

Roma, 19 dicembre 2008



**Ministero del Lavoro, della  
Salute e delle Politiche Sociali**

**DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA**

Prot. 25/I/0018452

*Alla Confindustria  
V.le dell'Astronomia, 30  
00144 Roma  
alla CGIL  
Corso d'Italia 25  
00198 Roma  
alla CISL  
Via Po 21  
00198 Roma  
alla UIL  
Via Lucullo 6  
00187 Roma*

Oggetto: art. 9, D.Lgs. n. 124/2004 – Art. 9 D.Lgs. n. 124/2004 – cessione di un quinto dello stipendio e previdenza complementare.

CGIL, CISL, UIL e Confindustria hanno avanzato richiesta di interpello per conoscere il parere di questa Direzione generale in merito alle problematiche inerenti la devoluzione a previdenza complementare del TFR da parte di lavoratori che abbiano sottoscritto contratti di finanziamento con cessione di un quinto della retribuzione a saldo del debito e contestuale accensione di garanzia sul TFR maturando, in base al D.P.R. n. 180/1950, come aggiornato dalla L. n. 311/2004 e dalla L. n. 266/2005.

Si chiedono, altresì, chiarimenti in ordine alla legittimità di alcune clausole contenute nei suddetti contratti, volte a limitare l'esercizio della libertà di devoluzione del TFR stesso a forme pensionistiche complementari.

In relazione a quanto sopra, acquisito il parere della Direzione generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro e della Direzione generale per le Politiche Previdenziali, si rappresenta quanto segue.

*Accensione di un contratto di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio e successiva devoluzione del TFR a forme pensionistiche complementari*

Uno dei quesiti avanzati riguarda l'ipotesi in cui un lavoratore abbia ottenuto un finanziamento per il cui rimborso ha provveduto alla cessione di un quinto dello stipendio con

dazione del TFR in garanzia e, successivamente alla stipula del contratto di cessione, decida di aderire ad una forma pensionistica complementare.

Innanzitutto è opportuno evidenziare che il contratto di cessione di un quinto dello stipendio è una *species* del più ampio *genus* di contratto di cessione del credito, forma contrattuale tipizzata in quanto espressamente regolamentata da norme di legge.

In particolare, si tratta di una fattispecie contrattuale a struttura complessa in quanto diversi sono i negozi sottesi:

- 1) contratto di cessione del quinto dello stipendio: il lavoratore (cedente) cede il proprio futuro credito retributivo verso il datore di lavoro (ceduto) a favore della società finanziaria (cessionario); il datore di lavoro non può opporsi alla cessione e diviene soggetto obbligato verso la società finanziaria;
- 2) contratto di garanzia del credito: la garanzia del credito da parte del lavoratore cedente avviene con modalità diverse, in base alla tipologia di rischio che può verificarsi, trattandosi di un credito a maturazione progressiva nel tempo in conseguenza del rapporto di lavoro. A tal proposito si rinvengono le seguenti ipotesi di rischio:
  - a) morte del lavoratore, invalidità, inabilità: la normativa (D.P.R. n. 180/1950) prevede la stipula di una polizza assicurativa che possa garantire il soggetto creditore al verificarsi di tali ipotesi;
  - b) cessazione del rapporto di lavoro: per far fronte a tale ipotesi i contratti di finanziamento accendono una garanzia sul TFR maturato dal lavoratore al momento della cessazione del rapporto.

Si precisa, inoltre, che nella cessione del credito l'obbligazione di garanzia del cedente costituisce una obbligazione accessoria, avente la funzione di assicurare il ristoro del cessionario nei casi in cui l'effetto traslativo della cessione manchi, in tutto od in parte, a causa dell'inesistenza, completa o parziale, del credito o per altro impedimento equipollente (ad es. mancanza di legittimazione del cedente o nullità del credito).

Nella specie, dunque, la garanzia del credito costituisce un'obbligazione accessoria al contratto di cessione del quinto dello stipendio, che lega il lavoratore e la società finanziaria.

Il D.P.R. n. 180 prevede che il lavoratore cedente garantisca la solvenza del debitore con diverse modalità espressamente contemplate:

- stipula di apposita polizza assicurativa sugli eventi morte e infortuni;
- fornendo in garanzia il TFR maturando per il rischio di cessazione del rapporto di lavoro.

La scelta del lavoratore di aderire ad una forma pensionistica complementare implica un mutamento del soggetto depositario del TFR, che diviene la forma pensionistica in luogo del datore

di lavoro. Ciò significa che l'oggetto della garanzia non viene meno, ma cambia solo il soggetto depositario della garanzia medesima e presso cui rivalersi in caso di inadempimento all'obbligazione principale del contratto (saldo della rata di finanziamento). Più correttamente, sia il TFR che il montante contributivo accumulato presso forme pensionistiche complementari costituiscono diritti di credito del lavoratore. Nel caso di devoluzione del TFR a previdenza complementare, quindi, possono cambiare le modalità con cui il lavoratore può acquisire somme derivanti da TFR in caso di cessazione del rapporto di lavoro.

Qualora il TFR sia depositato presso il datore di lavoro, il lavoratore ne entra in possesso al termine della cessazione del rapporto e la somma, salvo insolvenza del datore di lavoro, è liquida ed esigibile. Nel caso di insolvenza del datore di lavoro il soggetto debitore potrà rivalersi della somma percepita dal lavoratore dal Fondo di Garanzia per il TFR, dopo che abbia esaurito la procedura prevista.

Nel caso di adesione del lavoratore a previdenza complementare possono mutare le condizioni affinché il lavoratore possa entrare in possesso delle somme, a lui imputabili, derivanti dal TFR maturato devoluto alla forma pensionistica. Tuttavia, ciò non esclude, di per sé, la possibilità di ottenere una somma liquida ed esigibile al fine di ottemperare all'obbligazione creditizia, vista la disciplina in materia di anticipazione e riscatto prevista dal D.Lgs. n. 252/2005.

Ciò premesso, il mutamento soggettivo del depositario del TFR non necessariamente implica una diminuzione della possibilità di veder soddisfatte le pretese debitorie. Sia nell'ipotesi in cui il TFR rimanga presso il datore di lavoro che nell'ipotesi in cui venga devoluto alla forma pensionistica complementare possono verificarsi situazioni di mancata copertura della garanzia richiesta.

A ciò si aggiunga che, in punto di diritto, il mutamento soggettivo del soggetto depositario del TFR si verifica anche nel caso in cui il lavoratore non opti per la previdenza complementare, in quanto in tal caso il depositario diviene il Fondo di Tesoreria. Tale condizione resta, pertanto, immutata solo nell'ipotesi in cui il lavoratore sia impiegato presso un datore di lavoro con meno di 50 dipendenti.

Per quanto concerne la diversa tempistica del rimborso, laddove essa possa essere considerata come un elemento valutabile ai fini dell'impugnazione del mutamento soggettivo del soggetto detentore del TFR, occorre ricordare che nel caso di cessione di un credito pecuniario, l'obbligazione di garanzia, consistendo nel dovere di corrispondere al cessionario, indipendentemente da colpa o dolo, l'ammontare di cui non ha acquistato il credito mediante il contratto di cessione, ha l'identica natura di debito di valuta, produttivo dell'obbligo risarcitorio relativo agli interessi ed, eventualmente, al danno maggiore ex art. 1224 c.c. solo "*dal giorno della mora*", che non si determina *ex se* in dipendenza della situazione d'inesistenza, parziale o totale, del

credito, bensì dell'ordine di pagamento rivolto dal creditore ai sensi dell'art. 1183, primo comma, c.c. e, pertanto, solo dall'intimazione fatta per iscritto (nella specie, con la notifica della citazione a giudizio).

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che – essendo limitate le ipotesi di perdita della garanzia costituita dal TFR, realizzabili sia nel caso di devoluzione del TFR a previdenza complementare che di permanenza dello stesso presso il datore di lavoro – il principio di continuazione del rapporto giuridico sottostante, chiaramente presente nel nostro ordinamento, prevalga sul rischio residuale del venir meno della garanzia prestata. Eventualmente, la copertura del rischio di mancata solvibilità può portare ad un nuovo accordo fra le parti per il solo aspetto relativo alla garanzia prestata.

*Sulla nullità delle clausole limitative della possibilità di devolvere il TFR a previdenza complementare*

Alcuni contratti di finanziamento con cessione di un quinto dello stipendio contengono clausole in cui il lavoratore assume l'impegno a non devolvere in futuro il proprio TFR a previdenza complementare; in alcuni casi, oltre a tali clausole, al datore di lavoro viene richiesto di sottoscrivere dichiarazioni in cui si impegna, *pro futuro*, a non versare il TFR del proprio dipendente a forme pensionistiche complementari.

Il problema va affrontato, in primo luogo, tenendo presenti due aspetti: quello pubblicistico della normativa in materia di previdenza complementare funzionale alla realizzazione di interessi di natura previdenziale del lavoratore, tutelati costituzionalmente dal nostro ordinamento; quello privatistico, con riferimento al contratto di finanziamento con cessione di un quinto dello stipendio e garanzia del TFR in veste di obbligazione accessoria, come sopra evidenziato.

Per quanto concerne, le clausole contrattuali con cui il lavoratore si impegna a non versare il TFR a previdenza complementare, il problema va risolto alla luce del principio, chiaramente affermato dalla normativa in vigore, il quale sancisce il diritto del singolo a scegliere nel corso della sua vita lavorativa di aderire al sistema di previdenza complementare devolvendo il proprio TFR a forme pensionistiche complementari, unitamente alla considerazione del carattere di obbligazione accessoria della garanzia rappresentata dal TFR.

Tali clausole sono, pertanto, affette da nullità in quanto contrarie a norme imperative, nonché all'interesse pubblico tutelato dall'art. 38, comma 2, Cost. che riconosce il diritto dei lavoratori a vedersi assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione volontaria. Il principio implica il diritto del singolo di conferire il TFR, in forma esplicita o tacita, alle forme pensionistiche complementari.

La nullità delle singole clausole non implica, tuttavia, la nullità dell'intero contratto di finanziamento. La nullità dell'intero contratto, come afferma autorevole dottrina in materia, si verifica solo nel caso in cui la nullità che cancella una parte del contratto stesso (cioè singole clausole) ne altera l'equilibrio complessivo, facendo sopravvivere un contratto diverso da quello che le parti avevano concluso; in altri termini, si ha nullità dell'intero contratto qualora questo abbia perso la sua originaria ragione giustificativa (la sua causa), perché in essa i sacrifici e i vantaggi non sono più distribuiti nel modo che le parti avevano programmato. Come già in precedenza evidenziato, la garanzia accesa sul TFR ha carattere accessorio rispetto all'intero contratto e, soprattutto, la devoluzione del TFR a forme pensionistiche complementari non determina il venir meno dello stesso ma unicamente il mutamento nella titolarità del soggetto depositario delle somme devolute a garanzia.

Queste considerazioni sono utili anche ai fini della corretta interpretazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. ove si dispone che la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. In questo caso, infatti, la norma fa riferimento alla "volontà ipotetica" delle parti, intesa come il confronto fra l'assetto d'interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto d'interessi che scaturirebbe dal contratto residuo; se l'assetto di interessi che scaturisce dal contratto residuo è ragionevolmente compatibile con l'originario programma contrattuale, è contraria a buona fede la pretesa della parte di sottrarsi a un vincolo contrattuale che in sostanza equivale a quello assunto e, in tal caso, la nullità è solo parziale.

Simili clausole possono, altresì, profilare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, per le restrizioni della libertà contrattuale nei rapporti con terzi (nel caso di specie le forme pensionistiche complementari) e come tali essere considerate vessatorie ai sensi della normativa a tutela del consumatore. In tal senso vanno interpretate anche le clausole che contengono l'impegno del lavoratore a non incrementare i versamenti al fondo pensione o a chiedere anticipazioni o riscatti, in quanto incidono sulla sua libertà contrattuale.

Del pari illegittima è da ritenere l'eventuale richiesta al datore di lavoro di formalizzare un impegno a non versare *pro futuro* il TFR del proprio dipendente a previdenza complementare. Il datore di lavoro non è titolare di un diritto soggettivo sul TFR maturando del proprio dipendente, né, quindi, ne può disporre. Oltre l'indisponibilità del credito maturato dal lavoratore e, ovviamente, del diritto di scelta – evidentemente individuale – del lavoratore di aderire a previdenza complementare, occorre anche considerare che il datore di lavoro è soggetto obbligato dalla normativa in materia di previdenza complementare a versare il TFR maturando, sia in caso di adesione esplicita che tacita.

Nel caso di cessione di un credito futuro, peraltro, il trasferimento del credito al cessionario si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza, mentre, come affermato dalla giurisprudenza, prima di tale data la cessione, pur perfetta, è destinata ad esplicare, *inter partes*, efficacia meramente obbligatoria, né il debitore ceduto è tenuto a farlo sorgere nel modo più conveniente per il cessionario.

A ciò si aggiunga la responsabilità del datore di lavoro al versamento dei contributi di natura previdenziale e assistenziale, di cui all'art. 2115 c.c., con ciò non potendosi configurare, nei suoi confronti, una sorta di responsabilità a titolo di cooperazione nell'inadempimento altrui, considerato che, nell'eseguire la scelta del lavoratore di trasferire il TFR, egli agisce in ossequio a specifici obblighi di legge.

### *Estinzione del debito mediante escussione della garanzia*

L'estinzione del debito mediante escussione della garanzia pone alcuni problemi di carattere procedurale e sostanziale.

Una delle questioni sottoposte ad esame riguarda l'ipotesi in cui il lavoratore abbia parte del proprio TFR presso il datore di lavoro e parte sia stato versato a forme pensionistiche complementari. In caso di insolvenza del lavoratore, la società creditrice può rivalersi sia sul TFR depositato presso il datore di lavoro, che aggredire la posizione individuale del lavoratore presso la forma pensionistica, nei limiti previsti dalla legge. In mancanza di una disciplina specifica circa le modalità di escussione della garanzia, si può affermare che la scelta in capo alla società creditrice possa essere discrezionale nei confronti anche di entrambi i soggetti contemporaneamente.

Il problema può trovare agevole soluzione riferendosi ai principi civilistici di carattere generale, in particolar modo ai principi di buona fede e correttezza nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

La dottrina più autorevole ha da tempo affermato che la correttezza non si identifica con un generico dovere di rispetto della sfera giuridica altrui, ma si pone come complesso di regole che restringono la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità del comportamento, incidendo direttamente sul contenuto dell'atto.

La buona fede, invece, in quanto norma di condotta che impone alla parte la considerazione della utilità dell'altra, impone a ciascuna delle parti di agire per preservare l'interesse dell'altra, a prescindere da specifici obblighi contrattuali.

Le clausole generali, infatti, sono la specificazione concreta del principio di solidarietà nella materia contrattuale, che consiste nel dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, senza esaurirsi in un limite generale ed

interno del contenuto del diritto soggettivo. Quindi, il principio di solidarietà sottinteso ai principi di correttezza e buona fede fa sì che in ambito contrattuale si possa avere un contemperamento di interessi che vada oltre la giustizia contrattuale.

Ne discende che l'escussione della garanzia da parte della società creditrice debba avvenire con modalità tali da non ledere gli interessi del lavoratore al di fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio a veder soddisfatto il proprio credito.

Il rispetto di tali limiti implica in primo luogo assoluta trasparenza nelle modalità di escussione della garanzia, soprattutto quando diversi sono i soggetti coinvolti; ne consegue che le richieste di pagamento del debito del lavoratore vengano indirizzate contemporaneamente a tutti i soggetti coinvolti (datore di lavoro e forme pensionistiche complementari) e che venga consentito a questi, nel pieno rispetto del diritto di credito vantato dalla società creditrice, di definire le modalità con cui adempiere all'obbligazione creditizia per conto del lavoratore.

Ne consegue, altresì, che, nel caso in cui il debito possa essere saldato con il TFR accantonato presso i datori di lavoro, la garanzia debba essere escussa sul TFR e non sulla posizione individuale del lavoratore presso la forma pensionistica. Intaccare la posizione individuale del lavoratore – seppur nei limiti previsti dalla legge – quando il debito possa essere saldato in tutto o in parte con il TFR accantonato presso il datore di lavoro, avrebbe come effetto una lesione dell'interesse del lavoratore a maturare prestazioni previdenziali.

In questi casi è opportuno che la società finanziaria provveda a rivalersi sul TFR maturato presso il datore di lavoro e non che agisca contemporaneamente su questi e sul Fondo o solo sul Fondo. A parità di soddisfacimento del proprio diritto di credito, infatti, rivalersi sulla posizione previdenziale del lavoratore creerebbe a quest'ultimo un danno che non avrebbe se si utilizzasse il TFR maturato presso il datore di lavoro.

Questi principi vanno, altresì, tenuti in adeguata considerazione nella valutazione della legittimità delle clausole implicanti un mandato di riscatto o di anticipazione sulla posizione individuale del lavoratore in caso di dimissioni di quest'ultimo.

IL DIRETTORE GENERALE  
(f.to Paolo Pennesi)