funds*, CRS Report RL33028, August 2015.

OCSEL, *Gestioni delle crisi aziendali. Dati OCSEL 2015-2016*, (disponibile su <http://www.conquistedellavoro.it/filedelivery/policy:7.2989:1486141142/Gestione%20delle%20Crisi%20Aziendali.pdf>).

OCSEL, *Rapporto OCSEL 2016, Gestione delle crisi aziendali*, 4 febbraio 2017.

OECD, *Demographic and Economic Context*, in *Pensions at a Glance*, 2015.

OECD, *Finances of Retirement-income Systems*, in *Pensions at a Glance*, 2015.

OECD, *Pensions Outlook 2016*.

OECD, *The Future of Families to 2030*, Paris, OECD Publishing, 2011.

- OLIVELLI P., *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- ID., voce *Previdenza complementare*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Milano, 1995.
- ID., *Le fabbriche di bene*, Edizioni di Comunità, 2014.
- ORENTLICHER D., *NFIB v. Sebelius: Proportionality in the Exercise of Congressional Power*, 2013 Utah L. Rev., 2013, p. 463.
- PAMMOLLI F., *La sanità in Italia: sostenibilità dei conti pubblici e nuovi assetti istituzionali*, in DELL'AURIGA C.-TREU T., (a cura di), *Le riforme che mancano*, Bologna, 2009, p. 263.
- PANDOLFO A., *Le pensioni post-riforma: il sistema pensionistico dopo il D.l. n. 201/2011*, Milano, 2012.
- ID., voce *Previdenza complementare – I) Diritto del Lavoro*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2006, Roma, Vol. XXIV.
- PAVOLINI E.-CARRERA F.-ROMANIELLO L., *Welfare aziendale e «nuovi rischi sociali»*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p. 145.
- PAVOLINI E.-CECCONI C.-FIORETTI I.-NERI S., *I fondi sanitari e le trasformazioni del welfare italiano, Innovare il welfare. Percorsi di trasformazioni in Italia e in Europa*, 2011 (disponibile sul <http://www.espanet/-italia.net>).
- PAYRA B., *La mutualità di territorio: le società di mutuo soccorso nella sanità integrativa*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p. 111.
- PERSIANI M., *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2016, 3, pp. 552 ss.
- ID., *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1998, p. 311.
- ID., *Commento all'art. 38 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 237.
- ID., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 1, p. 1.
- ID., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2014.

- ID., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960.
- ID., *La previdenza complementare*, Cedam, 2010.
- ID., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2000, p. 86.
- ID., *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1987, p. 70.
- ID., *Sicurezza sociale e persona umana*, in *Probl.Sic.Soc.*, 1970, p. 609.
- ID., voce *Sicurezza sociale (diritto interno)*, in *Nov.Dig.It.*, 1987, App., Vol. VII, p. 212.
- PERULLI A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2013, 1, p. 83.
- PESSI R., *Il "sistema" giuridico della previdenza sociale*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1997, p. 65.
- ID., *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2016, 3, p. 513.
- ID., *Il welfare mix: povertà ed esclusione sociale*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 51 e ss.
- ID., *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2015, 1, p.133.
- ID., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. III, parte II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 3203.
- ID., *La nozione di previdenza integrativa*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1988, 3, p. 63.
- ID., *La previdenza complementare in Italia*, in TURSÌ A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2011.
- ID., *La previdenza complementare*, Cedam, 1999.
- ID., *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Cedam, 1997.
- ID., *La riforma previdenziale del '95: il ritorno del modello assicurativo*, in *Dir.Lav.*, 1995, I, p.3.

ID., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2000.

ID., *Tornando sul welfare*, W.P. CSDLE n. 311/2016.

PESSI R.-OLIVELLI P., *La previdenza complementare nella Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1992.

PETRUCCI F., «Welfare» aziendale e crisi occupazionali, in *Corr.Trib.*, 21/2010, p. 1705.

ID., «Welfare» aziendale: tema attuale dai complessi risvolti fiscali, in *Corr.Trib.*, 35/2009, p. 2900.

ID., *Le agevolazioni ai servizi di trasporto aziendale «alternativi» per favorire la mobilità sostenibile*, in *Corr.Trib.*, 7/2013, p. 608.

PIRAS E., *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp.Civ.e Prev.*, 2016, 6, p. 1870B.

POGLIOTTO G., *Metalmecchanici, un contratto per la svolta*, 28.11.2016, disponibile su <http://www.confindustria.toscana.it>

PRATT DAVID A.-REECE SHARON, *ERISA and Employee Benefit Law. The essentials*, ABA, 2010.

PRESIDENT'S COMM'N ON PENSION POLICY, *Coming of Age: Toward a National Retirement Income Policy*, 1981.

PROCOPIO M., *La fiscalità della sanità integrativa*, Roma, 2010.

PROIA G., *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2001, p. 619.

ID., *I regimi privati di previdenza integrativa e l'obbligo di contribuzione "retroattivo"*, in *Arg.Dir.Lav.*, 1998, p. 875.

ID., *Il welfare negoziale*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 87 e ss.

ID., *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2000, 1, p. 115.

PUTATURO DONATI F.M., *Il welfare di seconda generazione: il welfare aziendale*, in FERRARO G. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 230.

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Le tendenze di medio-lungo periodo del sistema pensionistico e socio-sanitario*, in *Tassi di sostituzione del sistema pensionistico pubblico e complementare*, 2013.

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Rendiconto economico delle Amm.ni centrali dello Stato per l'anno 2015*, 2016.

RAMOS F.J.B.-NUNIN R., *Decentralisation and Fragmentation of Collective Bargaining: recent trends in Spain and Italy and Implications for Small and Medium-sized Enterprises*, in ALES E. e A.A.V.V. (a cura di), *Employment Relations and Transformations on The Enterprise in The Global Economy*, Proceedings of the Thirteenth International Conference in Commemoration of Marco Biagi, 2016, p. 225.

RAPPORTO WELFARE INDEX PMI 2016, *Il welfare aziendale fa crescere l'impresa* (disponibile su [http://www.welfareindexpmi.it/rapporto-welfare\\_index-pmi-2016.pdf](http://www.welfareindexpmi.it/rapporto-welfare_index-pmi-2016.pdf)).

RAPPORTO WELFARE INDEX PMI 2017, *Il welfare aziendale fa crescere l'impresa* (disponibile su [http://www.welfareindexpmi.it/rapporto-welfare\\_index-pmi-2017.pdf](http://www.welfareindexpmi.it/rapporto-welfare_index-pmi-2017.pdf)).

RAZETTI F., *Bilateralità e welfare contrattuale: quale ruolo per i territori?*, in MAINO F.-MAURIZIO F. (a cura di), *Secondo Rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Percorsi di secondo welfare, 2015, p.69.

RAZZOLINI O., *Le reti Gucci ed Esaote: un'analisi di diritto del lavoro*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2016, p. 105.

ID., *Network Forms of Organization and Network Agreements in a Labour Law Perspective: Two Tuscan Case Studies*, in ALES E. E A.A.V.V. (a cura di), *Employment Relations and Transformations on The Enterprise in The Global Economy*, Proceedings of the Thirteenth International Conference in Commemoration of Marco Biagi, Eleven International Publishing, 2016, p. 67.

ID., *Network forms of organization and the interfirm network agreement. The Italian case*, materiali per *Enterprise Transformation and Social Rights*, 2nd Seminar on International and Comparative Labour Law, July 2, 2015 (unpublished).

REECE S., *Enron: The Final Straw & How to Build Pensions of Brick*, 41 DUQ L. Rev., 2002, p. 69.

ID., *The Gilded Gates of Pension Protection: Amending the Anti-Alienation Provision of ERISA Section 206(d)*, 80 Or. L. Rev., 2001, p. 379.

REGALIA I., *L'azione del sindacato a livello territoriale*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2008, 4, p. 97.

RENELLA G., *Possibile la conversione in "welfare" aziendale dei premi di risultato*, in *Corr.Trib.*, 30/2016, p. 2331.

RENELLA G.-SANSEVERINO L., *Detassazione del welfare aziendale: ambito oggettivo e presupposto della contrattazione collettiva*, in *Corr.Trib.*, n. 5/2017, p. 375.

ID., *Premi di risultato ai dipendenti e welfare aziendale, tra chiarimenti applicabili e attesi*, in *Corr.Trib.*, n. 21/2017, pp. 1671.

RENGA S., *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Cedam, 2013.

ID., *Gli ammortizzatori sociali: una riforma virtuale che strizza l'occhio al privato*, in FIORILLO L.-PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 325 e ss.

ID., *Il paradigma perduto dei giuslavoristi e la protezione sociale*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013, spec. p. 556-565.

ID., *La "riforma" degli ammortizzatori sociali*, in *Lav&Dir*, 2012, 3-4, p. 621.

ID., *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, vol. 2, p. 1429.

ID., *Vecchi ammortizzatori sociali a prova di riforma*, in CINELLI M.-FERRARO G.-MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 543-558.

ROMEI R., *Flessibilità e sicurezza nei rapporti di lavoro atipici*, in CANAVESI G.-DI SPILIMBERGO I. (a cura di), *Solidarietà sussidiarietà sicurezza sociale*, Macerata, EUM Edizioni Università di Macerata, 2012, p. 95 e ss.

ROOSVELT F.D., *50th Anniversary Edition of the Report of the Committee on Economic Security of 1935 and Other Basic Documents relating to the Development of the Social Security Act*, 1995, p. 148.



ROUTH P.J., *Disability Programs*, in *Welfare Benefit Guide, Health Plans and Other Employer Sponsored Benefits*, Westlaw, 2016, p. 69.

ROVNER J.A., *Health Law Analysis of the Provisions of the Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*, 2 Best ABA Sec. Gen. Prac. Solo & Small Firm Sec., Vol. 2, p. 38.

RUSSEL J.H., *The Separation of Intelligence and Control: Retirement Savings and The Limits of Soft Paternalism*, 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev., 2015, p. 35.

SACHER S.J. ET AL., *Employees Benefits Law*, II Ed., ABA, 2010.

SANDULLI P., *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2012, 1, p. 1.

ID., *La protezione sociale del lavoro non standard*, in *Lav.e Dir.*, 2003, 3, p. 409.

ID., *Le "pensioni d'oro" di fronte alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, alla Corte costituzionale italiana e al legislatore*, in *Riv.Dir.Sic.Soc.*, 2013, 4, spec. p. 683.

ID., *Riflessioni sulla previdenza complementare*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro*, in *Not. giur. lav.-suppl.*, Roma, 1989, p. 312.

ID., *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Lav.Dir.*, 2003, 3, p. 409.

SANTORO PASSARELLI G., *Note sulla previdenza di privati*, in *Lav. e Dir.*, 1991, p. 621.

SCARPONI S., *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale e territoriale*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2015, 1, p. 115.

SCHNEIDER P.J-PINHEIRO B.M., *ERISA: A Comprehensive Guide*, IV Ed., Wolters Kluwer, 2016.

SEGHEZZI F.-TIRABOSCHI M., *Le tutele moderne di un welfare evoluto*, <http://www.bollettinoadapt.it>, 29 maggio 2017, n. 20.

SEN A., *La disegualianza. Un riesame critico*, Il mulino, 2010.

SIDHU J.S., *For the General Welfare: Finding a Limit on the Taxing Power after NFIB v. Sebelius*, 103 Cal. L. Rev., 2015, p. 103.

SIGILLÒ MASSARA G., *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, 2008.

ID., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, in PESSI R. (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1.

SIGNORINI A., «È la vera svolta: il welfare per tutti», 28.11.2016, disponibile su <http://www.ilgiornale.it>

SIROCCHI S., *La decontribuzione scatta solo per gli accordi dopo il 14 aprile*, 26.07.2017, disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/focus>.

SOCIAL SECURITY AND MEDICARE BOARD OF TRUSTEES, *Status of the Social Security and Medicare Programs: A Summary of the 2016 Annual Reports*, June 2016.

SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2010, 1, p. 1.

SQUEGLIA M., *L'evoluzione del nuovo "nuovo" welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 1, p. 103.

ID., *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale "socialmente utile" e della produttività partecipata*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2017, 2, p. 383.

ID., *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, Torino, 2014.

ID., *Previdenza contrattuale e fondi bilaterali di solidarietà*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2012, 3, p. 628.

SSA, *Annual Statistical Supplement to the Social Security Bulletin 2015*, April 2016 (disponibile su <https://www.ssa.gov/policy/docs/statcomps/supplement/2015/supplement15.pdf>).

SSA, *Basic Fact Sheet on Social Security*, June 2016 (disponibile su <https://www.ssa.gov/news/press/factsheets/basicfact-alt.pdf>).

SSA, *Exempt Amounts Under the Earnings Test*, disponibile su <https://www.ssa.gov/oact/cola/rtea.html>).

SSA, *Monthly Statistical Snapshot*, October 2016 (disponibile su [https://www.ssa.gov/policy/docs/quickfacts/stat\\_snapshot/2016-10.html](https://www.ssa.gov/policy/docs/quickfacts/stat_snapshot/2016-10.html)).

- SSA, *Trust Fund Data*, disponibile su <http://www.ssa.gov/OACT/STATS/table4a3.html>.
- STABILE SUSAN J., *The Behavior of Defined Contribution Plans Participants*, 77 NYU L. Rev., 2002, p. 71.
- ID., *It Is The Time To Admit The Failure of Employer-Based Pension System?*, 11 Lewis & Clark L. Rev. 305, 2007, p. 305.
- STAFF OF SENATE SUBCOMM. ON LABOR, COMM. ON LABOR AND PUBLIC WELFARE, 92d Congress, 2d Sess., *Interim Report of Activities of the Private Welfare & Pension Study 1971*.
- STEIN NORMAN P., *An Alphabet Soup Agenda for Reform of the Internal Revenue Code and ERISA. Provisions Applicable to Qualified Retirement Deferred Compensation Plans*, 56 SMU L. Rev. 627, 2003, p. 627.
- TELLJOHANN V., *Le nuove piste di Lamborghini e Ducati*, in CARRIERI M. e A.A.V.V. (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per la democrazia possibile nelle imprese*, ASTRID, Bologna, Il Mulino, p. 71.
- TEMPLIN BENJAMIN J., *Social Security Reform: Should the Retirement Age Be Increased?*, 89 Or. L. Rev., 2010-2011, p. 1179.
- THOMPSON L.H.- UPP M.M., *The Social Insurance Approach and Social Security*, in *Social Security in the 21<sup>st</sup> Century*, edited by KINGSON E.R.-SCHULZ J.H., 1997.
- TOMASSETTI P., *Primo Rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia (2012-2014)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, p. 865.
- TREU T., *Il welfare aziendale: problemi, opportunità, strumenti*, in TREU T. (a cura di), *Welfare Aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 1.
- ID., *Introduzione Welfare aziendale*, W.P. CSDLE n. 297/2016, p. 3 e ss.
- ID., *La giurisprudenza e l'ordinamento sindacale*, in BESSONE M. (a cura di), *Diritto Giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 267.
- ID., *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in MAGNANI M.-TIRABOSCHI M., *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 22.

ID., *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazioni del lavoro*, in *Merc.Conc.Reg.*, 2012, 1, p. 7.

ID., *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU T. (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare le produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 1.

TURSI A., *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.

ID., *I fondi di solidarietà bilaterali*, in CINELLI M.-FERRARO G.-MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 475.

ID., *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *Riv.Pol.Soc.*, 2012, 3, p.213.

ID., *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 405.

ID., *Il TFR nei fondi pensione? Per la Cassazione è l'inverso*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2006, p.710.

ID., *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, 3-4, p. 537.

ID., *La previdenza complementare in Europa*, in TURSI A. (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementare in Europa*, Tomo II, Giappichelli, Torino, 2011.

ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2001.

ID., *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, in TULLINI P.-TIRABOSCHI M. (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, 2006, p. 77.

TWEEL C.A., *Retirement Savings in the Face of Increasing Longevity: the Advantages of Deferring Retirement*, 14 N.C. Banking Inst., 2010, p. 103.

U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *A Profile of Older Americans*, 2015 (disponibile su <https://www.acl.gov/sites/default/files/Aging%20and%20Disability%20in%20America/2015-Profile.pdf>).

U.S. DEPARTMENT OF LABOR EMPLOYEE BENEFITS SECURITY ADMINISTRATION, *MEWAs Multiple Employer Welfare Arrangements under the Employee Retirement Income Security Act (ERISA): A Guide to Federal and State Regulation*, Indiana University, 2013.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR HEARING ON: LIFETIME PARTICIPATION IN PLANS; *Reducing Retirement Savings Leakage*, Ebri Issue, August 2016, Vol. 37, No. 9.

U.S. DEPARTMENT OF LABOUR, *Private Pension Plan Bulletin Historical Tables and Graphs 1975-2014*, 1 (disponibile su <https://www.dol.gov/sites/default/files/ebsa/researchers/statistics/retirement-bulletins/private-pension-plan-bulletin-historical-tables-and-graphs.pdf>).

URBISAGLIA G., *Il welfare aziendale al tempo della crisi: la rete di imprese Giunca*, Astrid, W.P. n. 16/2015.

VALERIANI A., *Le prospettive evolutive della previdenza complementare*, W.P. Adapt University Press, n. 5/2017.

VANDERHEI J. ET AL., *401(k) Plan Asset Allocation, Account Balance, and Loan Activity in 2014*, Ebri Issue, April 2016, No. 423.

VANDERHEI J., *The Impact of Leakages on 401(k) Accumulations at Retirement Age*, ERISA Advisory Council U.S. DOL, June 2014 disponibile su <https://www.ebri.org/pdf/publications/testimony/T-180.pdf>.

VARESI P., *Bilateralità e politiche attive del lavoro*, in BELLARDI L.-DE SANTIS G., *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Franco Angeli, 2011, p. 65.

ID., *Il Workfare territoriale*, in GOTTARDI D.-BAZZANI T., *Il workfare territoriale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 239.

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

WAKELIN D.S., *Health savings accounts: the start of something big?*, 20 Maine B.J., 2005, p. 116.

WHITESIDE N., *Privatization and after: time, complexity and the governance in the world of funded pensions*, in *Transfer*, SAGE, 2014, vol. 20(I), pp. 69-81.

WIEDENBECK P.J., *ERISA Principles of Employee Benefit Law*, Oxford University Press, 2010.

WOLK B., *Discrimination Rules for Qualified Retirement Plans: Good Intentions Confront Economic Reality*, 70 Va. L. Rev., 1984, p. 419.

ZELINSKY E.A., *The Origins of the Ownership Society: How the Defined Contribution Paradigm Changed America*, NY: Oxford University Press, 2007.

ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali; un'analisi della strumentazione giuridica*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2015, 1, p. 29.

### **Altro**

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare 15 giugno 2016 n. 28/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare 3 gennaio 2005, n. 2/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare 15 giugno 2016, n. 28/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione 10 marzo 2004, n. 34/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione 17 dicembre 2007, n. 378/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione 18 giugno 2013, n. 20/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione 22 ottobre 2008, n. 59/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione 29 marzo 2010, n. 26/E.

AGENZIA DELLE ENTRATE, Risoluzione n. 23/2000.

INPS, Circolare 31 gennaio 2017, n. 21.

IRS, Advice Memo No. 201622031, April 14, 2016 (disponibile su <https://www.irs.gov/pub/irs-wd/201622031.pdf>).

IRS, *Employee benefit plans*, Employee Leasing, Worksheet n. 8, 2016 (disponibile su <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p7003.pdf>).

IRS, Notice 84-11, 1984-2, C.B. 469, Q&A-5 (disponibile su <http://employerbook.hypermart.net/Not84-11.html>).

MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE nota del 21 dicembre 2006, prot. 25/SEGR/0007573.

U.S. DEPARTMENT OF LABOUR, Advisory Opinion 1997-15A, nota 6, (disponibile su <https://www.dol.gov/agencies/ebsa/employers-and-advisers/guidance/advisory-opinions/1997-15a>).

U.S. DEPARTMENT OF LABOUR, Technical Release n. 2013-14, September 2013. Tale interpretazione è stata peraltro confermata, dapprima, dal Revenue Ruling 2013-17, September 2013 (disponibile sul <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rr-13-17.pdf>).

### **Sitografia**

<http://ec.europa.eu/eurostat>

<http://www.cnn.com>

<http://www.confindustria.it>

<http://www.corriere.it/>

<http://www.dottrinalavoro.it/>

<http://www.enwhp.org/>

<http://www.giunca.net>

<http://www.ilsole24ore.com/>

<http://www.istat.it/it/>

<http://www.lavoro.gov.it>

<http://www.lavoro.gov.it/Pagine/default.aspx>

<https://aspe.hhs.gov/>

<https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/2>

<https://www.dol.gov/>

<https://www.ebri.org/>

<https://www.ssa.gov/>

## **Accordi collettivi**

CGIL-CISL-UIL, Federazione trentina della cooperazione, Consorzio lavoro ambiente e Con.solida, Accordo collettivo, 18 maggio 2016, disponibile su <https://www.ufficiostampa.provincia.tn.it/Comunicati/Progettone-2.0-per-un-welfare-piu-inclusivo-solidale-capace-di-promuovere-il-reimpiego-dei-lavoratori>.

CGIL-CISL-UIL e FEDERMECCANICA, CCNL per l'industria metalmeccanica, 26 novembre 2016 (disponibile su [https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo\\_ccnl\\_metalmeccanici\\_2016-2019.pdf](https://www.contrattometalmeccanici.it/sites/default/files/allegati/rinnovo_ccnl_metalmeccanici_2016-2019.pdf)).

CGIL-CISL-UIL. *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*. Accordo Interconfederale sottoscritto in data 14/01/2016 (disponibile su <http://www.bollettinoadapt.it/un-moderno-sistema-di-relazioni-industriali/>).

## **Giurisprudenza**

### **Giurisprudenza statunitense**

*Adams v. Unemployment Compensation Board of Review*, 56 A.3d 76, 78 (Pa. Cmwlth. 2012).

*Alessi v. Raybestos-Manhattan, Inc.*, 451 U.S. 504, 511, 68 L. Ed. 2d 402, 101 S. Ct. 1895 (1981).

*Amador v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 35 Cal. 3d 671, 678, 200 Cal. Rptr. 298, 677 P.2d 224 (1984).

*Aronson v. Servus Rubber, Div. of Chromalloy*, 730 F.2d 12 (1<sup>st</sup> Circ. 1984).

*Attar v. UNUM Life Ins. Co. of Am.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 23254, 24 (1997).

*Aubrey v. Aetna Life Ins. Co.*, 886 F.2d 123 (6th Circ. 1989).

*Ballone v. Eastman Kodak Co.*, 109 F.3d 117 (2nd Circ. 1997).

*Barker v. American Automobile Power Corp.*, 64 F.3d 1397, 1403 (9<sup>th</sup> Circ. 1995).



*Beach v. Commonwealth Edison Co.*, 382 F.3d 656, 660 (7<sup>th</sup> Circ. 2004).

*Becker v. Eastman Kodak Co.*, 120 F.3d 5 (2<sup>nd</sup> Circ. 1997).

*Belanger v. Wyman-Gordon Co.*, 71 F.3d 451 (1<sup>st</sup> Circ. 1995).

*Berlin v. Michigan Bell Telephone Co.*, 858 F.2d 1154 (6<sup>th</sup> Circ. 1988).

*Bins v. Exxon Co. U.S.A.*, 220 F.3d 1042, 1047 (9<sup>th</sup> Circ. 2000).

*Bixler v. Central Pa. Teamsters Health & Welfare Fund*, 12 F.3d 1292 (3<sup>rd</sup> Circ. 1993).

*Black & Decker Disability Plan v. Nord*, 538 U.S. 825 (2003).

*Bland v. Fiatallis North America, Inc.*, 401 F.3d 784 (2005).

*Bloemker v. Labores's Local 265 Pension Fund*, 605 F.3d 436 (6<sup>th</sup> Circ. 2010).

*Bowerman v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 226 F.3d 574 (7<sup>th</sup> Circ. 2000).

*Burrey v. PG&E*, 159 F.3d, 388-394 (9<sup>th</sup> Circ. 1998).

*Burstein v. Retirement Account Plan for Employees of Allegheny Health Education and Research Foundation*, 334 F.3d 365, 377-78 & n. 18 (3<sup>rd</sup> Circ. 2003).

*Cigna Corp. v. Amara*, 131 S. Ct. 1866 (2001).

*Collins v. American Cast Iron Pipe Co.*, 105 F.3d 1368, 1371 (1997).

*Coonce v. Aetna Life Ins. Co.*, 777 F. Supp. 765 (1991).

*Cortes v. Midway Games, Inc.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20795, 35 (2004).

*Curtiss-Wright Corp. v. Schoonejongen*, 514 U.S. 73, 83, 115 S. Ct. 1223, 131 L. Ed. 2d 94. (1995).

*Diak v. Dwyer, Costello & Knox, P.C.*, 33 F.3d 809, 811, 813 (7<sup>th</sup> Circ. 1994).

*Donovan v. Dillingham*, 688 F.2d 1367, (Court of Appeal, 11<sup>th</sup> Cir. 1982).

*E.E.O.C. v. Staten Island Sav. Bank*, 207 F.3d 148 (2<sup>d</sup> Circ. 2000).

*Eddy v. Colonia Life Insurance Co.*, 919 F.2d 747 (D.C. Circ. 1990).

*Employment Div., Dep't of Human Res. v. Smith*, 485 U.S. 660, 108 S. Ct. 1444, 99 L. Ed. 2d 753, 1988.

EUROPEAN COMMISSION – 26 gennaio 2011 Decision C(2010)8939.

*Firestone Tire & Rubber Co. v. Brunch*, 489 U.S. 101 (1989).

*Fischer v. Philadelphia Electric Co.*, 96 F.3d 1539 (3<sup>rd</sup> Circ. 1996).

*FMC Corp. v. Holliday*, 498 U.S. 52 (1990).

*Fort Halifax Packing Co. v. Coyne*, 482 U.S. Supreme Court, 1 (1997).

*Griggs v. E.I. DuPont de Nemours & Co.*, 237 F.3d 371 (4<sup>th</sup> Circ. 2001).

*Hackner v. Long Term Disability Plan for Employees of Havi Group LP*, 81 Fed. Appx. 595, 31 Employee Benefits Cas. (BNA) 2906 (7<sup>th</sup> Cir. 2003).

*Henglein v. Informal Plan for Plant Shutdown Benefits for Salaried Employees*, 974 F.2d 391, 396, 400 (3<sup>rd</sup> Circ. 1992).

*Hockett v. Sun Co., Inc.*, 109 F.3d 151, 1522 (10<sup>th</sup> Circ. 1997).

*Holford v. Exhibit Design Consultants*, 218 F.Supp. 2d 906, 907 (2002).

*Inland Steel Co. v. National Labor Relations Board*, 170 F.2d 247 (7<sup>th</sup> Circ. 1948).

*Kellough v. Commissioner.*, T.C. Memo 1995-282, 19 EBC 1880.

*Krohn v. Hurton Mem. Hosp.*, 173 F.3d 542 (6<sup>th</sup> Circ. 1999).

*Lamantia v. Keyspan Energy*, 42 Employee Benefits Cas. (BNA) 2274, 2007 WL 2816188 (E.D. N.Y. 2007).

*Laniok v. Advisory Comm. Of the Brainder Mfg. Co. Pension Plan*, 935 F.2d 1368 (1991).

*Leavitt v. Northwestern Bell Tel. Co.*, 921 F.2d 160 (8<sup>th</sup> Circ. 1990).

*Leckey v. Stephano*, 263 F.3d 267 (3<sup>rd</sup> Circ. 2001).

*Lewis v. Kmart Corp.*, 180 F.3d 170-171 (4<sup>th</sup> Cir. 1999).

*Livick v. Gillette Co.*, 524 F.3d 24, 31 & n. 7 (1<sup>st</sup> Circ. 2008).

*Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S. Supreme Court, 887 (1996).

*Martinez v. Schlumberger, Ltd.*, 338 F.3d 407 (5th Circ. 2003).

*McGann v. H&H Music Co.*, 946 F.2d 401.

*McKnight v. Southern Life and Health Insurance Co.*, 758 F.2d 1566 (11th Circ. 1985).

*Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*, 471 U.S. 724 (1985).

*Moore v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 856 F.2d 488, 492 (2<sup>nd</sup> Circ. 1988).

*Moore v. Reynolds Metals Co. Retirement Program for Salaried Employees*, 740 F.2d 454, 456 (6<sup>th</sup> Circ. 1984).

*Moyers v. Super Valu Stores, Inc.*, 1992 WL 46379 (E.D. La. 1992).

*Musmeci v. Schwegmann Giant Super Mkts., Inc.*, 2003, 332 F. 3d 339 (Court of Appeal, 5<sup>th</sup> Circ.).

*Musto v American General Corp.*, 861 F.2d 897, 912 (6<sup>th</sup> Circ. 1988).

*Nachman Corp. v. Pension Benefit Guaranty Corporation*, 446 U.S. 359, 64 L. Ed. 2d 354, 100 S. Ct. 1723 (1980).

*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 Supreme. Court 2608.

*Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 U.S. Supreme Court 318, 1992.

*O’Leary v. Provident Life and Accident Ins. Co.*, 456 F. Supp. 2d 285, 40 Employee Benefits Cas. (BNA) 1436 (D. Mass. 2006).

*Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

*Orner v. Unemployment Comp. Bd. of Review*, 2017 Pa. Commw. Unpub. LEXIS 115 (Pa. Commw. Ct. 2017).

*Orth v. Wisconsin State Employees Union*, 546 F.3d 868, 872 (7th Circ. 2008).

*Pegram v. Herdrich*, 530 U.S., 219 (2000).

*Pisciotta v. Teledyne Indus.*, 91 F.3d, 1326, 1331 (9th Cir. 1996).

*Pocchia v. NYNEX Corp.*, 81 F.3d 275 (2nd Cir. 1996).

*Price v. Board of Trustees of Indiana Laborer's Pension Fund*, 707 F.3d 647, 54 Employee Benefits Cas. (BNA) 2855 (6th Cir. 2013).

*Ray v. UNUM Life Ins. Co. of America*, 224 Fed. Appx. 775, 785, 41 Employee Benefits Cas. (BNA) 1466 (10th Cir. 2007).

*Raymond B. Yates, M.D., P.C. Profit Sharing Plan v. Heldon*, 541 U.S. 1, 2004.

*Rodriguez-Abreu v. Chase Manhattan Bank*, 986 F.2d 580, 587 (1<sup>st</sup> Cir. 1993).

*Ruttenberg v. U.S. Life Insurance Co.*, 413 F.3d 652, 662 (7th Cir., 2005).

*Schonholz v. Long Island Jewish Medical Center*, 87 F.3d 72, 76 (2<sup>nd</sup> Cir. 1996).

*Shaw v. Delta Air Lines, Inc.*, 463 U.S. 85, 91, 77 L. Ed. 2d 490, 103 S. Ct. 2890 (1983).

*Shea v. Esensten*, 107 F.3d 625 (8<sup>th</sup> Cir. 1997).

*Stoltz v. Fenn Mfg. Co.*, 27 Employee Benefits Cas. (BNA) 2058, 2002 WL 295377 (D. Conn. 2002).

*Switzer v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 52 F.3d 1294 (5<sup>th</sup> Cir. 1995).

*Union Automobile Workers v. Yard-Man*, 716 F.2d 1476 (6th Cir. 1983).

*United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

*Vallone v. CNA Fin. Corp.*, 375 F.3d 632 (7th Cir. 2004).

*Varity Corporation v. Howe*, 516 U.S. Supreme Court 503 (1996).

*Vartanian v. Monsanto Co.*, 131 F.3d 264, 268 (1st Cir. 1999).

*Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 120 F.3d 1006 (Court of Appeal 9th Cir. 1997).

*Washington v. Murhpy Oil USA, Inc.*, 497 F.3d 454, 456 (5<sup>th</sup> Cir. 2007)

*Weyer v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 198 F.3d 1108 (9th Cir. 2000).

*Winnett v. Caterpillar, Inc.*, 553 F.3d 1000 (6th Circ. 2009).

*Wolf v. Coca-cola Company*, 200 F.3d 1337, 142 (11th Circ. 2000).

*Yolton v. El Paso Tennessee Pipeline Co.*, 435 F.3d 580 (6th Circ. 2006).

## **Giurisprudenza italiana**

### **Corte di Cassazione**

Cass. Sez. Lav. 25 novembre 2004, n. 22264, in *Dir.Rel.Ind.*, 2005, 2, p. 512 con nota di VIRGILI M., *Sulla computabilità nel t.f.r. dei fringe benefits*.

Cass. Sez. Un. 2 novembre 2007, n. 23031, in *Riv.Dir.Trib.*, 2008, 1, II, p. 15, con nota di SERRANÒ M.V., *L'affievolita funzione "direttiva" delle circolari alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 23031 del 2 novembre 2017*.

Corte Cass. 10 maggio 2001, n. 6530, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1998, 2, p. 465, con nota di BELLAVISTA A., *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*.

### **Corte Costituzionale**

Corte Costituzionale 5 febbraio 1986, n. 31, in *Foro It.*, 1986, I, c. 1770, con nota di CINELLI M., *L'adeguatezza della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*.

Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro It.*, 1986, I, c. 2087 ss.

Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, II, p. 763 ss., con nota di SANTORO A., *La revisione della rendita infortunistica: il problema delle concause sopravvenute di natura extralavorativa nell'attuale sistema antinfortunistico*.

Corte Costituzionale 8 settembre 1995, n. 421, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, 2, p. 7, con nota di PERA G., *Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale*.

Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 372, disponibile su <http://www.dejure.it>.

Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 457, disponibile su <http://www.dejure.it>.

Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 36, in *Riv.Giur.Lav.*, 2000, I, p. 157 ss., con saggio di FASSINA L., *La risposta della Corte Costituzionale ai referendum sullo stato sociale*, p. 65 e ss.

Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass.Giur.Lav.*, 2000, p. 963 ss., con nota di PESSI R., *Una lezione di etica politica: la Corte Costituzionale e la previdenza complementare*.

Corte Cost. (ord.) 4 marzo 2008, n. 144, disponibile su <http://www.giustcost.org>.

Corte Costituzionale (ord.) 4 marzo 2008, n. 144.

Corte Cost. 11 novembre 2010, n. 316, con note di GAMBACCIANI M., *Perequazione automatica e provvedimenti di «blocco» tra principio di solidarietà, esigenze della finanza pubblica e tutela dei diritti dei pensionati*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 880 ss.; PESSI A., *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 2011, I, 1, pp. 877 ss.; CRO P., *Anche i ricchi piangono. Per le pensioni di importo più elevato la perequazione annuale non è costituzionalmente necessitata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 438 ss.

Corte Cost. 3 aprile 2015, n. 70, con note di SANDULLI P., *La “telenovela” costituzionale della perequazione pensionistica*, in *GCost.*, 2, 2015, pp. 559 ss. e FERRANTE V., *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *Dir.Rel.Lav.*, 3, 2015, pp. 840 ss.