

Retribuzione, previdenza, *welfare*: nuove variazioni sul tema

Armando Tursi

[provvisoria]

1. Introduzione
2. La retribuzione assoggettabile a contribuzione obbligatoria e la “retribuzione-corrispettivo”
 - 2.1. L’irrisolta *querelle* sulla “corrispettività” del cd. “imponibile contributivo”
 - 2.2. Considerazioni critiche sulla presunta “acausalità” del cd. “imponibile contributivo”
 - 2.3.1. Il caso delle liberalità
 - 2.3.2. Il caso delle somme corrisposte a titolo transattivo
 - 2.3.3. Il caso del risarcimento del danno
3. Il cd. “minimale contributivo”, tra massimale retributivo e retribuzione sufficiente
4. Il cd. “minimale contributivo” e il “*contratto leader*”
5. Dalla retribuzione con funzione previdenziale alla previdenza contrattuale
6. Previdenza contrattuale e *welfare* aziendale

*

1. Introduzione

Il tema assegnatomi può dirsi interessante, e l’indagine metodologicamente giustificata, a condizione di rileggerlo alla luce di quelli che mi sembrano essere i profili attuali più rilevanti in cui retribuzione, previdenza e *welfare* si intrecciano.

La novità di maggior rilievo che coinvolge direttamente il rapporto tra retribuzione e previdenza, è costituita dall’avanzare della previdenza contrattuale¹, suscettibile di riattualizzare teorie - come quella del “salario previdenziale”² - , evocative delle prime costruzioni fondative delle assicurazioni sociali³, e prevalentemente abbandonate con riferimento alla previdenza obbligatoria⁴.

¹ Il filone di studi sulla previdenza complementare è sicuramente ascrivibile a questa “materia”, ma ultimamente sono apparse opere anche monografiche ad essa espressamente intitolate: v., per es., SQUEGLIA, *La “previdenza contrattuale”. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Torino, 2014, che riconduce alla “previdenza contrattuale” la “previdenza complementare contrattuale”, i “fondi sanitari integrativi”, gli “ammortizzatori sociali contrattuali” e il “*welfare* aziendale e territoriale”.

² V. F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, RIPS, 1948, 193 ss..

³ Per una sintetica ricostruzione storico-critica, v. NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, Macerata, 2008, 21 ss..

⁴ V. però PESSI, *Salario previdenziale rapporto di lavoro*, RDSS, 2003, 459; ma già, ID., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 151.

La prospettiva dalla quale approccerò il tema della previdenza contrattuale - anche in considerazione del suo vastissimo perimetro potenziale (comprensivo della previdenza complementare, dei fondi sanitari integrativi, di talune prestazioni offerte dagli enti bilaterali e dalle casse edili, del cd. “welfare aziendale” e territoriale, e degli ammortizzatori sociali contrattuali⁵) non sarà sistematica⁶: in coerenza col tema assegnatomi, mi propongo di porre le premesse metodologiche per l’individuazione del regime giuridico dei pertinenti rapporti contrattuali.

Poiché assumerò il termine “previdenza” nella accezione strutturale di forma di protezione sociale basata sull’accantonamento di quote retributive destinate a soddisfare bisogni futuri socialmente rilevanti, riserverò specifici spunti analitici al cd. “welfare aziendale”, a cagione del fatto che, di norma, gli istituti ad esso comunemente ricondotti hanno carattere “non contributivo”.

Una siffatta prospettiva analitica, peraltro, non presuppone affatto che si trascuri il più tradizionale tema della retribuzione imponibile ai fini del finanziamento della previdenza obbligatoria: ché anzi, il possibile riassetto del sistema previdenziale in direzione di una crescente apertura alla previdenza contrattuale non potrebbe non prendere le mosse dal ridisegno delle rispettive basi di finanziamento, in una logica di integrazione funzionale, anziché - come avvenuto fino ad oggi⁷ - di contesa sui medesimi spazi.

Pertanto, dopo aver dato sommariamente conto delle criticità esegetiche e sistematiche della vigente nozione di “retribuzione imponibile ai fini contributivi”, ivi inclusa la questione del cd. “minimale contributivo” e della sua problematica rilevazione nell’ambito dell’autonomia collettiva, svilupperò alcune riflessioni di taglio generale in merito alla possibile ridefinizione del suo perimetro.

Non tratterò *ex professo* il nesso tra retribuzione e prestazione previdenziale adeguata ex art. 38, comma 2°, Cost.: non solo per ragioni di selezione tematica imposte dalla vastità della materia, ma anche e soprattutto perché la mia analisi del rapporto tra retribuzione e previdenza intende muoversi sul terreno della interdipendenza giuridica tra i due istituti; interdipendenza che non è configurabile se riferita al nesso tra retribuzione e prestazione previdenziale obbligatoria (con conseguente rifiuto delle teorie più o meno direttamente ispirate all’idea del “salario previdenziale”, o della pensione retributiva come traduzione in termini previdenziali del principio

⁵ Su questi ultimi, v., da ult., anche per i riferimenti alla riforma del 2012, FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà*, in Zilio Grandi-Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Cedam, 2016, 407 ss..

⁶ La quale, peraltro, non potrebbe che essere settoriale: v. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, cit., 153 ss..

⁷ Si allude, paradigmaticamente, alla nota vicenda del cd. “doppio contributo” gravante sulla previdenza complementare, su cui v., per tutti e per i riferimenti, CINELLI - GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, in CINELLI, *La previdenza complementare*, Milano, 2010, 269 ss..

dell'equa retribuzione)⁸. Al contrario, credo che queste teorie si rivelino feconde per inquadrare e valorizzare la previdenza contrattuale.

Avvio la mia relazione con alcune considerazioni a margine del dibattito sul tema della retribuzione assoggettata a contribuzione previdenziale.

*

2. La retribuzione assoggettabile a contribuzione obbligatoria e la “retribuzione-corrispettivo”

2.1. L'irrisolta *querelle* sulla “corrispettività” del cd. “imponibile contributivo”

Da oltre vent'anni⁹ la nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali è determinata mediante una definizione positiva, di stampo fiscale, temperata da un elenco comune di voci non imponibili¹⁰, e da un secondo elenco di voci escluse ai soli fini previdenziali¹¹.

Benché l'attuale assetto della questione sia il frutto di un tentativo di razionalizzazione realizzato nel 1997 mediante la cd. “omogeneizzazione” delle basi imponibili fiscali e contributiva¹², non può dirsi che la diatriba dottrinale e giurisprudenziale sulla nozione di retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale abbia registrato un definitivo assestamento.

Può ricordarsi come il vecchio art. 12 della legge n. 153/1969, svincolando l'obbligo contributivo dalla “*retribuzione come corrispettivo in senso oggettivo*”¹³, e

⁸ Il dibattito su questo tema è notoriamente vastissimo. Ci limitiamo a rinviare a scritti recenti di autori come CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in RDSS, n. 1/2016, 21 ss.; PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, ADL, n. 3/2016, 552; PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, RDSS, n. 4/2016, 595 ss.; SANDULLI, *Il contributo di solidarietà per il triennio 2014-2016 supera il vaglio della Corte Costituzionale*, in <http://www.mefop.it/blog/blog-mefop/corte-costituzionalecontributo-solidarieta-2014-2016>. V. pure, da ult., FAIOLI, *Relazione a-technica tra art. 38 Cost. e art. 36 Cost. Pensioni, adeguamento automatico e equilibrio di bilancio*, *Federalismi.it*, n. 3/2018.

⁹ V. l'art. 12 della legge n. 153/1969, come modificato dall'art. 6 del d. lgs. n. 314/1997.

¹⁰ Art. 48 – oggi 51 - , commi da 2 a 9, t.u.i.r.).

¹¹ Art. 12, 4° comma e seconda proposizione del 5° comma, della legge n. 153/1969, nel testo sostituito dall'art. 6 del d.lgs. n. 317/1997.

¹² Per ricostruzioni recenti della riforma del 1997, v. FILÌ, *Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Torino, spec. 98 ss., 123 ss.; NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, Macerata, 2008, spec. 117 ss..

¹³ Ossia intesa - secondo il dettato dell'art. 27 del d.p.r. n. 797/1955 - come “*compenso per l'opera prestata*”, sì da “*coincidere ... con quella civilistica di controprestazione in senso proprio*”: così, CARDONI, *Finanziamento del sistema di sicurezza sociale e nuova nozione di retribuzione imponibile: una occasione mancata ?*, DL, 2000, I, 105; SCONOCCHIA, *L'obbligo contributivo e la retribuzione imponibile*, Milano, 1981, 13 ss..

sostituendo quest'ultima con una nozione variamente definita come “*soggettiva*”, “*autonoma*” o “*convenzionale*”¹⁴, finì per dare origine ad una tendenziale divaricazione interpretativa tra una giurisprudenza ligia alla *ratio* antielusiva della riforma, e buona parte della dottrina che le rimproverava di essere approdata ad una “*corrispettività a-causale*” o “*astratta*”¹⁵.

Quando poi il d.lgs. n. 314/1997, fusa “*per incorporazione*” la retribuzione assoggettabile a contribuzione, nella nozione fiscale di “reddito da lavoro dipendente”¹⁶, parve svincolare l'obbligo contributivo perfino dalla “*retribuzione come corrispettivo in senso soggettivo*”, la prevalente dottrina in parte prefigurò, prevalentemente paventò, l'affermarsi di una nozione di imponibile contributivo basata sulla mera provenienza datoriale dell'attribuzione patrimoniale e sulla mera correlazione col (e non più sulla “dipendenza” dal) rapporto di lavoro¹⁷.

A conferma di quanto il quadro interpretativo fosse frastagliato, può ricordarsi come non siano mancati casi in cui la giurisprudenza di legittimità ebbe a sostenere la teoria radicalmente a-causale già con riferimento alla disciplina del 1969¹⁸, adottando una posizione diametralmente opposta a quella di chi, in dottrina, aveva

¹⁴ V., rispettivamente, PERSIANI, *Sul concetto di “in dipendenza del rapporto di lavoro”*, MGL, 1994, 652; PERA, *Diritto del lavoro*, 1996, 485; CINELLI, *Retribuzione dei dipendenti privati*, Noviss.DI, App. VI, 1986, 685.

¹⁵ V., per citare scritti dell'epoca, VISCOMI, *Sulla “retribuzione imponibile” (art. 12, Legge n. 153 del 1969)*, ADL, n. 2/1995, 259 ss.; DONDI, *Una nozione di retribuzione ai fini contributivi*, MGL, 1988, 552 ss..

¹⁶ Così CESTER, *La nuova nozione di imponibile previdenziale*, LG, n. 8/1998, 646.

¹⁷ Sia pur registrando il forte recupero operato sul versante delle ipotesi tassativamente escluse: sia quelle comuni all'imponibile fiscale, sia quelle proprie e specifiche dell'imponibile previdenziale V. CESTER, *La nuova nozione*, cit.. L'art. 27 del d.p.r. n. 797/1955 (che aveva a sua volta recepito l'art. 1 del d.lg.lgt. n. 6927/1945) assoggettava a contribuzione “*tutto ciò che il lavoratore riceve, in denaro o in natura, direttamente dal datore di lavoro per compenso dell'opera prestata*”, e “*pertanto*” vi includeva, “*in aggiunta al salario e allo stipendio*”, un lungo elenco di voci retributive accessorie, il quale, alla luce della affermata consequenzialità con la nozione generale, non poteva che essere esemplificativo. Tra le più recenti rassegne analitico-critiche delle esclusioni dalla base imponibile contributiva, v. ancora le opere di FILI e NICOLINI, cit. *supra*, nonché MADONIA-PUNZI-TERSIGNI, *L'imponibile contributivo*, in FONZO-PANDOLFO-SGROI (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Milano, 107 ss..

¹⁸ E' il caso, per es., di Cass. n. 4476/1976, in FI, 1976, I, 879 ss., che, pronunciandosi sull'allora annosa questione della debenza dei contributi previdenziali sulle somme erogate dal datore di lavoro al lavoratore a titolo di assistenza per malattia o per congedo matrimoniale, affermò che detti contributi fossero dovuti anche secondo il previgente testo degli art. 27 e 28 t. u. sugli assegni familiari. L'illustre annotatore della sentenza osservò che “*se fosse esatta la conclusione ritenuta dalla corte, non si capisce più la pretesa portata innovativa dell'art. 12 legge n. 153*”: PERA, Nota a Cass. n. 4476/1976. L'esonero dalla contribuzione di malattia, per i datori di lavoro che (ai sensi dell'art. 6, comma 2, della legge n. 138/1943, n. 138) si siano accollati per contratto collettivo il trattamento di malattia a carico dell'INPS, negato dalla giurisprudenza, fu ammesso dall'art. 20, c. 1, della legge n. 133/2008, e, infine, nuovamente negato dall'art. 18, comma 16, della legge n. 111/2011.

sostenuto la corrispettività dell'imponibile contributivo sia prima che dopo la riforma del 1997¹⁹.

Ci si infilò, in effetti, in un ristrettissimo imbuto interpretativo, alle prese col *rebus* di una nozione per descrivere la quale non si trovò di meglio che attribuirle ad un *tertium genus*²⁰.

2.2. Considerazioni critiche sulla presunta “acausalità” del cd. “imponibile contributivo”

Tralasciando le note antinomie che caratterizzavano questa nozione sotto il profilo sistematico, per la pluralità ed eterogeneità delle esigenze che essa doveva soddisfare²¹, sul piano dommatico il problema era - e resta - quello di comprendere che cosa sia, in un contratto a prestazione corrispettive come quello di lavoro, “*il corrispettivo della complessiva posizione d'obbligo del prestatore*”²²; e se davvero esso, civilisticamente inteso, si ponga in contraddizione con la nozione adottata ai fini previdenziali.

Invero, la dottrina civilistica insegna che corrispettività e onerosità sono qualificazioni inerenti alla causa del contratto²³; che la causa, a sua volta, è la sintesi degli effetti essenziali del contratto²⁴; che il regolamento negoziale è sintesi delle diverse, se pur autonome, fonti convenzionali, collettive e legali²⁵; e infine, che l'art.

¹⁹ PERSIANI, *Problematiche generali relative all'obbligo contributivo*, IP, 2002, 1355 ss., secondo il quale la nozione del 1997 avrebbe registrato una “*formulazione nuova soltanto in apparenza*”; SANDULLI, *I trattamenti retributivi e i contributi previdenziali*, *Lav. Inf.*, nn. 23-24/1989, 7 ss., secondo cui “*il concetto di retribuzione ... deve comunque essere presente nella normativa previdenziale*”, essendo questa “*un derivato logico della normativa lavoristica*”. Diversa fu la lettura di chi già prima della riforma del 1997 aveva sostenuto la natura non necessariamente retributiva dell'imponibile contributivo, il quale può includere perfino “*erogazioni riconducibili a un contratto diverso da quello di lavoro*”: CINELLI, *I problemi della retribuzione imponibile ai fini previdenziali*, DLRI, n. 71/1996, 460 ss..

²⁰ NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, Macerata, 2008, 196.

²¹ Di “*doppia faccia dell'art. 12*” disquisiva ROCCELLA, *I salari*, 1986, 108. V., per tutti e da ult., NICOLINI, *I problemi della contribuzione previdenziale*, cit., 38 ss..

²² VISCOMI, *Sulla “retribuzione imponibile”*, cit., 258.

²³ Sulla differenza tra “*causa come giustificazione di una obbligazione o di un effetto*”, e “*causa come funzione economico-sociale dell'intero contratto*”, v. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 104, il quale sottolinea come sia “*merito delle dottrine italiane l'aver individuato che l'antico problema della giuridicità della obbligazione doveva essere posto per l'intero contratto*”.

²⁴ PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, *Nuova riv. dir. comm. dir. ec. dir. soc.*, 1947, 119 ss..

²⁵ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 87.

1419 cod. civ. consente di identificare, nell'ambito dello stesso regolamento, l'esistenza di clausole che afferiscono al contenuto essenziale²⁶.

In campo giuslavoristico non è mancato chi, sulla base di siffatti postulati, ebbe a sostenere che *“la ricostruzione della fattispecie astratta”* non possa *“limitarsi all'individuazione dei soli elementi necessari e sufficienti per la qualificazione della cd. prestazione principale”*, ma *“debba aver riguardo anche alla controprestazione”*²⁷, e quindi che la stessa *“retribuzione, con i suoi connotati caratterizzanti, può assolvere il compito di fornire un criterio normativo di individuazione della fattispecie, avendo presente che l'effetto di tutela del reddito e della dignità del lavoratore e del suo nucleo familiare ... può essere insieme ... effetto della fattispecie contratto di lavoro e suo elemento integrativo qualificante”*²⁸.

A questa stregua, mentre si confermava la già acquisita natura retributiva delle prestazioni dovute dal datore di lavoro nelle ipotesi di sospensione protetta della prestazione di lavoro²⁹, si fissava un principio che potrebbe formularsi in termini generali, affermando che anche le prestazioni economiche datoriali che non siano fenomenologicamente corrispondenti ad uno specifico *“fare”* del lavoratore, lungi dall'essere *“senza causa o corrisposte a titolo gratuito, ... costituiscono oggetto di un diritto del lavoratore spettante in base al contratto e si giustificano ... alla medesima stregua della retribuzione corrisposta per periodi di lavoro effettivo”*³⁰.

La tesi può formularsi in termini ancora più netti, affermando che l'area della cd. *“imponibilità contributiva”* sia più stretta, e non più ampia, di quella della obbligazione retributiva³¹.

²⁶ FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, RDC, 1963, 276 ss..

²⁷ PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 96.

²⁸ ID., *ivi*, 100. La *“singolarità”* del contratto di lavoro, per cui *“una delle prestazioni anziché un'obbligazione è elemento costitutivo del contratto”*, era già rilevata da Barassi, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, 393: sia pure riferendosi alla regola della *“postnumerazione”*, che, in deroga alla regola della simultaneità delle prestazioni, propria dei contratti a prestazioni corrispettive, subordina la retribuzione al *“lavoro eseguito”*.

²⁹ TREU, *Onerosità e corrispettività*, cit., 195 ss., 257 ss..

³⁰ PESSI, *Contributo allo studio*, cit., 141.

³¹ La questione è stata trattata approfonditamente a suo tempo da ZOPPOLI, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1991, spec. 31 ss., 87 ss.; ma nell'ambito di un discorso proteso all'individuazione di una nozione *“sociale”* di retribuzione distinta dalla *“retribuzione-corrispettivo”*, che se, per un verso, non apportava sostanziali novità quanto alla problematica della presunta specialità della *“corrispettività lavoristica”*, per altro verso coltivava un'intuizione - quella della *“rilevanza sociale”* della nozione costituzionale - , che ci tornerà utile quando, nel prosieguo del nostro studio, ci interrogheremo circa il nesso tra la predetta nozione *“sociale”* di retribuzione e la retribuzione assoggettabile a contribuzione nella previdenza obbligatoria.

L'ipotesi avanzata non ci sembra smentita dalle tassative previsioni di esclusione dall'imponibile contributivo: la *ratio* di tali esclusioni, infatti, quando non sia riconducibile all'esigenza di risolvere per via legislativa diatribe irrisolte e inveterate, si trova in specifiche ragioni di politica del diritto, quasi sempre di natura economico-occupazionale, ma pur sempre miranti a restringere l'imponibile previdenziale e non ad allargarlo al di fuori della cd. "corrispettività civilistica"³².

Proviamo a saggiare questa ipotesi con riferimento ad alcune classiche tipologie casistiche.

2.3.1. Il caso delle liberalità

La vicenda che ha condotto dall'originaria esclusione, all'inclusione integrale delle liberalità datoriali nella nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali, è concettualmente assai feconda al fine di chiarire quale sia la natura del problema.

Se è vero che oggi, come in passato, *"la causa del riconoscimento giuridico del contratto è rappresentata dalla alternativa tra scambio o liberalità"*; se è vero, cioè, che *"non può essere tutelato giuridicamente un affare che produca, a favore di un soggetto, un acquisto patrimoniale, se l'acquisto non fa parte di uno scambio economico ... , ovvero non sia giustificato dalla liberalità"*³³, allora deve riconoscersi che una liberalità non possa costituire corrispettivo della prestazione di lavoro, dovendo necessariamente trarre il suo titolo da un distinto contratto a titolo gratuito.

Peraltro, l'asserita liberalità di siffatto "distinto" contratto solleverebbe evidenti problemi qualificatori e probatori, in certo modo simmetrici rispetto a quelli affrontati dalla dottrina con riferimento al lavoro gratuito³⁴: infatti, nell'individuare in concreto la volontà del datore di lavoro di corrispondere una liberalità ad un soggetto che è

³² Per trattazioni sistematiche sul tema v., da ult., NICOLINI, *I problemi della contribuzione*, cit., spec. 196 ss.; FILÌ, *Il reddito imponibile*, cit., 91 ss..

³³ Scrive PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, cit.: *"Oggi, come in passato, la causa del riconoscimento è rappresentata da una alternativa: o scambio o liberalità, nel senso che non può essere tutelato giuridicamente un affare che produca, a favore di un soggetto, un acquisto patrimoniale, se l'acquisto non fa parte di uno scambio economico ... , ovvero non sia giustificato dalla liberalità"*.

³⁴ TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 43 ss.. E' appena il caso di osservare che la posizione di Treu sulla questione della retribuzione assoggettata a contribuzione è neutra: il suo discorso, infatti, poneva a tema l'inconciliabilità con il principio di corrispettività delle ipotesi in cui la legge imponeva, in vi eccezionale e derogatoria, l'obbligo retributivo pur in assenza di prestazione lavorativa. Ma proprio dalla natura tassativamente derogatoria di siffatte ipotesi, egli traeva la conferma della regola della corrispettività. Detta regola, trovava ulteriore conferma proprio nella disciplina legale della contribuzione previdenziale, poiché le prestazioni dovute in assenza di lavoro *"sono considerate come tali ai fini della computabilità nel calcolo dei contributi"* (p. 284).

vincolato a prestare a lui stesso lavoro subordinato remunerato, non potrebbero non invocarsi - seppure a parti invertite - , elementi del tutto simili a quelli invocati a proposito del lavoro gratuito: elementi soggettivi e oggettivi, cioè, che rendano plausibile la volontà delle parti di perseguire un intento liberale, e non invece elusivo degli obblighi contributivi (così come nel lavoro gratuito essa non deve eludere l'obbligo di corrispondere la giusta retribuzione).

Non sorprende, pertanto, che il legislatore abbia pragmaticamente deciso, nel 2008, di ricondurre nell'imponibile (sia fiscale che) contributivo anche le *“erogazioni liberali concesse in occasione di festività o ricorrenze”* e i *“sussidi occasionali”*, originariamente esclusi in virtù di una previsione del TUIR che era divenuta applicabile anche all'imponibile contributivo per effetto dell'art. 6 del d.lgs. n. 317/1997 ³⁵.

Orbene, ciò trova buone ragioni non solo alla stregua di pratiche esigenze antielusive, ma anche sul piano della corrispettività civilistica.

Infatti, l'assenza di un preesistente obbligo a corrispondere un determinato emolumento non può escludere (e anzi, ciò si verifica normalmente) che l'obbligo stesso venga assunto e comunicato dal datore di lavoro poco prima o al momento stesso dell'attribuzione patrimoniale: anche solo istantaneamente e senza la volontà di assumerlo continuativamente per il futuro. Ché anzi, tra il considerare l'attribuzione patrimoniale come una elargizione liberale, ovvero come un corrispettivo pattuito per fatti concludenti, la prima opzione si rende plausibile solo laddove sussistano condizioni soggettive e oggettive atte a delineare uno scollegamento causale dal contratto di lavoro ³⁶.

³⁵ Si tratta dell'abrogazione della lettera b) del comma 2° dell'art. 51 del TUIR, disposta dall'art. 2, comma 6°, della legge n. 126/2008. L'applicabilità dell'esclusione contemplata dall'art. 51, comma 2°, lett. b) del TUIR anche ai fini contributivi era sortita dalla *“omogeneizzazione”* della basi imponibili fiscali e contributive disposta dall'art. 6, comma 1°, del d. lgs. n. 314/1997. Il medesimo art. 6 del d. lgs. n. 314/1997 - in coerenza con la regola generale recata dall'art. 48 (oggi 51), inclusiva di *“somme e valori ... percepiti , anche sotto forma di erogazioni liberali”* - , aveva soppresso la originaria previsione (contenuta nel testo unico delle norme sugli assegni familiari del 1950 e nel testo unico delle disposizioni contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali del 1965, a loro volta già modificate dall'art. 12 della legge n. 153/1969) della esclusione dall'imponibile contributivo della *“gratificazione o elargizione concessa “una tantum” a titolo di liberalità, per eventi eccezionali e non ricorrenti, purché non collegate, anche indirettamente, al rendimento dei lavoratori e all'andamento aziendale”*, lasciando sopravvivere solo quella del TUIR, infine soppressa anch'essa nel 2008.

³⁶ Siffatta volontà - si osserva per inciso - pare da ammettersi in casi a rilevanza individuale e pienamente discrezionale, e non quando l'erogazione abbia connotazioni collettive o sia ancorata a parametri oggettivi .Non è casuale, dunque, che le originarie esclusioni delle liberalità dall'imponibile contributivo fossero quelle concesse *“ ‘una tantum’... , per eventi eccezionali e non ricorrenti, purché non collegate, anche indirettamente, al rendimento dei lavoratori e all'andamento aziendale”*.

Del resto, è ben noto ai giuslavoristi il fenomeno per cui emolumenti retributivi originariamente privi delle caratteristiche della retribuzione da adottare come “parametro” per il calcolo della retribuzione indiretta o differita, possano acquisirle in ragione del tempo: è il caso della “continuità” che, secondo l’art. 2121 c.c., deve qualificare (gli elementi del)la retribuzione-corrispettivo onde poter concorrere al calcolo della indennità di preavviso³⁷.

D’altro canto, la “continuità” che trasforma un emolumento della “retribuzione-corrispettivo” in una componente della “retribuzione-parametro” (ai fini del calcolo della retribuzione indiretta o differita), non va confusa con l’uso aziendale, che trasforma in obbligatorio ciò che originariamente non lo era, attraendolo nella retribuzione-corrispettivo.

Quella dell’uso aziendale, infatti, è la tecnica mediante cui dottrina e giurisprudenza hanno dato soluzione al problema della iniziale, apparente “non obbligatorietà” o “liberalità” di determinate attribuzioni patrimoniali in pendenza di rapporto di lavoro.

Ed è una tecnica che, lungi dal contraddire la possibilità di una obbligatorietà che sorga in occasione o in coincidenza con l’erogazione datoriale, la completa su due piani: sul piano qualificatorio, perché riconosce che l’originaria spontaneità del premio possa evolversi, attraverso il comportamento non equivoco delle parti, in un vincolo obbligatorio³⁸; e sul piano soggettivo, perché, grazie ad una virtuosa sinergia tra giurisprudenza e dottrina, ne realizza la traslazione sul piano collettivo³⁹.

Orbene, ai nostri fini è importante osservare come le dinamiche negoziali che possono determinare l’ingresso nell’area della obbligatorietà, di erogazioni originariamente non tali, più che con la tematica della retribuzione-parametro, hanno a che fare con quella della retribuzione-corrispettivo: infatti, sul piano civilistico, il cd. requisito della “obbligatorietà” concorre direttamente e necessariamente alla definizione della retribuzione-corrispettivo; e proprio per questo - ossia, perché tutto

³⁷ Il tema è evidentemente diverso da quello della retribuzione computabile ai fini previdenziali: se la tematica della retribuzione-parametro ai fini del calcolo delle voci retributive indirette o differite pone il problema del rapporto (di identità o di continenza) tra questa e la retribuzione-corrispettivo, la tematica della retribuzione computabile ai fini contributivi pone - almeno secondo la veduta corrente - il problema dell’ allargamento dell’imponibile contributivo oltre i confini della corrispettività civilistica: Se ne fa cenno in questa sede, perché detta tematica contribuisce a chiarire ulteriormente i termini in cui la questione della “retribuzione-corrispettivo” si pone con riferimento alle specifiche sue declinazioni in termini “parametrali” (per il calcolo della retribuzione indiretta o differita, in un caso; dei contributi previdenziali nel secondo).

³⁸ Cass. 12 agosto 2000, n. 10783, GCMass., 2000, 1790; Cass. s.u. 30 marzo 1994, n. 3134, ivi, 1994, 422; Cass. 3 giugno 2004, n. 10591.

³⁹ Cass., sez. un., n. 26107/2007, e più recentemente, Cass. n. 23351/2016. In dottrina, v., per tutti, LIEBMAN, *Usi aziendali*, 2010; e più recentemente, LAMBERTUCCI, *Gli usi aziendali tra contratto individuale e assetti collettivi dell’impresa: il bilancio giurisprudenziale*, LG, n. 8/2014, 827 ss..

ciò che è corrispettivo entra di regola nell'imponibile previdenziale - concorre direttamente alla definizione dell'imponibile contributivo.

Ne consegue che - diversamente da quanto comunemente affermato - , il tema dell'imponibile contributivo non attiene alla definizione della cd. "retribuzione - parametro, se per questa si intende quella parte di retribuzione-corrispettivo che rileva ai fini della determinazione degli elementi retributivi indiretti e differiti ⁴⁰.

Ciò trova conferma nell'art. 3 della legge n. 402/1996, laddove si chiarisce che le voci retributive indirette - eccettuati i casi in cui sia la legge a imporne il calcolo sulla base di un criterio "omnicomprensivo" - vanno considerate ai fini dell'imponibile contributivo in conformità con quanto contrattualmente disposto ai fini della determinazione della loro base di calcolo: sicché, esemplificativamente, l'introduzione per via contrattuale di un istituto retributivo di cui il contratto escluda ogni incidenza sugli istituti retributivi indiretti o differiti, sarà assoggettato a contribuzione previdenziale, ma non concorrerà a incrementare il valore imponibile di altre voci retributive indirette o differite.

2.3.2. Il caso delle somme corrisposte a titolo transattivo

Com'è noto, l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale delle somme corrisposte a titolo transattivo è stata controversa sia prima che dopo la riforma del 1997.

Nella vigenza del testo originario dell'art. 12 della legge n. 153/1969, si era prevalentemente sostenuto che avesse valenza discrezionale l'essersi le parti accordate al solo scopo di evitare i rischi connessi ad una lite giudiziale, senza riconoscimento, nemmeno parziale, dell'esistenza del diritto retributivo ⁴¹.

Dopo l'armonizzazione delle basi imponibili fiscali e contributive, almeno inizialmente la situazione non mutò nella sostanza: piuttosto, si attribuì rilievo alla distinzione tra le transazioni finalizzate a rimuovere la *res dubia* (o "semplici"), e

⁴⁰ V., invece (ma si tratta di un esempio tra moltissimi, che qui si cita per la particolare chiarezza), CARDONI, *Finanziamento del sistema previdenziale*, cit., 106-107, che spiega la "frattura" tra retribuzione civilistica e retribuzione previdenziale determinata dall'art. 12 della legge n. 153/1969 con ciò, che detta norma avrebbe fatto "perdere alla nozione previdenziale qualunque indispensabile riferimento ai caratteri della continuità, predeterminatezza e persino obbligatorietà ..."; e riconduce l'orientamento giurisprudenziale sintonico con tale interpretazione al "principio di omnicomprensività della retribuzione assoggettabile a contribuzione".

⁴¹ Infatti, ferma restando l'irrelevanza della qualificazione attribuita dalle parti al (negozio e alle) somme erogate, si riteneva decisivo stabilire se dette somme trovassero nel rapporto di lavoro "causa" od "occasione", conseguentemente affermando, nel primo caso, la loro natura retributiva, e nel secondo caso quella transattiva. V., per es., Cass. n. 5243/1997 e Cass. n. 4809/1985.

quelle stipulate allo scopo di evitare i rischi connessi ad una lite giudiziale e senza riconoscimento dell'esistenza del diritto ("novative")⁴².

La questione si complicò ulteriormente quando la Cassazione iniziò a porre dei distinguo anche nell'ambito delle transazioni novative, sostenendo che il principio della non imponibilità contributiva delle somme erogate nell'ambito di una transazione novativa deve contemperarsi con "*l'ampio concetto di retribuzione imponibile ai fini contributivi ... , sicché per escludere la computabilità di un istituto non è sufficiente la mancanza di uno stretto nesso di corrispettività, ma occorre che risulti un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione*"; coerentemente aggiungendo che "*l'indagine del giudice di merito sulla natura retributiva o meno delle somme erogate al lavoratore non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni*"⁴³; cosicché si tornava al punto di partenza, consistente nel chiarire se la novatività della transazione costituisca, in sé, titolo autonomo rispetto al contratto (o al rapporto) di lavoro⁴⁴.

Ciò che della vicenda appena delibata⁴⁵ ci preme sottolineare è la assai scarsa rilevanza euristica che la asseritamente sopravvenuta "a-causalità" della nozione di imponibile contributivo ha esplicitato nel dirimere la questione: come dimostrato dal fatto che la S.C. continua a considerare coesistente alla retribuzione il suo riferirsi a un "*titolo*" che, lungi dall'essere semplicemente "relativo" al rapporto di lavoro", sia intrinseco ad esso; e che il diritto previdenziale vivente nelle prassi paranormative dell'INPS consideri necessario "*verificare se la somma in questione è collegata, direttamente o indirettamente, da una obbligazione causale, al rapporto di lavoro*"⁴⁶.

Sviluppando il ragionamento quanto basta ai fini del nostro discorso, ci sembra necessario notare come la cd. "causa transattivo-novativa" altro non sia che uno dei possibili, ma tutto sommato ben circoscrivibili "titoli", diversi da quello retributivo-lavoristico, che possono giustificare un'attribuzione patrimoniale al dipendente in sede transattiva, con essa potendo astrattamente concorrere una diversa causa negoziale tipica (per es., la liberalità), o a-tipica⁴⁷ oppure un *causa obligationis* non negoziale (per es., l'obbligazione risarcitoria): ciascuna delle quali assoggettabile a una distinta disciplina impositiva, coerente con la propria natura giuridica.

Quanto al regime previdenziale della transazione novativa, i dubbi che ancora oggi si registrano ci sembrano riconducibili all'idea che la transazione novativa - spesso

⁴² Cass. n. 7552/1999.

⁴³ Cass. n. 6663/2002, MGL, 2002, 674, con nota di PARISELLA.

⁴⁴ Com'è negato, per es., da PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2003, p. 97.

⁴⁵ Per una analisi dettagliata, v. FILÌ, *Il reddito imponibile*, cit., 153 ss.; MASTRANGELI - NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, 116 ss..

⁴⁶ Messaggio INPS del 9 marzo 2006, n. 7585,

⁴⁷ Quale va considerata, a nostro avviso - ma la questione non può essere qui approfondita - quella che giustifica l'erogazione di un "incentivo all'esodo".

peraltro ridotta a clausola di stile - possa costituire un fin troppo banale *escamotage* per mutare un originario titolo retributivo in un titolo escluso dalla base imponibile previdenziale.

Ma se così è, allora la questione ci sembra minata alla base da un equivoco: quello di ritenere che la sottrazione dell'esborso transattivo-novativo dall'imponibile contributivo comporti la sottrazione anche del sottostante credito retributivo.

A tal proposito, è appena il caso di ricordare che la contribuzione va determinata sulla base della retribuzione contrattualmente dovuta, nel senso che l'oggetto dell'obbligazione previdenziale è costituito da *"tutto ciò che il lavoratore ha diritto di ricevere"* dal datore di lavoro. Conseguentemente, *"la transazione intervenuta non può precludere, al solo fine dell'assoggettamento a contribuzione dei relativi importi, l'accertamento ... della sussistenza di crediti del lavoratore riferiti a somme aventi natura retributiva e, come tali, costituenti base imponibile ai fini contributivi"*⁴⁸.

E' dunque escluso che la transazione novativa possa fungere da strumento per sottrarre quote di retribuzione all'imponibile previdenziale: in presenza di una somma erogata al fine di prevenire una lite senza rimuovere la *res dubia*, il problema che ci si deve porre non è quello di stabilire se essa abbia, in sé, natura retributiva, ma di accertare - nella sede giudiziale eventualmente adita a seguito di iniziativa dell'Istituto previdenziale o dello stesso lavoratore - se i crediti originariamente vantati dal prestatore di lavoro sussistessero effettivamente e avessero natura retributiva; qualora tale accertamento abbia esito positivo, saranno questi, e non la somma erogata a titolo transattivo-novativo, a scontare la contribuzione previdenziale.

2.3.3. Il caso del risarcimento del danno

E' pacifico che l'esclusione espressa dei *"proventi e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento danni"*⁴⁹ non riguardi le somme che trovano diretto fondamento nell'obbligazione retributiva, ma solo quelle che trovano fondamento nella violazione di obblighi diversi da quelli retributivi⁵⁰.

⁴⁸ Cass. n. 17670/2007. Nella fattispecie, la somma corrisposta a titolo di transazione novativa, mentre era idonea a tacitare le ulteriori rivendicazioni di carattere retributivo del lavoratore, è stata ritenuta ininfluenza ai fini dell'accertamento della sussistenza di un obbligo contributivo sulle somme complessivamente "dovute" al lavoratore in forza del rapporto di lavoro.

⁴⁹ Art. 12, comma 4°, lett. c), legge n. 153/1969.

⁵⁰ DUI, *Tassazione e contribuzione nel lavoro dipendente*, Milano, 2005, 114. V., per un caso paradigmatico, Cass. n. 12505/2003, DSS, con nota adesiva di PACCHIANA PARRAVICINI, *La retribuzione imponibile ai fini contributivi: il caso del risarcimento del danno per violazione del diritto di precedenza nell'assunzione di lavoratori stagionali*. Diverso è il caso in cui l'inadempimento di obblighi non retributivi incida direttamente sull'obbligazione retributiva, come

C'è tuttavia da chiedersi come ciò si concili con un dettato normativo che, da un lato, definisce imponibile (anche) ai fini contributivi tutto ciò che è percepito “in relazione al rapporto di lavoro”, e dall'altro esclude tutti i proventi e le indennità di natura risarcitoria.

Infatti, se davvero la diffusa lettura “a-causale” della norma impositiva fosse corretta, i proventi e le indennità di cui sopra non dovrebbero sfuggire alla contribuzione.

D'altro canto, l'esclusione di cui alla lettera c) del 4° comma dell'art. 12 è, notoriamente, tassativa, e quindi non si capisce perché ad essa sfuggano le somme dovute a risarcimento di obblighi retributivi inadempiti.

La verità è che la asserita “a-causalità” o “fiscalità” del cd. “imponibile contributivo” non può superare la disarmante obiezione che l' inadempimento non può trasformare in retributiva un'obbligazione non retributiva.

Resterebbe da spiegare perché l'inadempimento non sia idoneo a mutare la natura dell'obbligazione retributiva; ma la risposta a ciò non sta né nella “a-causalità” dell'imponibile contributivo, né, a ben vedere, nella necessità di distinguere tra danno emergente e lucro cessante⁵¹.

La risposta, infatti, è tutta interna alla dinamica propria dell'obbligazione contributiva, la cui irriducibilità a quella fiscale si manifesta già nella fase genetica: diversamente dall'obbligo fiscale, quello contributivo nasce parallelamente e contestualmente a quello retributivo (cd. “criterio di competenza”), e non per effetto dell'(incremento reddituale che consegue al suo) adempimento (“criterio di cassa”): la retribuzione va assoggettata a contribuzione se e quando maturata; se maturata e non pagata, il contributo si paga sulla retribuzione e non sul risarcimento sostitutivo⁵².

Pare allora che, nonostante la cd. “armonizzazione delle basi imponibili” operata nel 1997, la questione dell'assoggettamento a contribuzione previdenziale delle indennità e dei proventi di natura risarcitoria si risolva tutta all'interno della dimensione retributivo-previdenziale.

nelle ipotesi del risarcimento del danno ex art. 18 S.L., o del mancato pagamento delle ferie non godute: v. ancora DUI, *o.l.u.c.*; MESITI, *Diritto previdenziale*, Milano, 2018, 36.

⁵¹ Così, esattamente, DUI, *Tassazione e contribuzione*, cit., 115.

⁵² “La contribuzione, indipendentemente dalla quantificazione del danno, nel perdurare del rapporto di lavoro e in assenza di trattamenti mutualistici obbligatori, va commisurata alla retribuzione che risulterebbe contrattualmente dovuta, nel rispetto altresì dei minimi giornalieri”: circ. INPS n. 263/1997, § 2. Sul punto, v. le serrate argomentazioni di NICOLINI, *I problemi della contribuzione*, cit., 199 ss..

3. Il cd. “minimale contributivo”, tra massimale retributivo e retribuzione sufficiente

Quale che fosse la portata della nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali - più ampia, più ristretta, o semplicemente diversa, da quella “civilistico-corrispettiva” -, certo è che il dibattito sulla questione ruotava attorno all’esigenza di evitare che l’appiattimento sulla corrispettività civilistica potesse pregiudicare il diritto costituzionalmente garantito a prestazioni adeguate alle esigenze di vita dei lavoratori.

Chi imputava alla visione pan-retributiva della nozione previdenziale la sua deriva a-causale, in funzione di esigenze di cassa peraltro insensibili ai riflessi sulla retribuzione pensionabile, osservava come fosse *“irrazionale che le prestazioni previdenziali siano differenziate non già in funzione della diversa retribuzione proporzionata alla qualità e alla quantità del lavoro prestato ... ma in funzione di benefici che solo indirettamente sono connessi allo svolgimento di un’attività lavorativa”*⁵³.

Spingendosi oltre la proporzionalità, e portando alle estreme conseguenze, anche disciplinari, questa linea di pensiero, altra dottrina è pervenuta a distinguere la “retribuzione-corrispettivo” dalla retribuzione come “obbligazione sociale”: quest’ultima, incarnata soprattutto dalla *“retribuzione sufficiente”* di cui all’art. 36 Cost., rappresenta quell’*“area dei trattamenti retributivi”* che, per il diretto fondamento costituzionale e per il loro assurgere a *“diritto sociale di cittadinanza”*, si caratterizzerebbero per essere *“fuori dalle logiche strettamente contrattuali”*⁵⁴.

Di questa tesi non interessa qui saggiare la valenza intrinca nel contesto - in cui essa peraltro si collocava - della tematica riguardante la “corrispettività lavoristica”; essa ci sembra, però, sicuramente coerente con l’ipotesi di una connessione diretta tra la “rilevanza sociale” della nozione costituzionale di retribuzione, e la retribuzione assoggettabile a contribuzione nella previdenza obbligatoria.

Più recentemente si è collocato in quest’ordine di idee chi⁵⁵ ha rilevato l’inesattezza della qualificazione in termini di “minimale”, della retribuzione che l’art. 1 della legge n. 389/1989 impone di assumere come riferimento inderogabile *in peius* ai fini

⁵³ PERSIANI, *Problematiche generali*, cit., 1368. Posizione recentemente ribadita in PERSIANI, *Introduzione a FILÌ, Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Torino, XIII: *“Sarebbe irrazionale che, se l’importo della contribuzione versata fosse maggiore soltanto perché dovuta anche con riguardo a voci della retribuzione che non sono il corrispettivo rigoroso dell’attività lavorativa prestata, due lavoratori, che pure abbiano svolto la medesima attività, possano godere di trattamenti pensionistici diversi”*.

⁵⁴ ZOPPOLI, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., 280 ss..

⁵⁵ NICOLINI, *I problemi della contribuzione*, cit., 203.

contributivi ⁵⁶. Questa norma, lungi dal porre la regola per cui i contributi si calcolano sulla base della retribuzione giuridicamente dovuta e non di quella percepita ⁵⁷, vi derogherebbe, disponendo che, qualora la retribuzione dovuta in base ai contratti collettivi applicabili (e a quelli individuali) sia inferiore rispetto a quella prevista dai *contratti leader*, sia quest'ultima, pur non "dovuta", a determinare l'importo della contribuzione previdenziale ⁵⁸.

Può dirsi, allora, che la regola effettiva è quella per cui la retribuzione imponibile ai fini contributivi è la "retribuzione-corrispettivo" massima, derivante dal concorso di tutte le fonti negoziali, ivi inclusa quella - non dovuta - , prevista da *contratti leader* non applicabili al rapporto di lavoro ⁵⁹.

Questa regola è criticabile già sotto il profilo dell'equità retributiva, giacché costringe il lavoratore "*che percepisce una retribuzione 'schacciata' sul livello minimo ex art. 36 Cost. ... a un esborso per la quota di contributo a proprio carico, ... proporzionalmente maggiore di quella dovuta da un altro lavoratore che possa invece vantare l'applicazione del contratto leader*" ⁶⁰.

Si può dubitare anche della sua coerenza rispetto all'obiettivo della parità concorrenziale tra le imprese, giacché, come pure è stato rilevato, non possono non assumere rilievo, ai fini di tale giudizio, fenomeni di differenziazione del costo del lavoro riconducibili all'esercizio legittimo della libertà sindacale e di contrattazione collettiva - ivi comprese sia la facoltà di non applicare alcun contratto collettivo, salva la giusta retribuzione costituzionale; sia quella di stipulare accordi collettivi "in deroga" peggiorativa - ⁶¹.

Ma quel che maggiormente rileva nella prospettiva di una rilettura del nesso tra retribuzione e contribuzione obbligatoria è che la regola in parola, lungi dal

⁵⁶ Si tratta della norma che individua la fonte del suddetto "minimale" nei "contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale" (cdd. *contratti leader*), a meno che "una retribuzione di importo superiore" non "derivi" da altri "accordi collettivi" o da "contratti individuali". E' poco notato, ma vale la pena farlo in questa sede, che la formulazione normativa reca alcune incongruenze, quali il riferimento ai "regolamenti", i quali parrebbero posti sullo stesso piano dei contratti collettivi "qualificati", e su un piano superiore rispetto agli "accordi collettivi "non qualificati" e ai contratti individuali; nonché la distinzione terminologica tra "accordi collettivi" e "contratti collettivi" qualificati.

⁵⁷ Si tratta del criterio usualmente denominato di "competenza", in realtà già posto dall'art. 12, comma 1°, della legge n. 153/1969, che fa riferimento ai redditi "maturati"..

⁵⁸ NICOLINI, *I problemi della contribuzione*, cit., 203.

⁵⁹ Criticamente, CINELLI, *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, RIDL, 1997, I, 113.

⁶⁰ ID., *ivi*, 206.

⁶¹ ID., *ivi*, 207. A questa stregua, il cd. "minimale contributivo" non sarebbe lontano dall'essere una sorta di *minimum tax* regressiva ai danni di chi legittimamente non applica e non si vede applicare i contratti collettivi "*leader*".

realizzare, altera il corretto rapporto tra la “giusta retribuzione” e la “prestazione previdenziale adeguata”, declinandolo nei termini di un nesso diretto e di tendenziale identità tra la condizione economica della vita professionale e quella dell’età anziana (pensata, peraltro, come condizione intrinsecamente non professionale) ⁶².

In assenza della norma in parola, non v’è dubbio che la retribuzione imponibile ai fini previdenziali sarebbe esattamente e soltanto quella “dovuta”, e che, proprio per questa ragione, troverebbe applicazione anche ai fini contributivi il parametro della giusta retribuzione costituzionalmente dovuta.

Del resto, l’intuizione che il collegamento da ripristinare non fosse quello tra la corrispettività civilistica e la prestazione previdenziale, bensì tra le rispettive qualificazioni costituzionali (“sufficienza” della prima, e “adeguatezza” della seconda) era intuizione già affiorata in giurisprudenza, sia prima ⁶³, che dopo l’introduzione del cd. “minimale contributivo”, avendo, a tale proposito, la S.C. avuto occasione di affermare che detto minimale dovesse essere ricavato dal trattamento retributivo dovuto ai sensi dell’art. 36 Cost., senza che rilevassero gli elementi accessori presenti nel contratto collettivo ⁶⁴.

La sentenza, criticata in dottrina ⁶⁵ e smentita dalle sezioni unite ⁶⁶, fu a mio avviso equivocata e sottovalutata.

Le venne rimproverato di aver disconosciuto, “*utilizzando forzatamente l’art. 36 Cost.*”, l’idoneità di contratti collettivi inapplicabili *iure communi*, a determinare la retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale ⁶⁷; nonché di aver azzerato

⁶² Sul tema, qui non trattato, rinviamo alle considerazioni introduttive.

⁶³ Quando l’idea che l’obbligo contributivo fosse coevo al credito retributivo e non al suo adempimento non aveva ancora ricevuto né l’incerto conforto dell’art. 12 della legge n. 153/1969 (che fa riferimento ai “redditi ... maturati”), né la conferma dell’art. 1 della legge n. 389/1989, e dunque la giurisprudenza era alla ricerca di un parametro oggettivo cui ancorare la retribuzione da assoggettare a contribuzione: v. Cass. n. 339/1965 e Cass. n. 3243/1971.

⁶⁴ Cass. n. 1898/1997, in RIDL, 1998, II, 171 ss., con nota critica di BRIDA, *Retribuzione imponibile previdenziale ed efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune*.

⁶⁵ V., da ult., anche per ulteriori riferimenti, FILÌ, *Il reddito imponibile*, cit., 136 ss..

⁶⁶ Cass., sez. un., n. 11199/2002, secondo cui “*L’importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all’importo di quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, secondo il riferimento ad essi fatto - con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale - dall’art. 1 DL n. 338 del 1989, senza le limitazioni derivanti dall’applicazione dei criteri di cui all’art. 36 Cost., che sarebbero giustificate solo ove a detti contratti si dovesse ricorrere - con incidenza sul distinto rapporto di lavoro - ai fini della determinazione della giusta retribuzione. Si terrà quindi conto, nel calcolo della base contributiva, dell’indennità “una tantum” e della quattordicesima mensilità, contemplate nei contratti collettivi nazionali di cui all’art. 1 citato, mentre si escluderà, nel medesimo, il “terzo elemento”, siccome previsto dal contratto integrativo provinciale”.*

⁶⁷ FILÌ, *o.l.u.c.*

l'autonomia del rapporto giuridico contributivo da quello di lavoro⁶⁸ : e le critiche – soprattutto la prima - erano di certo corrette sotto il profilo esegetico, poiché coerenti col dettato letterale dell'art. 1 della legge n. 389/1989.

Tuttavia, la lettura “creativa” della norma sul cd. minimo imponibile contributivo - che quella sentenza proponeva - , si basava sul rilievo che *“il riferimento, quale limite minimo, all'importo della retribuzione pattuita in sede collettiva ... deve intendersi posto ... quale criterio parametrico per individuare il minimo retributivo costituzionale, vale a dire il minimo, rispondente ai principi di proporzionalità e sufficienza sanciti dall'art. 36 della Costituzione, che, stante la diretta precettività di questa norma costituzionale, è in ogni caso dovuto e sul quale va comunque corrisposta la contribuzione”*.

La S.C., insomma, basandosi invero più sull'applicazione giurisprudenziale del principio costituzionale della retribuzione sufficiente, che sulla specifica norma di legge relativa al cd. “minimale” contributivo, ritenne assoggettabili *“a contribuzione ... i soli elementi corrispondenti al cosiddetto minimo costituzionale”*, osservando che in caso contrario - qualora cioè si prendessero a riferimento *“tutti gli elementi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva intervenuta tra le associazioni sindacali più rappresentative ... o da più favorevoli accordi collettivi, e quindi anche gli elementi eccedenti la soglia del minimo costituzionale”* - , *“non verrebbero ... ad essere stabiliti limiti "minimi" di retribuzione imponibile ... , ma piuttosto la retribuzione imponibile verrebbe a coincidere con una sorta di "massimo" retributivo, cioè appunto ... con tutte le voci retributive previste dalla anzidetta contrattazione collettiva, anche se ulteriori ed eccedenti rispetto agli elementi corrispondenti al cosiddetto minimo costituzionale ...”*.

La questione sarebbe stata ben posta se a parlare così fosse stata la dottrina e non il giudice di legittimità.

Ma non c'è da stupirsi se la dottrina, pur avendo precocemente colto il corretto radicamento della contribuzione (e non della prestazione) previdenziale nell'art. 36 Cost., non sia pervenuta, allora, a conclusioni così nette.

Affermare, infatti, che la retribuzione di riferimento per la contribuzione alla previdenza obbligatoria non debba essere né la retribuzione-corrispettivo, né una nozione più ampia (o addirittura autonoma rispetto a quella), bensì una nozione ristretta fino al minimo costituzionalmente imposto, non avrebbe avuto alcun senso in un sistema previdenziale monopilastro, integralmente pubblico, declinato in termini di garanzia non della sola “adeguatezza”, ma del tenore di vita goduto nella condizione professionale.

⁶⁸ CINELLI, *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, DLRI, 1996, 472.

Come pure non avrebbe avuto senso, in quel contesto, affermare che la retribuzione imponibile ai fini contributivi debba essere quella minima inderogabile stabilita dalla contrattazione collettiva, al netto delle deroghe negoziali migliorative.

La prospettiva che si pone oggi, però, è mutata fino al punto da indurre uno degli studiosi più inclini a concepire la “corrispettività” in termini conformativi della stessa prestazione previdenziale, a “*ritenere equo prospettare alle generazioni future uno schema ispirato alla garanzia del minimo vitale per tutti i pensionati (cittadini e/o lavoratori), incrementabile con una previdenza complementare, che potrebbe farsi obbligatoria*”⁶⁹.

La via così prospettata potrebbe, però, declinarsi in termini meno drastici, senza appiattire la previdenza sull’assistenza sociale⁷⁰, ma correggendo il pilastro pubblico-obbligatorio dal lato delle entrate: dopo che il sistema contributivo di calcolo delle pensioni ha già ricondotto questo pilastro all’equità attuariale sul versante delle prestazioni, potrebbe adesso ipotizzarsi analoga operazione sul versante del finanziamento, da ricondurre a sua volta a razionalità attraverso l’instaurazione di un nesso costituzionalmente corretto tra retribuzione, contribuzione e prestazioni previdenziali.

Si tratta, né più né meno, di rendere la contribuzione alla previdenza obbligatoria, proporzionale rispetto alla “*retribuzione sufficiente ad assicurare ... un’esistenza libera e dignitosa*”, sicché essa possa assolvere al compito di finanziare la provvista dei “*mezzi adeguati alle esigenze di vita*”; si tratta, insomma, di finanziare prestazioni previdenziali costituzionalmente “adeguate” attraverso la retribuzione costituzionalmente “equa”.

Sul piano esegetico, una simile prospettiva segnerebbe un sicuro e apprezzabile guadagno in termini di inquadramento sistematico, certezza del diritto e semplificazione gestionale dei rapporti di lavoro, superandosi la *vexata questio* dell’omogeneizzazione dell’imponibile contributivo con quello fiscale, e venendosi a sostituire la - a dir poco - farraginoso problematica della perimetrazione della nozione di retribuzione ai fini previdenziali, con quella, assai meno incerta, di cui al 1° comma dell’art. 36 della Costituzione.

Non si vogliono certamente sottovalutare i problemi che sul piano della esegesi costituzionale la predetta nozione solleva: a partire da quello della autonomia o della indistinzione concettuale dei parametri della proporzionalità e della sufficienza⁷¹.

⁶⁹ PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà*, cit.

⁷⁰ Sulle possibili ricalibrature del welfare mix pubblico-privato, v. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, cit., 177 ss..

⁷¹ Tema sul quale, non potendolo qui affrontare *ex professo*, ci limitiamo a rinviare, oltre che al seminale studio di TREU, *Commento all’art. 36*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 72 ss., in epoca più recente a ICHINO, *La nozione di giusta*

Tuttavia, a semplificare drasticamente il problema sono sufficienti, ai fini del nostro discorso, due osservazioni.

La prima osservazione è che, qualunque sia l'opzione ricostruttiva prescelta, è da escludersi la riconducibilità del canone costituzionale di "proporzionalità" rispetto "alla quantità e alla qualità del lavoro prestato", alla nozione civilistica di "corrispettività"⁷².

La seconda, e più pregnante osservazione, è che il parametro dell'"equa retribuzione", secondo l'elaborazione che ne ha dato la giurisprudenza nella sua opera di supplenza della carente efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di "diritto comune", ha di fatto superato il problema del rapporto tra proporzionalità e sufficienza, identificando la giusta retribuzione dovuta *ex art. 36 Cost.* con "*quella che contemporaneamente e in ogni caso soddisfa entrambi i requisiti*", e pertanto, di fatto, con la voce retributiva, comunque denominata ("retribuzione base", "minimi tabellari", ecc.), che definisca il compenso minimo per ciascun livello di inquadramento⁷³.

Sotto questo profilo, il recupero della retribuzione rilevante ai fini previdenziali alla dimensione collettivo-sindacale comporterebbe anche una drastica semplificazione dei problemi esegetici e applicativi della norma sul cd. "minimale contributivo": una volta ricondotto, senza residui, il tema della retribuzione previdenzialmente rilevante a quello della retribuzione equa, non vi sarebbe più, infatti, la necessità di disegnare un meccanismo di collegamento con l'autonomia collettiva, proprio e specifico della prima⁷⁴.

Il guadagno sarebbe certamente pratico, ma soprattutto, e ancora una volta, di carattere sistematico, se confrontato coi problemi che l'attuale meccanismo di individuazione del "minimale contributivo" comporta.

retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione, RIDL, 2010, I, 719 ss.; BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, 57 ss.; RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata*, Torino, 2012; PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione*, in GRAGNOLI-PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Milano, 2012, 38 ss.; e CATAUDELLA M.C., *La retribuzione nel tempo della crisi*, 2013, 17 ss., e, con riferimento alla tematica previdenziale, 102 ss..

⁷² V. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, 73 ss..

⁷³ Comprensivo, tale "minimo retributivo" costituzionale, della 13a mensilità e dell'indennità di contingenza "congelata" nell'ormai lontano 1993. V., per tutti, PALLADINI, *I principi costituzionali*, cit., 45 ss.. Peraltro, nemmeno sulla determinazione delle voci retributive ascrivibile all'equa retribuzione si registrano significative incertezze: v. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata*, cit., 38.

⁷⁴ Criticamente sul punto, FONZO - PANDOLFO - SGROI (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, cit., 135..

4. Il cd. “minimale contributivo” e il “contratto leader”

Com'è noto, il meccanismo legislativo preordinato all'individuazione del cd. “minimale contributivo” si basa sulla regola del “doppio binario”⁷⁵: mentre il minimo retributivo contrattualmente dovuto coincide con l' “equa retribuzione” costituzionale, indipendentemente dall'applicabilità *iure communi* di un contratto collettivo, l'individuazione del “minimale contributivo” è invece operata tramite il rinvio ai “*contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*”.

Il “doppio binario” vale anche ai fini della identificazione dell'ambito entro il quale operare la selezione del contratto: mentre nel caso del minimo retributivo la giurisprudenza, mostrando un pragmatismo coerente con la natura sostanzialmente equitativa di un giudizio direttamente applicativo di un principio costituzionale, fa uso strumentale dell'art. 2070 cod. civ. - pur riconoscendone l'inapplicabilità ai contratti collettivi di diritto comune⁷⁶ - ; nel caso del minimale contributivo il legislatore detta una norma *ad hoc*, finalizzata a risolvere sia il problema della “categoria”⁷⁷, sia quello della possibile pluralità di contratti collettivi “qualificati”, disponendo che, “*in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali*” sia “*quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*”⁷⁸.

⁷⁵ Così si esprime Cass. n. 801/2012.

⁷⁶ V. Cass., sez. un. n. 2665/1997, secondo cui “*l'art. 2070 c.c., comma 1 (in base al quale l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore) non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune ... ; ... con la conseguenza che, nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato*”. Cfr, *ex plurimis*, Cass. nn. 12608/1999; 8565/2004; 16340/2009; 26742/2014.

⁷⁷ V., sul punto, G. SANDULLI, *Fiscalizzazione degli oneri sociali e pluralità di contratti collettivi*, nota a Cass. n. 4803/1997, MGL, 1997, 897 ss..

⁷⁸ Sulla questione v., da ult. , la circolare n. 3/ 2018 con cui l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, illustrata la rilevanza e ampiezza degli effetti che l'ordinamento ricollega alla applicazione di contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, detta precise istruzioni agli organi ispettivi, ma omette significativamente di precisare quali siano gli indici della predetta rappresentatività e l'ambito della loro rilevazione.

Ci sembra evidente che, a questa stregua, mentre il problema della “categoria” è lasciato irrisolto⁷⁹, ma sostanzialmente rimesso a operazioni interpretative del tutto assimilabili a quelle operate dalla giurisprudenza applicativa dell’art. 36 Cost.⁸⁰, quello della pluralità di contratti “qualificati” insistenti sulla medesima categoria è invece affidato a quella formula della “rappresentatività comparativamente maggiore”, che sarebbe poi diventata il *leit motif* della successiva legislazione di rinvio, per poi confluire sotto traccia nella più recente regolazione interconfederale della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva, dove il tema della rappresentatività, declinato in termini “maggioritari”, si mescola a quello della legittimazione a contrattare e a quello della cd. “validazione” dei contratti⁸¹.

Peraltro, l’adozione della formula del “contratto collettivo *leader*” enfatizza sia il problema della sperequazione tra la “retribuzione dovuta” e quella imposta come minimale contributivo, sia quello del riflesso sulla retribuzione computabile ai fini pensionistici.

Ciò è ben illustrato in una sentenza con cui la S.C. ha osservato che *“colui al quale viene legittimamente erogata una retribuzione inferiore a quella prevista dal contratto leader, viene costretto, per la quota di contribuzione a proprio carico, ad un esborso che non trova corrispondenza con quanto percepito ed è proporzionalmente maggiore all’onere posto a carico di altro dipendente cui viene invece applicato il contratto leader, senza peraltro direttamente incidere sulla prestazione pensionistica da conseguire”*; traendone la necessità di applicare “il criterio del minimale ... *“con il debito rigore, ai fini di una interpretazione costituzionalmente coerente con il principio di ragionevolezza, stante l’indubbio*

⁷⁹ Tant’è vero che una delle più impegnative missioni dell’attuale CNEL - anche in ragione delle onerose “funzioni” ad esso delegate dal cd. “Testo unico sulla rappresentanza del 10.1.2014” - , è quella di “effettuare una precisa ricognizione dei perimetri della contrattazione collettiva nazionale di categoria, nonché una ricognizione dei soggetti che, nell’ambito di ciascun perimetro contrattuale, risultano firmatari di CCNL”: GHIGIARELLI, *Le conseguenze dell’applicazione dei contratti collettivi di lavoro pirata*, in CNEL, Notiziario dell’archivio contratti, n. 29/2018, nuova serie, in www.cnel.it, 10 ss..

⁸⁰ V., infatti, Cass. n. 801/2012, dove si legge che *“per ‘categoria’ non si può che intendere come il settore produttivo in cui opera l’impresa, risultando altrimenti incongruo l’obbligo di applicazione, sia pure ai soli fini contributivi, di una contrattazione collettiva vigente in un settore diverso, stante il rilievo pubblicistico della materia, che non può consentire riserve a scelte soggettive, pena, diversamente, l’illogicità del sistema”*. V. SGROI, *Fiscalizzazione degli oneri sociali, sgravi contributivi e rispetto della contrattazione collettiva d parte di impresa appartenente a un settore privo di contrattazione collettiva*, in www.INPS.it, che fa riferimento al criterio della “maggiore affinità”.

⁸¹ La tematica è estranea al nostro contributo, e affidata ad altro relatore. Ci sia pertanto consentito solo rinviare a TURSI, *L’accordo del 31 maggio su rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei Ccnl: appunti in tema di rappresentatività, legittimazione negoziale, efficacia soggettiva e contrasto agli “accordi separati”*, DRI, n. 3/2013, 642 ss..

onere che ne consegue a carico non solo del datore di lavoro, ma anche del lavoratore ⁸².

L'ammonimento è condivisibile, ma non risolutivo: non solo per il già rilevato limite intrinseco di un quadro normativo che disegna, in realtà, un "massimo imponibile" piuttosto che un "minimo", ; ma anche per ragioni esegetiche.

Continua, infatti, ad apparire opaca la modalità di conciliazione tra il principio di libertà sindacale e la selezione eteronoma della cd. "categoria" di riferimento, che la norma impone.

A ben vedere, infatti, la soluzione della "maggiore affinità" merceologica, che pragmaticamente si propone per risolvere tale problema ⁸³, si basa su una accezione di "categoria" diversa da quella propria del linguaggio giuridico-sindacale: mentre, infatti, dal punto di vista gius-sindacale, la "categoria" altro non è che la concettualizzazione *a posteriori* della collettività dei destinatari del contratto collettivo ⁸⁴, la "categoria" cui allude l'art. 1 della legge n. 389/1989, come autenticamente interpretato dall'art. 2, comma 25°, della legge n. 549/1995, è un costrutto normativo che va decodificato con criteri eteronomi.

Peraltro, l'operazione selettiva non è limitata alla sola individuazione della "categoria", ma anche alla individuazione del contratto *leader* nell'ambito di una pluralità di contratti stipulati da sindacati maggiormente rappresentativi, tutti insistenti, per l'appunto, sulla medesima "categoria": ciò comporta una - più o meno consapevole - oggettivazione delle "categorie" espresse dagli stessi contratti "qualificati" - ⁸⁵.

⁸² Così, Cass. n. 801/2012, la quale ha escluso che possa farsi riferimento al contratto *leader* ai fine di stabilire se il lavoratore abbia prestato lavoro straordinario da assoggettare a contribuzione, dovendosi a tal fine prendere in considerazione l'orario normale di lavoro stabilito dal contratto collettivo applicabile *iure communi*. V., in dottrina, da ult., i rilievi di NICOLINI, *I problemi della contribuzione*, cit., 52 ss..

⁸³ V. Cass. n. 8177/2001, con nota di SGROI, *Fiscalizzazione degli oneri sociali, sgravi contributivi e rispetto della contrattazione collettiva d parte di impresa appartenente a un settore privo di contrattazione collettiva*, in www.INPS.it..

⁸⁴ Includente sia l'ambito cd. "soggettivo" che quello cd. "oggettivo" di applicazione del contratto. Infatti, la pacifica applicabilità - se così vogliono le parti - di un contratto collettivo riferito a "categoria merceologica" diversa da quella (convenzionalmente o amministrativamente, e non certo *in rerum natura*) attribuibile all'azienda, si basa sull'inespresso assunto che la stessa distinzione tra "ambito oggettivo" e "ambito soggettivo" sia priva di fondamento oggettivo; o meglio, che la prima sia solo un riflesso della seconda.

⁸⁵ Per es., considerando "categoria" il solo ambito oggettivo di attività, si da imporne l'applicazione, ai fini contributivi, a datori di lavoro che applichino un contratto "non qualificato", il quale, pur riguardando il medesimo ambito oggettivo di attività, faccia riferimento anche alla natura "artigiana", o "non profit", o alla dimensione occupazionale" dell'impresa.

Il problema, si badi, non attiene tanto alla difficoltà (ricognitiva e numerica, non concettuale) dell'operazione "comparativa", ma, ancora una volta, alla individuazione dell'ambito entro il quale operare la comparazione: questa, infatti, va operata tra tutti i contratti stipulati da sindacati maggiormente rappresentativi operanti in una medesima "categoria", e dunque, anche in questo caso, sarà necessario individuare la categoria, riproponendosi il problema della sua accezione "para-merceologica", ovvero della sua riferibilità anche ad elementi soggettivo-sindacali (quali, in ipotesi, la natura artigiana, cooperativa, piccola, ecc., dell'impresa).

Questa esigenza, infatti, è chiaramente attestata dal franco (e un po' ingenuo) gergo utilizzato dal recente accordo interconfederale del 28 febbraio 2018 su "Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva", che, chiamando il CNEL a "*una precisa ricognizione dei parametri della contrattazione collettiva di categoria*", esplicita il "*fine di garantire più stretta correlazione tra CCNL applicato e reale attività di impresa*".

Si tratta di problemi forse non irrisolvibili, ma che presentano un tasso di opinabilità difficilmente compatibile con l'esigenza di certezza, equità ed efficienza economica che è propria della materia.

Vero è che il meccanismo operante sulla base dell'art. 1 della legge n. 389/1989, come autenticamente interpretato dall'art. 2, comma 25°, della legge n. 549/1995, è basato su una tecnica - quella del rinvio ("fattizio"⁸⁶) ad una fonte contrattuale collettiva "qualificata" - , che, se ha senso nella logica dell'integrazione funzionale tra fonti legali e fonti contrattuali collettive⁸⁷ - , non lo avrebbe più una volta ricondotta la base di calcolo contributiva, alla retribuzione sufficiente: più esattamente, quale che sia la modalità di determinazione della retribuzione sufficiente (quella consolidata nell'attuale assetto ordinamentale, affidata alla giurisprudenza attuativa del precetto costituzionale; ovvero una legge sull'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi⁸⁸, o ancora una legge sui minimi salariali⁸⁹), non avrebbe senso

⁸⁶ Ci riferiamo alla fortunata elaborazione teorica di PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 2004.

⁸⁷ Sul tema, estraneo alla nostra analisi, ci limitiamo a richiamare, oltre al già citato PROIA, *Questioni*, cit., tra gli interventi più recenti: PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, DLRI, 2015, 411 ss.; PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, DRI, 2014, 378 ss.. V. pure, se vuoi, TURSI, *Il contratto collettivo tra ius commune e auxiliary legislation*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, 663 ss..

⁸⁸ Attuativa dell'art. 39 Cost., e/o di recepimento degli accordi interconfederali del 2011-2014, qualora si ritenesse ciò conforme al 4° comma dell'art. 36).

⁸⁹ V. sul tema, DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2016, spec. cap. II, con riferimento al ruolo della contrattazione collettiva; MENEGATTI, *Il salario minimo legale*, Torino, 2017, spec. 100 ss.. V. pure RAVELLI, *Il reddito minimo*, Torino, 81 ss., che individua negli artt. 36 e 38 Cost. i fondamenti indiretti e tendenziali per un intervento legislativo in materia.

prevedere un meccanismo diverso per l'individuazione della base di calcolo dei contributi previdenziali.

Chi scrive non ha le competenze per valutare l'impatto finanziario della limitazione della base di prelievo al minimo retributivo costituzionale, sui bilanci degli enti previdenziali; ma tale impatto dovrebbe valutarsi nel quadro di una complessiva razionalizzazione della disciplina della contribuzione previdenziale, che dovrebbe necessariamente includere interventi radicali sulla pletorica e disorganica normativa degli sgravi contributivi⁹⁰, in larga parte spiegabili proprio in chiave di strisciante modalità di ridimensionamento degli oneri previdenziali gravanti sul lavoro.

Certo è che, una volta ricondotto il perimetro del finanziamento della previdenza obbligatoria alla "retribuzione costituzionale", la valenza corrispettiva della retribuzione avrebbe modo di esplicitarsi appieno sul versante della previdenza contrattuale: e ciò sia sul piano qualitativo - venendo la base di calcolo⁹¹ potenzialmente a coincidere con la retribuzione-corrispettivo - , che sul piano quantitativo - venendo il *quantum* di retribuzione da destinare alla previdenza contrattuale a essere rimesso all'autonomia collettiva e (nei limiti da questa posti) individuale - .

Elementi oggettivamente coerenti con il prospettato scenario emergono, ancora una volta, dall'accordo interconfederale del 28 febbraio 2018 su "*Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva*".

In primo luogo, esso distingue il "*trattamento economico minimo*" (cd. "TEM") dal "*trattamento economico complessivo*" (cd. "TEC") con un rigore geometrico che appare pensato proprio per segnare il limite tra la retribuzione - "obbligazione sociale" e la eccedente quota di "retribuzione-corrispettivo".

Il TEC, poi, espressamente ricomprende "*anche le eventuali forme di welfare*" che, come tutti gli emolumenti ricadenti nel TEC, sono "*comuni a tutti i lavoratori del settore*": così chiarendosi, nel contempo, due questioni di grande rilievo: che dette forme non fanno parte della retribuzione costituzionalmente garantita; e che possono essere rese obbligatorie - per il datore di lavoro - dal contratto nazionale di categoria .

Il richiamo al "*welfare contrattuale*" o "*integrativo*", peraltro, va inteso ampiamente come sinonimo di "previdenza contrattuale": com'è testualmente reso manifesto dal riferimento alla "previdenza complementare", all'"assistenza sanitaria integrativa", alla "tutela dell'autosufficienza", e alle "prestazioni di welfare sociale e per la

⁹⁰ V., per tutti, MASTRANGELI-NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, cit., 362 ss.; MESITI, *Diritto previdenziale*, Milano, 2018, 69 ss..

⁹¹ Non la natura giuridica, però: v. avanti.

conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”⁹²; e più in generale, dal fatto che l’accordo si apre generosamente alla prospettiva sistematica di una previdenza complementare che assurge a “*elemento qualificante del nostro sistema di protezione sociale*”.

Sotto questo profilo, va rilevato il nesso con le recenti previsioni legislative che hanno gettato un ponte tra *welfare* aziendale, contribuzione alla previdenza complementare, e i “*contratti collettivi di produttività*”, prevedendo che i contributi alle forme pensionistiche complementari e alle casse e ai fondi di assistenza sanitaria, “*versati per scelta del lavoratore in sostituzione dei premi di risultato monetari*”, beneficino dello sgravio fiscale anche se eccedenti i limiti di ordinaria deducibilità⁹³.

*

5. Dalla retribuzione con funzione previdenziale alla previdenza contrattuale

Come s’è detto, la rimeditazione della nozione di retribuzione da assoggettare a contribuzione a favore della previdenza obbligatoria è strettamente collegata al ruolo che s’intende attribuire alla previdenza contrattuale.

Infatti, l’opzione prospettata comporterebbe la definitiva revisione del tradizionale modo di concepire il confine tra previdenza contrattuale e previdenza sociale: il superamento, cioè, della teoria che riconduce la previdenza sociale alla sicurezza sociale e la previdenza contrattuale (dei lavoratori dipendenti) alla retribuzione; e che, conseguentemente, coglie il *proprium* della previdenza contrattuale nella

⁹² Ciò non implica, a nostro avviso, che la previdenza complementare possa essere resa obbligatoria per i lavoratori, superandosi il principio di libertà dell’adesione individuale sancito dagli artt. 1, comma 2° e 3, comma 3°, del d. lgs. n. 252/2005. Sulla questione, v., per tutti e su opposte posizioni, PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, ADL, 2001, 730; e PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del welfare*, Milano, 2000, I, 59. Riassuntivamente, BOLLANI, *Fonti istitutive e autonomia collettiva nella riforma della previdenza complementare*, in TURSI (diretto da), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, Padova, 2007, 597 ss..

⁹³ Inoltre, i contributi alle forme pensionistiche complementari, versati con le modalità predette, non concorrono a formare la parte imponibile delle prestazioni pensionistiche complementari. V. l’art. 1, comma 184-bis, della legge n. 208/2015, introdotto dall’art. 1, comma 160, lett. c) della legge n. 232/2016.

distinzione tra una natura (o struttura⁹⁴) retributiva, e una funzione previdenziale, di cui sarebbe prototipo il trattamento di fine rapporto⁹⁵.

Il tema, parallelo ma non coincidente con quello della “causalità” o “astrattezza” della retribuzione imponibile ai fini contributivi, è rimasto a lungo sotto traccia rispetto a quest’ultimo⁹⁶, fino a quando l’irruzione della previdenza complementare nello scenario previdenziale non lo ha posto al centro dell’attenzione, provocando i noti pronunciamenti con cui la Corte Costituzionale è pervenuta ad affermare *apertis verbis* la natura previdenziale dei contributi datoriali alla previdenza complementare.

Analoga questione si è posta a proposito delle somme versate dal datore di lavoro alle casse edili⁹⁷: ragionando attorno alla *ratio* del 6° comma dell’art. 12 della legge n. 153/1969, che assoggetta a regolare contribuzione le somme “*versate alle casse edili per ferie, gratifica natalizia e riposi annui*”, e a contribuzione assai ridotta quelle versate “*ad altro titolo*”, dottrina e giurisprudenza hanno prevalentemente fondato l’assoggettamento integrale del primo gruppo di voci sulla loro natura retributiva, essendo i contributi in parola nulla più che la mutualizzazione di istituti retributivi⁹⁸; mentre la quasi piena esclusione dei contributi dovuti ad “altro titolo” è stata giustificata con la “diversa finalità volta ad assicurare al lavoratore prestazioni sanitarie, previdenziali o assistenziali”⁹⁹.

Una giurisprudenza minoritaria è giunta, in proposito, ad affermare che “*Gli accantonamenti e i contributi alle casse edili non hanno natura retributiva, ma fanno parte di un rapporto previdenziale facoltativo, instaurato tra le parti volontariamente e non dovuto per legge. Pertanto, il relativo credito non può essere ricompreso nell’ambito del privilegio accordato dall’art. 2751-bis, n. 1, c.c., che riguarda esclusivamente somme aventi natura di retribuzione*”¹⁰⁰.

⁹⁴ Ma v., a conferma della a-sistematicità di tali distinzioni, la risposta a interpello MLPS n. 11/2008, dove si distingue una “struttura contributiva” da una “natura retributiva”.

⁹⁵ La tesi di Persiani è limpidamente riproposta, da ult., in PERSIANI-D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2018, 340 ss..

⁹⁶ V., per tutti, CINELLI-GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, in CINELLI, *La previdenza complementare*, Milano, 2010, 271-272.

⁹⁷ Accostano le due fattispecie anche MASTRANGELI - NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, cit., 128.

⁹⁸ Sicché “*Il lavoratore al quale la Cassa edile non abbia corrisposto la retribuzione feriale e festiva e le gratifiche natalizie a causa del mancato versamento dei relativi contributi da parte del datore di lavoro, non ha azione nei confronti della cassa edile ma solo nei confronti del datore di lavoro, poiché il credito fatto valere ha natura retributiva e non previdenziale*”: Cass. n. 6869/2012, con nota di FONTANA, *Sul rapporto tra casse edile, datore di lavoro e lavoratore*, ..., 1052 ss.). La norma va letta anche alla luce della previsione di cui all’art. 9-bis, comma 4, della legge n. 166/1991, che reca analoga previsione con riferimento alle “*somme versate o accantonate ... presso casse, fondi, gestioni o forme assicurative previsti da ... contratti collettivi per la mutualizzazione di oneri derivanti da istituti contrattuali*”.

⁹⁹ MADONIA-PUNZI-TERSIGNI, *L’imponibile contributivo*, cit., 130.

¹⁰⁰ Trib. Modena 22.9.2000, LG, n. 7/2001, con commento di RONDO.

In effetti, dal riconoscimento della natura retributiva o previdenziale dei versamenti effettuati dal datore di lavoro a forme di previdenza contrattuale discendono conseguenze rilevanti non solo per quanto attiene alla determinazione dell'imponibile contributivo, ma sull'intero regime giuridico delle suddette attribuzioni patrimoniali.

Senonché, mentre la questione dell'assoggettabilità a contribuzione obbligatoria ha trovato, alla fine, una soluzione normativa, essendosi il legislatore allineato ai *dicta* della Corte Costituzionale, sancendo espressamente l'esclusione da contribuzione previdenziale dei predetti versamenti e l'assoggettamento a un diverso contributo di solidarietà¹⁰¹, la questione del regime giuridico dei predetti contributi è rimasta nell'incertezza, non essendosi la teorica della retribuzione con funzione previdenziale dimostrata idonea a dirimerla.

A tale proposito potrebbe dirsi che, come "l'idea della sicurezza sociale"¹⁰² ha potuto dettare le linee generali interpretative di un assetto normativo che, proprio a cagione della sua irrisolutezza sistematica, si prestava, e tuttora si presta, a essere letto sia in quella chiave che in chiavi diverse¹⁰³; allo stesso modo l'"idea" della "retribuzione con finalità previdenziale" ha potuto fornire (tra l'altro) la chiave di lettura della esclusione dall'imponibile contributivo dei contributi alla previdenza complementare, ma non è stata in grado di fornire a tale esclusione "*il fondamento ontologico che ancora mancava nella provvisorietà della soluzione individuata dal legislatore*"¹⁰⁴.

In breve, l'idea della retribuzione con funzione previdenziale - peraltro non priva di importanti assonanze civilistiche¹⁰⁵ -, ha assunto un centrale rilievo sistematico, ma ha dimostrato un insufficiente impatto esegetico, non risultando, alfine, chiaro se il regime giuridico del singolo istituto vada individuato in base alla funzione (previdenziale) o in base alla natura (retributiva).

¹⁰¹ Per la puntuale ricostruzione della vicenda, v. CINELLI-GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, cit., 269 ss..

¹⁰² PERSIANI-D'ONGHIA, *Fondamenti*, cit., 8 ss. e *passim*.

¹⁰³ V., da ult., PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà*, cit..

¹⁰⁴ CINELLI-GIUBBONI, *La disciplina del finanziamento*, cit., 276.

¹⁰⁵ Che tra funzione e strutture negoziali non vi sia un rapporto di astratta correlazione e di necessaria interdipendenza, è tesi sostenuta, nella dottrina civilistica, da PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2000, 59 ss.. E che "*la tecnica (o la forma) della retribuzione può anche assolvere a scopi lato sensu previdenziali*", è affermazione di un civilista avvezzo alle incursioni nel diritto del lavoro, come DI MAJO, *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva*, RGL, 1982, I, 410. Osserva l'A., a tale proposito, che gli "*elementi finalistici*" dell'obbligazione retributiva incidono "*sulla struttura e/o sulla forma di una obbligazione retributiva alla quale, almeno formalmente, ancora si addice la qualifica di prezzo e/o corrispettivo di una prestazione ricevuta*" (440), concludendo che, nel caso dell'obbligazione retributiva, la natura pecuniaria spiega il differimento a prestazione avvenuta, mentre la finalità sociale spiega la garanzia di effettività apprestata dall'ordinamento.

Sul punto, ci sia consentito solo evocare nostre risalenti riflessioni ¹⁰⁶, in cui abbiamo tentato di dimostrare l'insufficienza euristica del concetto di retribuzione con funzione previdenziale al fine di risolvere numerose questioni, insorte con riferimento ai contributi di previdenza complementare, quali la (non) spettanza del contributo datoriale ai lavoratori non associati al fondo pensione, la sua (non) computabilità nella base di calcolo del TFR ¹⁰⁷, la sua indisponibilità (assoluta *ex art. 2115 cod. civ.*, o relativa *ex art. 2113 cod. civ.*), il regime della prescrizione e quello dei privilegi.

Le conclusioni alla quali eravamo allora pervenuti e che qui riproponiamo, sono riassumibili in una premessa classificatorio-definitoria, e nei suoi corollari applicativi quanto a regime giuridico applicabile.

La premessa definitoria sta nella ritenuta necessità di distinguere, nella previdenza complementare, il rapporto contributivo da quello avente ad oggetto la prestazione, seppure in guisa diversa da quanto avviene nella previdenza obbligatoria, e cioè riconoscendo natura lavoristicamente corrispettiva, ma non retributiva, all'obbligazione contributiva, e natura parimenti corrispettiva, ma non lavoristica, all'obbligazione avente a oggetto la prestazione complementare.

Il fondamento teorico di siffatta classificazione è da ricondurre, per un verso, alla radicazione lavoristica dell'obbligazione contributiva datoriale, confortata dal dato positivo di una norma - l'art. 5 del d.lgs. n. 82/1990 - che definisce espressamente tale obbligazione come "credito" del lavoratore; e per l'altro, dalla qualificazione della predetta obbligazione in termini "previdenziali", confortata dalla nota giurisprudenza della Corte Costituzionale.

E' in questo duplice dato - la natura corrispettiva e previdenziale - che consiste, a nostro avviso, l'essenza della previdenza complementare.

Di qui una indicazione precisa sul criterio di selezione della disciplina applicabile, tale per cui saranno inapplicabili le norme che facciano capo a caratteristiche, sia della previdenza obbligatoria che della retribuzione, non riscontrabili nella previdenza complementare, quali l'obbligatorietà (sul versante previdenziale: donde l'indisponibilità assoluta *ex art. 2115 cod. civ.*) e la sufficienza (sul versante retributivo: donde la non spettanza in caso di mancata adesione al fondo pensione); e applicabili le regole del diritto dei contratti che non siano proprie e specifiche dell'obbligazione retributiva (per es., l'art. 2113 cod. civ., che non è riferito ai crediti

¹⁰⁶ V. TURSI, *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva del datore di lavoro nelle forme pensionistiche complementari*, RPPP, n. 4/2002, 489 ss..

¹⁰⁷ Esclusa da ult., dopo alterne vicende, da Cass. sez. un. n. 4684/2015, poiché "i versamenti del datore di lavoro nei fondi di previdenza complementare ... hanno natura previdenziale, non retributiva", e ciò, si badi, "sia che il fondo abbia personalità giuridica autonoma, sia che consista in una gestione separata dal datore stesso"; e sia "per il periodo successivo", che per quello "anteriore alla riforma di cui al d.lgs. n. 124/2003".

retributivi, bensì ai “diritti ... derivanti da norme inderogabili della legge e ... dei contratti collettivi”).

Quanto all’obbligazione pensionistica contrattuale: anch’essa ha carattere corrispettivo; ma il nesso di corrispettività intercorre, in questo caso, con la contribuzione effettivamente versata, e dunque attiene ad un rapporto diverso da quello di lavoro: un rapporto la cui natura previdenziale si dispiega pienamente sul versante finalistico, attraverso vincolanti requisiti di godimento ed effettive misure di garanzie delle prestazioni.

Di qui un altrettanto preciso criterio di selezione della disciplina applicabile, tale per cui troveranno spazio norme e principi della previdenza pubblica, che non siano inscindibilmente collegati all’obbligatorietà di quest’ultima e alla natura amministrativa dei relativi procedimenti.

E così, a titolo esemplificativo, gli atti dispositivi dei diritti alle prestazioni saranno nulli ex art. 2115 cod. civ.; non opererà il principio di automaticità delle prestazioni; l’intervento del fondo di garanzia disciplinato dall’art. 5 del d.lgs. n. 80/1992 non sarà condizionato alla prescrizione dei contributi, e lo stesso fondo di garanzia è distinto sia da quello a tutela dei crediti retributivi (art. 1), che da quello posto a presidio della posizione pensionistica pubblica (art. 3)¹⁰⁸.

In questa prospettiva, l’*ubi consistam* della “natura previdenziale” non è riconducibile alla valenza solidaristica dell’ “*idea della sicurezza sociale*”, ma ad una valutazione discrezionale del legislatore, il quale, in considerazione della meritevolezza del fine perseguito dalla previdenza privata¹⁰⁹, riconosce ai relativi atti negoziali un “effetto minimo inderogabile”, metanegoziale, consistente nell’attribuzione di rilievo “reale” al vincolo di destinazione da essi impresso al risparmio dei “lavoratori”¹¹⁰.

¹⁰⁸ V., se vuoi, TURSÌ, *Il regime giuridico delle prestazioni di previdenza complementare*, in AA. VV., *Diritto del lavoro: i nuovi problemi. L’omaggio dell’Accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, 1731 ss..

¹⁰⁹ Meritevolezza da valutarsi in relazione a finalità che ben possono includere quello della conservazione del tenore di vita conseguito nel periodo lavorativo: un siffatto obiettivo, che fino a epoca recente era introiettato dalla stessa previdenza obbligatoria, non solo è legittimo, ma anche coerente con la “libertà dell’assistenza privata” sancita dal 5° comma dell’art. 38 Cost. In questo senso, ha ragione chi critica la tesi della “funzionalizzazione” della previdenza privata rispetto a quella obbligatoria, osservando che la “complementarietà” della prima riguarderebbe le prestazioni, e non le funzioni (v., riassuntivamente, PERSIANI-D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 341). Sarebbe più corretto parlare di promozione della previdenza privata che operi nell’ambito di interessi considerati socialmente rilevanti, secondo parametri di ragionevolezza e compatibilità: per esempio, limitando i benefici fiscali entro determinate soglie, e imponendo un contributo di solidarietà, come avviene nel caso della previdenza complementare.

¹¹⁰ V., in tal senso, la *Relazione parlamentare all’art. 3 della L. n. 133/1999* (delega per il riordino della fiscalità della previdenza complementare e per la disciplina della previdenza individuale), ove

Se di “solidarietà” deve parlarsi, dunque, essa non va intesa nel senso pregnante (e ideologicamente impegnativo) della necessaria partecipazione di una collettività solidale (tanto meno, di una collettività allargata, anche in termini intergenerazionali, all’universa compagine sociale¹¹¹), bensì nel più limitato senso¹¹², che al risparmio previdenziale è sempre impresso, come minimo, un vincolo di scopo, che lo priva di qualsiasi connotato lucrativo o speculativo, e al quale l’ordinamento riconosce efficacia “reale”¹¹³; vincolo cui inerisce pur sempre un minimo effetto mutualistico, consistente nella perdita (e conseguente redistribuzione tra i partecipanti) del contributo in caso di recesso volontario senza fruizione della prestazione.

Pertanto, non potrà negarsi la natura previdenziale, né affermarsi la natura retributiva, di contribuzioni datoriali a favore di forme previdenziali private, sulla base di considerazioni attinenti al carattere non solidaristico, o non integralmente mutualistico, delle prestazioni erogate¹¹⁴.

Riprendendo e sviluppando l’intuizione di un civilista che ha studiato l’obbligazione retributiva come tipo speciale di obbligazione pecuniaria¹¹⁵, può dirsi che, come l’obbligazione retributiva è un mezzo di pagamento per soddisfare esigenze di consumo compatibili con la libertà e la dignità dei lavoratori, così l’obbligo contributivo è uno strumento di risparmio vincolato all’acquisito di “mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori”, o alla soddisfazione di interessi socialmente rilevanti ulteriori, se e nei limiti in cui il legislatore li consideri meritevoli di tutela privilegiata.

*

si afferma che “il risparmio previdenziale individuale, al pari di quello collettivo, deve essere caratterizzato .. dal vincolo di scopo e temporale in cui si sostanzia la garanzia previdenziale”.

¹¹¹ Così invece, come noto, PERSIANI, a cominciare dall’opera “*Il sistema della previdenza sociale*”, Padova, 1960, 138 ss. e *passim*.

¹¹² Nozione “debole”, “leggera” e “minima”, la definisce GIUBBONI, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Bari, 2009, 48.

¹¹³ Anche nell’ipotesi - contemplata dall’art. 2117 cod. civ. - in cui esso sia assorbito nella struttura sinallagmatica di un rapporto di lavoro, e quindi si svolga del tutto al di fuori di un “rapporto giuridico previdenziale” in senso stretto. Sulla nozione di “rapporto giuridico di previdenza sociale”, e (soprattutto) sulla sua critica, v. la sintesi di CINELLI, *Rapporto giuridico di previdenza sociale*, DDP – sez. comm., 1996, 47 ss..

¹¹⁴ Non è, quindi, condivisibile l’approccio della circolare 29.3.2018, n. 5/E, dell’Agenzia delle Entrate, nel punto in cui ha negato la spettanza del beneficio fiscale riconosciuto dall’art. 51, comma 2, lett. a) del TUIR alle casse sanitarie che operino senza rispettare “principi di mutualità”, prevedendo “per ciascun iscritto/dipendente, una stretta correlazione fra quanto percepito dalla cassa a titolo di contribuzione ed il valore della prestazione resa nei confronti del lavoratore, o dei suoi familiari e conviventi, al punto che la prestazione sanitaria - sotto forma di prestazione diretta ovvero di rimborso della spesa - ove erogata, non possa comunque mai eccedere, in termini di valore, il contributo versato dal dipendente o dal suo datore di lavoro”.

¹¹⁵ DI MAJO, *Aspetti civilistici dell’obbligazione contributiva*, cit. 405 ss., 440.

6. Previdenza contrattuale e *welfare* aziendale

Ciò che oggi rientra nella generica ed a-sistematica dizione di “welfare aziendale” (o territoriale), è riconducibile a misure che spaziano dal diritto corrispettivo (forma indiretta di retribuzione), al diritto non corrispettivo (es. diritto al *part time*, alla flessibilità oraria, al “lavoro agile”), alle politiche *strictu sensu* retributive, fino alle politiche del lavoro (politiche di conciliazione/*work-life* bilance, politiche *family-friendly*)¹¹⁶.

Se si eccettuano la previdenza complementare (aziendale e territoriale) - che è oggetto di specifica e organica disciplina legislativa - , e gli ammortizzatori sociali contrattuali - che oltre a essere organicamente disciplinati, si contraddistinguono all'interno della previdenza contrattuale per la loro obbligatorietà - il welfare aziendale è scomponibile in due pilastri: l'uno, contributivo-assicurativo, riconducibile all'assistenza sanitaria integrativa disciplina dall'art. 9, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502¹¹⁷; l'altro, consistente in una vasta congerie di benefici generalmente non monetari (*fringe benefits*, retribuzione in natura, beni e servizi aziendali per la generalità dei dipendenti o loro familiari), che non necessariamente si basano su meccanismi contributivo-assicurativi¹¹⁸.

Con riferimento alle forme contributive, sembra possano valere le considerazioni svolte a proposito della previdenza complementare, dalle quali può trarsi, tra le indicazioni praticamente più rilevanti, l'esclusione dei relativi contributi dalla base di calcolo degli istituti retributivi indiretti e differiti (anche in assenza di esplicita previsione delle fonti collettive).

Quanto alle forme non contributive, l'osservazione più pregnante che l'analisi finora svolta ci suggerisce, è che esse dimostrano appieno i limiti concettuali della deriva parafiscale dell'imponibile previdenziale.

Lo attesta efficacemente la vicenda della esclusione dall'imponibile, della “*utilizzazione, da parte dei dipendenti o dei loro stretti familiari, di opere e servizi per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto*”: esclusione che la norma fiscale originariamente riconosceva solo

¹¹⁶ V. TURSI, *Welfare aziendale: profili istituzionali*, RPS, n. 3/2012, 223 ss.; PANDOLFO, *Principi costituzionali e regole generali del welfare contrattuale*, in TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Milano, 2016, 53 ss.; GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Milano, 2017, 161 ss.; CHIAROMONTE-VALLAURI, *Modelli ed esperienze di welfare aziendale*, Torino, 2018, 26 ss..

¹¹⁷ V., per tutti, SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, cit., 84 ss..

¹¹⁸ Com'è la regola, invece, negli U.S.A., in cui operano *Welfare* e *Benefit Plans*, oggetto di organica disciplina sostanziale e fiscale, in parte comune ai fondi pensione. V. HESS-GOLDSTEIN, *Cafeteria Plans as a Compensation Tool*, 7 L.A.Law, 1984-1985, 23; KENNEDY-SHULZ, *Employee Benefits Law: Qualification and ERISA Requirements*, Lexis Nexis, 2012.

alle opere e ai servizi che il datore di lavoro offrisse “*volontariamente*”, e che solo con la legge di bilancio per il 2016 è stata estesa a quelle erogate “*in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale*”¹¹⁹.

La vicenda è significativa non solo perché ha sbloccato il congegno fiscale dell’art. 51 TUIR, liberando le potenzialità del *welfare* aziendale; ma anche, sotto il profilo teorico, perché ha messo in luce come l’elemento della “*volontarietà*”¹²⁰, che riveste incerto e ambiguo rilievo euristico al fine di escludere la natura retributiva di un emolumento¹²¹, sia stato considerato a lungo dal legislatore fiscale come dirimente al fine di escludere l’imponibilità; mentre quel medesimo elemento riveste una valenza opposta nella logica lavoristico-previdenziale, in cui la genesi negoziale collettiva assurge a vettore promozionale della previdenza privata¹²².

Ciò è tanto vero, che l’entrata del *welfare* aziendale nell’età adulta è stata segnata proprio dal superamento del dogma della volontarietà, compendosi appieno, infine, con il virtuoso innesto nella retribuzione di produttività a genesi contrattuale collettiva¹²³.

Infatti, una volta ammesso che anche ciò che è corrispettivo può essere fiscalmente incentivato (giacché la ragione della non imposizione sta nella meritevolezza del fine e non nella natura liberale), il passo successivo è stato quello di ammettere che può essere fiscalmente incentivato anche ciò che è funzionalmente equivalente alla retribuzione, in quanto sostitutivo di questa, disponendosi che le misure di cd. *welfare* aziendale¹²⁴ godono del beneficio fiscale loro proprio “*anche nell’eventualità in cui gli stessi siano fruiti, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte*” dei premi di produttività, nei limiti di reddito e di ammontare massimo stabiliti per tali premi¹²⁵.

Sicché, fermo restando l’incondizionato beneficio fiscale e contributivo stabilito dall’art. 51 del TUIR nelle ipotesi in cui le misure ivi contemplate siano - per così dire - “*originariamente*” welfaristiche”, il legislatore differenzia, invece, il regime, nel caso in cui il contratto collettivo attribuisca al lavoratore la facoltà di optare per la

¹¹⁹ Art. 51, c. 2, lett. f), t.u.i.r., come modificato dall’art. 1, comma 190, lett. a), della legge n. 208/2015; v. pure l’art. 1, comma 162, della legge n. 232/2016.

¹²⁰ Evidentemente da intendersi come “non obbligatorietà” (e quindi come “liberalità”): v. la Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 10.3.2004, n. 34/E..

¹²¹ V. sopra, § 2.3.1.

¹²² Ci permettiamo di rinviare a TURSI, *Welfare aziendale: profili istituzionali*, cit., § 5.

¹²³ V. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, 383 ss..

¹²⁴ Ossia, “*Le somme e i valori di cui al comma 2 e all’ultimo periodo del comma 3 dell’articolo 51*” del TUIR.

¹²⁵ V. BRENNAN - MUNNO, *Il welfare aziendale: aspetti fiscali*, in TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, cit., 173 ss..

fruizione delle predette misure in sostituzione della retribuzione: se la retribuzione “sostituita” è “di produttività”, allora il beneficio viene conservato (sia pure nei limiti reddituali e di ammontare previsti per la retribuzione di produttività); se invece la retribuzione sostituita non riveste le caratteristiche della retribuzione di produttività, allora “torna” ad essere regolarmente tassata e assoggettata a contribuzione.

Il barocco meccanismo risente, a nostro avviso, del pregiudizio secondo cui la ragione della non imponibilità starebbe, ancora oggi, in una malintesa “non obbligatorietà”, o “non corrispettività”: infatti, mentre i compensi “corrispettivi” contrassegnati dalle specifiche finalità di cui all’art. 51 sarebbero eccezionalmente esclusi, quelli che sostituiscono una retribuzione che *ab origine* non era contrassegnata da quelle finalità - qual è, appunto, la retribuzione di produttività - ricadrebbero nell’originario regime impositivo, proprio perché “corrispettivi”.

In tal modo si continua a identificare la ragione dell’esclusione con la non corrispettività, quando invece essa sta nella natura previdenziale che l’ordinamento attribuisce a erogazioni lavoristicamente corrispettive, in considerazione della loro meritevolezza sociale: che è, per l’appunto, l’*ubi consistam* della previdenza contrattuale.