

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”

FACOLTÀ DI ECONOMIA

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO PREVIDENZIALE COMPARATO
E RIFORMA DELLO STATO SOCIALE

Il trattamento di fine rapporto
(dalla originaria finalità premiale alla trasformazione
in “strumento” di previdenza complementare).

CANDIDATA
MADDALENA DE ROSA

TUTOR
CH.MO PROF. LUIGI FIORILLO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA – XXI CICLO

Il trattamento di fine rapporto

INDICE SOMMARIO

Premessa.....p. 7

CAPITOLO I

NATURA GIURIDICA E FUNZIONE

1. *Puntualizzazione metodologica*p. 11

2. *Evoluzione storico-funzionale dell'istituto.*

2.1. *L'originario carattere premiale e previdenziale.*p. 14

2.2. *La nuova indennità di anzianità nella sistemazione codicistica: la natura assistenziale e le prime ricostruzioni in termini di corrispettivo*p. 22

2.3. *La corresponsione dell'indennità di anzianità «in ogni caso di cessazione del rapporto» e il rafforzamento del profilo retributivo*p. 32

2.4. *L'indennità di anzianità «nell'emergenza»: la minaccia referendaria*p. 38

2.5. *La riforma dell'82: la storia interna*p. 41

2.6. *Il nuovo criterio di computo e la piena affermazione del carattere di retribuzione differita*p. 46

2.7.	<i>La disciplina delle anticipazioni e la duttilità funzionale del t.f.r..</i>	p. 48
2.8.	<i>La devoluzione alla previdenza complementare: ritorno al futuro?</i>	p. 56
3.	<i>La questione del momento di maturazione del diritto</i>	p. 76
3.1.	<i>... all'indennità di anzianità</i>	p. 77
3.2.	<i>... e al trattamento di fine rapporto.</i>	p. 83
3.3.	<i>Conclusioni.</i>	p. 94
3.4.	<i>L'accertamento degli accantonamenti in corso di rapporto.</i>	p. 96

CAPITOLO II

RAPPORTI TRA LEGGE E AUTONOMIA PRIVATA NELLA VIGENTE DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO.

1.	<i>Spazi di derogabilità lasciati all'autonomia collettiva e all'autonomia individuale nella l. 297 del 1982</i>	p. 101
1.1.	<i>Aree di inderogabilità bilaterale.</i>	p. 103
	a) <i>il divisore 13, 5</i>	
	b) <i>il divieto di inserimento di altri istituti aventi la medesima natura e funzione dell'indennità di anzianità.</i>	
1.2.	<i>La derogabilità in melius del regime delle anticipazioni.</i>	p. 114
1.3.	<i>La derogabilità "anomala" del dividendo.</i>	p. 123

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO NELLA LEGGE N. 297 DEL 29 MAGGIO 1982

1. *Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della legge n. 297 del 1982*p. 128

2. *Il sistema di computo degli accantonamenti*.....p. 131
 - 2.1. *Il dividendo*.....p. 140
 - 2.2. *Il divisore (rinvio)*.....p. 152
 - 2.3. *Le ipotesi di sospensione della prestazione*.....p. 154
 - 2.4. *La rivalutazione delle quote accantonate*.....p. 158

3. *Il regime delle anticipazioni*p. 160
 - 3.1. *Criteri di priorità, condizioni di accesso e misura dell'anticipazione*p. 163

4. *Il Fondo di garanzia*.....p. 173

CAPITOLO IV

IL CONFERIMENTO DEL T.F.R. ALLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE NEL D. LGS. 252 DEL 5 DICEMBRE 2005

1. *Premessa*.p. 177

2. *La natura della previdenza complementare (cenni)*p. 182

3. La disciplina della previdenza complementare: dal d. lgs. n. 124 del 1993 alla più recente riforma del 2005.....	p. 199
4. Le forme pensionistiche complementari: nozioni e definizioni.....	p. 204
4.1. Le forme pensionistiche complementari collettive o negoziali: i c.d. fondi chiusi.....	p. 209
4.2. (segue) I c.d. fondi aperti.....	p. 215
5. Il FONDINPS.....	p. 220
6. Le forme pensionistiche complementari individuali.	p. 222
7. Le forme di previdenza complementare “preesistenti”.....	p. 224
8. Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari, in particolare mediante conferimento del t.f.r.	p. 228
a) Modalità esplicite ed implicite di conferimento del t.f.r.	
b) La conservazione del t.f.r. presso il datore di lavoro.	
c) Il conferimento del t.f.r. alle forme pensionistiche preesistenti.	
9. La portabilità della posizione previdenziale (cenni)	p. 236

10. Le prestazioni.....p. 243

10.1. Il regime delle anticipazioni.....p. 246

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALEp. 250

Premessa

Dopo un lungo periodo di (quasi) pacifica regolamentazione, il trattamento di fine rapporto (t.f.r.) è stato negli ultimi anni riportato alla ribalta dalle cronache legislative e di politica del *welfare*: l'attenzione del giurista, dell'economista e, soprattutto, degli attori sociali è stata, infatti, di recente richiamata da una ulteriore fase evolutiva dell'istituto, che ha ricondotto il t.f.r. nell'alveo della previdenza complementare, ultima tappa di un ricco percorso evolutivo che ha inciso anche e soprattutto sulla natura e sulla funzione dell'emolumento concesso al lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

La prima parte del presente lavoro mira, pertanto, a evidenziare la peculiare disponibilità del t.f.r., ieri indennità di anzianità, a cambiar pelle e a modificare la propria destinazione funzionale, in conseguenza di cangianti opinioni di politica del lavoro susseguitesesi nel tempo. Raramente, invero, è dato riscontrare, tra gli istituti del diritto del lavoro, una simile "disponibilità" funzionale, intesa sia come capacità di adeguarsi flessibilmente alle evoluzioni normative, che ne hanno più volte modificato la struttura sin dall'epoca in cui il diritto del lavoro era «faticosamente in incubazione»¹, sia come docilità alle contingenze politiche, economiche ed ordinamentali che ne hanno scandito nel tempo le alterne vicende.

Basti qui ricordare, per accennare sinteticamente ad una sequenza che sarà in seguito ampiamente illustrata, che l'istituto, nato come mera liberalità alla fine dell' '800, era originariamente privo di disciplina normativa e di matrice contrattuale e veniva conferito solo agli impiegati come premio per la fedeltà

¹ Così G. PERA, *Trattamento di fine rapporto* (voce), in *Nov. Dig. It.*, p. 382.

dimostrata al datore di lavoro, inserendosi a pieno titolo nella concezione fiduciaria del contratto di lavoro all'epoca prevalente.

I primi interventi normativi volti ad istituzionalizzare l' "indennità di licenziamento", facendola assurgere a vero e proprio diritto, ancorché molto condizionato, attenuarono la finalità premiale ed accentuarono il carattere di supporto di tipo previdenziale al momento della perdita del posto di lavoro e, dunque, in connessione al venir meno della fonte primaria di sostentamento.

Quest'ultima finalità veniva ulteriormente sviluppata con l'avvento del codice civile, la cui indennità di anzianità, disciplinata dall'art. 2120, presentava profili di minimale sostegno al reddito in assenza di qualsiasi forma di tutela nei confronti dei licenziamenti ingiusti. Al tempo stesso l'indennità, siccome attribuita non più soltanto agli impiegati, ma anche agli operai, cominciava ad acquisire altresì fattezze corrispettive, pur se continuava ad essere negata nelle ipotesi di licenziamento per giusta causa e di dimissioni.

Quando poi, nel 1966, il legislatore introdusse nell'ordinamento italiano il principio della necessaria giustificatezza del licenziamento, l'indennità di anzianità, dimostrando un'indubbia capacità ed elasticità etrogenetica, rimodulò nuovamente i delicati equilibri funzionali, ridimensionando il proprio profilo previdenziale, e soprattutto quello premiale, a vantaggio «aspetto di corrispettivo patrimoniale di carattere retributivo»², stante il riconoscimento «in ogni caso di risoluzione del rapporto»³ e, dunque, a prescindere da ogni valutazione di meritevolezza.

Nel 1982, nella nuova veste di trattamento di fine rapporto, l'istituto veniva completamente riformato ed acquisiva, specie in ragione del nuovo meccanismo di computo, natura più spiccatamente retributiva, pur

² G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984, p. 38.

³ Art. 9, l. 604 del 15 luglio 1966.

continuando a perseguire finalità latamente previdenziali, sempre legate alle presumibili difficoltà incontrate dal lavoratore alla perdita del posto di lavoro. All'indomani dell'emanazione della legge n. 297, tuttavia, i commentatori riconobbero subito al t.f.r. una peculiare "elasticità" intesa come capacità di svolgere una «innegabile commistione di funzioni» ovvero come peculiare e strutturale "disponibilità" dell'istituto alle più diverse finalizzazioni: ciò che sconsigliava, all'interprete di turno, la fatica di ricercare «una qualificazione univoca» o «categoriche definizioni»⁴.

Della longeva disciplina del t.f.r., che da oltre un ventennio disciplina efficacemente la materia, approfondiremo, tra gli altri, i peculiari regimi di derogabilità/inderogabilità, non soltanto allo scopo di evidenziare la pluralità di modelli del rapporto legge-autonomia privata (collettiva e individuale) disegnati dal legislatore, ma anche per la diretta influenza su natura e funzione dell'istituto esercitata dalla fruizione di alcuni spazi di autonomia lasciati alle parti collettive e individuali: l'utilizzo di tali spazi, ad esempio in tema di anticipazioni, è in grado, infatti, di traslare tutto o parte del t.f.r. nella retribuzione corrente, con evidente divaricazione rispetto alla più tradizionale funzione dell'istituto.

La fine trama della legge n. 297 ha, poi, consentito, alla più recente riforma della previdenza complementare, di convertire il t.f.r. in strumento di finanziamento di fondi pensionistici privati, tipizzandone, così, una nuova modalità di impiego che conferisce all'istituto una ulteriore e più spiccata funzione previdenziale.

Quanto alla indicata docilità dell'istituto alle contingenze politiche, economiche ed ordinamentali, pur rinviando a più analitiche considerazioni, è possibile evidenziare sin d'ora la diretta influenza esercitata da tali

⁴ Tutti i virgolettati sono di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, p. 17.

contingenze sulle singole fasi evolutive dell'istituto: in epoca precorporativa, la concezione paternalistica e fiduciaria del rapporto di lavoro indusse il legislatore a rendere l'allora indennità di licenziamento oggetto di diritto per i soli lavoratori appartenenti alla categoria degli impiegati; sotto l'influsso delle prime istanze egualitariste, il codice civile introdusse la nuova indennità di anzianità, estendendone l'attribuzione agli operai e, insieme, realizzando una prima forma di tutela (di tipo risarcitorio) a fronte dei licenziamenti completamente liberi; nel 1982 la crisi economica dettò la necessità di arginare una "straripante" indennità di anzianità spingendo il legislatore a ridimensionare l'istituto con un classico intervento di "emergenza"; da ultimo, la riforma messa a punto nel 2005 reagisce alla crisi finanziaria del sistema previdenziale pubblico e alla conseguente necessità di potenziare la previdenza complementare, promuovendo l'elezione del t.f.r. a nuova fonte di finanziamento dei fondi pensionistici complementari.

Capitolo I

Natura giuridica e funzione.

1. *Puntualizzazione metodologica.*

L'approfondimento della mutevole e multiforme natura giuridica dell'istituto e della sua cangiante funzione⁵ postula una preventiva premessa di metodo. Naturalmente non è questa la sede per disquisizioni di teoria dell'interpretazione, bensì soltanto per puntualizzare le coordinate concettuali che presiederanno alla trattazione che segue.

Il più elementare insegnamento metodologico suggerisce che le caratteristiche tecnico-funzionali di un istituto vadano desunte dall'analisi della disciplina positiva che lo governa e dal suo divenire, senza coartare la lettura di

⁵ La dottrina si è profusamente interessata alla questione della natura giuridica degli istituti e della eventuale distinzione della stessa rispetto alla funzione che li connota. Anche la dottrina giuslavorista nell'analisi dell'istituto oggetto della presente ricerca, considerato nelle sue molteplici fasi evolutive, ha per lo più affrontato la questione, dando vita a vivaci *querelles*. L'indagine sulla natura giuridica del trattamento di fine rapporto si rivela infatti ben più che un mero esercizio dottrinale, in ragione delle notevoli ricadute, sul piano applicativo, delle differenti opzioni qualificatorie perseguibili. Tra gli altri, dedicano spazio a tale profilo ricostruttivo F. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro*, cit. (che attribuisce all'indennità di anzianità natura retributiva e una funzione secondaria di tipo previdenziale); G. GIUGNI, *Indennità di anzianità*, in *GCost*, 1968, p. 1095, sul quale ci soffermeremo più diffusamente *infra*; C. SMURAGLIA, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1977, I, p. 260 ss. (secondo cui la natura giuridica dell'indennità di fine rapporto deve essere tenuta «ben distinta dalla funzione che ad essa è assegnata»: mentre la prima deve evincersi, «secondo la *ratio* complessiva che si ricava dal sistema», dalla relativa disciplina normativa, come integrata dalla contrattazione collettiva, la seconda coincide con la ragione fondamentale di tale disciplina e «riguarda l'assetto di interessi che con esso si mira a realizzare». Due elementi che si influenzano profondamente a vicenda e che è necessario sintetizzare per poter «cogliere i fondamenti unitari dell'istituto»); E. GHERA, *Prospettive di riforma dell'indennità di anzianità*, in *RTDPC*, 1982, p. 519 ss.; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, Milano, 1984, e successivamente, dedicandovi ulteriori spazi in *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1984.

quest'ultima all'interno di preconette valutazioni funzionali o aprioristiche ricostruzioni interpretative, che, viceversa, devono seguire e non anticipare la considerazione puntuale e analitica del dettato normativo. Ovviamente la funzione così ricostruita in via deduttiva andrà poi monitorata nel tempo onde rilevare l'eventuale eterogenesi di finalità successivamente attribuite in ragione dell'evoluzione del panorama normativo circostante. Ciò che va, in sostanza, evitato è di focalizzare una presunta "funzione" sulla base di singoli elementi indiziari contenuti nel testo normativo, per poi sovrapporre tale preconstituita funzione alle restanti parti della disciplina positiva, condizionandone in modo aprioristico la relativa interpretazione e ricostruzione.

Talora, infatti, la suggestione degli elementi indiziari (in una con le difficoltà di sistematizzare i vari elementi di una normativa frammentaria e magari contraddittoria) porta, più o meno consapevolmente, a indulgere nell'errore induttivo di estendere «a tutti gli elementi di una certa classe le proprietà osservate in alcuni di essi»⁶.

Dando preminente rilievo ad un elemento soltanto o ad una parte soltanto della disciplina normativa si finisce con il leggere le restanti norme alla luce delle prime, schiacciandole in un rapporto di compatibilità rispetto ad esse; con il risultato di dar corpo ad una sorta di gerarchia normativa interna alla disciplina, del tutto avulsa dalla volontà del legislatore.

La breve digressione metodologica trova chiarimento esemplificativo e giustificazione specifica in tema di t.f.r. (ieri indennità di anzianità) laddove una lettura puntuale della normativa rischia di essere compromessa dal condizionamento di ipostatizzate e preconstituite funzioni: ad esempio, il normale conferimento "alla fine del rapporto" e lo stesso *nomen* dell'istituto

⁶ Cfr. EDIGEO (a cura di), *Dizionario enciclopedico*, voce *Induzione*, Zanichelli, Bologna, 1995.

rischiano di caratterizzarne fortemente la natura giuridica in direzione “previdenziale”, ponendo (erroneamente) in secondo piano le “ aperture” previste dal legislatore in favore di un possibile slittamento di parte o di tutto l’accantonamento annuale in busta paga con il conseguente recupero della natura retributiva.

Una lettura di tal fatta ha, in effetti, indotto una parte della dottrina a valorizzare le norme che legano la percezione del t.f.r. alla fine del rapporto, considerandole vincolanti e limitative rispetto ad altre parti della disciplina che in alcun modo il legislatore ha relegato ad un piano inferiore. Viceversa, come vedremo, l’analisi complessiva del dettato normativo si rivela possibilista anche in altre direzioni, privando l’elemento del differimento “alla cessazione del rapporto” di quel carattere vincolante che alcuni Autori hanno voluto attribuirvi.

L’intento di questo lavoro sarà quello di osservare analiticamente l’evoluzione normativa e la disciplina vigente, senza cedere alla tranquillizzante tentazione di ipostatizzare la natura giuridica e la funzione del trattamento di fine rapporto per poi leggere l’intera disciplina a tale stregua.

A sostegno della metodologia prescelta, sia consentito richiamare, allora, l’insegnamento di un Maestro del diritto del lavoro che, proprio indagando il procedimento seguito dalla Consulta della determinazione della natura dell’allora indennità di anzianità⁷, concludeva sull’opportunità di valutare la

⁷ Si fa riferimento al breve commento di Gino GIUGNI alla nota sentenza n. 75 del 27 giugno 1968 (in *GCost*, 1968, p. 1095 ss.) che estendeva il campo di applicabilità dell’emolumento anche ai dimissionari e ai licenziati per colpa. Nella sintetica ricostruzione delle possibili alternative metodologiche aperte allo studioso che indaga la natura giuridica di un istituto, Giugni indicava tre possibili strade: a) attraverso la «descrizione sintetica delle caratteristiche normative» dell’istituto ovvero nella osservazione della disciplina astrattamente ad esso applicabile; b) mediante l’individuazione dello «indice di normalità» dell’istituto, ovvero del suo carattere prevalente in ragione della disciplina normativa; c) assumendo che «la definizione della natura giuridica altro non è che la trasposizione in chiave di linguaggio normativo di un

funzione di un istituto «nella sua prospettiva dinamica», lasciando il sicuro porto della definizione aprioristica per la più coraggiosa ed impegnativa via dell'osservazione positiva.

2. Evoluzione storico-funzionale dell'istituto.

2.1. L'originario carattere premiale e previdenziale.

a) Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900 alcune fonti extra-legislative prevedevano l'erogazione al lavoratore licenziato di una somma a titolo di liberalità o più verosimilmente di gratificazione. Usi, consuetudini, regolamenti di fabbrica, clausole formulate dalle camere di commercio, decisioni dei probiviri (ciascuno "dedicato" ad una singola categoria di lavoratori, quando non addirittura ai soli dipendenti di una determinata azienda) si preoccupavano di attribuire al lavoratore, al momento della cessazione del rapporto, un emolumento le cui funzioni e la cui natura giuridica appaiono, anche a distanza di decenni, molteplici e non perfettamente definite.

Il minimo comun denominatore che accomunava il regime introdotto da tali fonti *extra ordinem* era costituito dalla rilevanza attribuita, ai fini del computo della suddetta somma, ad una protratta anzianità di servizio del lavoratore, nonché dalla condizione, al fine dell'attribuzione del diritto, che il dipendente non fosse stato licenziato per colpa o non si fosse dimesso; il che creava una forte analogia tra la indennità attribuita al lavoratore in ragione della anzianità di servizio e quella, aggiuntiva, dovutagli a titolo di mancato preavviso.

Tale "commistione" indusse, per esempio, i probiviri a ritenere che non tutti i licenziamenti cagionassero un danno meritevole di essere compensato ma

complesso giudizio sulla funzione economico-sociale di un istituto, valutata nella sua prospettiva dinamica».

soltanto quello che colpiva l'operaio con un lungo (e «onorato»⁸) rapporto lavorativo alle spalle, utilizzando, in relazione a tale forma di “risarcimento”, la denominazione di “indennità di licenziamento dopo lunga prestazione”. Tant'è che, nelle relative decisioni, le giurie, specie alle origini, non sempre distinguevano, nell'ambito della somma corrisposta al lavoratore licenziato, quanto gli spettasse a titolo di mancato preavviso e quanto in base alla anzianità di servizio maturata⁹. Divenne, dunque, piuttosto consueto apprendere dalle suddette pronunce «la regola che l'industriale come l'operaio hanno sempre la facoltà di far cessare la locazione d'opera e che tale facoltà, in mancanza di patto contrario, è solo subordinata all'obbligo del preventivo avviso di giorni 15. In mancanza di preavviso è dovuto un indennizzo pari a 15 giornate di salario. Tale indennizzo, però, in via di equità può e deve essere aumentato nel caso di licenziamento di un operaio che ha prestato per lunghi anni lodevole servizio e non ha dato causa, per propria colpa, al licenziamento»¹⁰.

La stessa giurisprudenza rinveniva la *ratio* di tale emolumento a favore del licenziato nelle condizioni soggettive di bisogno del lavoratore¹¹, ragion per

⁸ Il termine ritorna spesso nelle massime della giurisprudenza probivirale (per il reperimento della quale si vedano le note successive) di cui riportiamo qualche esempio: “L'operaio che dopo parecchi anni di servizio onorato venga licenziato per futili motivi ha diritto a una congrua indennità. Caso in cui questa gli venga liquidata in un mese e mezzo di salario.”

“L'operaio, che appartenga da molti anni allo stabilimento del principale e che venga licenziato dopo un onorato servizio, ha diritto a una speciale indennità.”

“Per consuetudine vigente nella piazza di Bologna e per le industrie tessili, l'imprenditore che dimetta l'operaio dopo lunghissimi anni di servizio prestato è tenuto a corrispondergli un compenso variabile in ragione della importanza e durata del lavoro.”

⁹ La rassegna di BUGNI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri di Tribunali e di Corti in questioni di lavoro*, Milano, 1907 riporta una serie di interessanti decisioni probivirali in materia.

¹⁰ Cfr. la raccolta di massime curata da REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Tipografia Nazionale Bertero, Roma, 1906, in part. n. 823.

¹¹ Tuttavia si è giustamente rilevato che tale approccio funzionale prestava il fianco a facili critiche di sistema, considerando, per esempio, che non necessariamente l'obbligo di

cui l'ammontare dell'indennità, quando non era predeterminato dalle consuetudini della piazza di riferimento, veniva individuato in via equitativa caso per caso.

Parallelamente, le camere di commercio cominciarono a formulare delle clausole-tipo, «di pungolo e di indirizzo alle parti nel regolamento del rapporto che stanno per contrarre»¹², che, in caso di licenziamento dell'impiegato, commisuravano la lunghezza del termine di disdetta o di preavviso, nonché la relativa indennità sostitutiva, all'anzianità di servizio del lavoratore. La formulazione di tali clausole - nonostante non fosse curata da tutte le camere di commercio e sebbene variasse da zona a zona, ricevendo, peraltro, da azienda ad azienda una diversa accoglienza¹³ - superava le incertezze derivanti dal ricorso all'equità, solitamente operato dalla giurisprudenza, consentendo al giudice di quantificare l'indennità in tante mensilità di stipendio quanti erano i mesi della disdetta non osservata. Ma, soprattutto, tali clausole per prime individuarono nell'anzianità lavorativa il parametro di quantificazione delle indennità di fine rapporto: parametro che sarà, poi, trasferito nella nuova denominazione di "indennità di anzianità" introdotta dalla riforma codicistica.

Ben presto, comunque, gli *escamotages* giurisprudenziali e contrattuali cominciarono ad apparire inadeguati, specie alla luce della evidente disparità di trattamento esistente non soltanto tra diverse categorie di lavoratori ma

risarcimento presuppone la colpa dell'obbligato: sarebbe stato forse più agevole, in tale ottica, spiegare la corresponsione dell'indennità di licenziamento, come strutturata all'epoca, alla luce della teoria della responsabilità per atti leciti: in tal senso, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 7.

¹² CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, p. 275 ss..

¹³ F. CARINCI, *L'anzianità nel rapporto di lavoro. Profili storico-critici*, Litografia Due Torri, Bologna.

altresì nell'ambito di una medesima categoria, alla luce delle differenze territoriali e, come si accennava, addirittura aziendali, foriere di malcontenti. Per questi motivi, già nei primi anni del ventesimo secolo, si auspicò un intervento del legislatore, che istituzionalizzasse l'indennità tracciandone normativamente i connotati; intervento concretizzatosi, dopo vani tentativi¹⁴, solo nel febbraio 1919¹⁵. La relativa proposta di legge, risalente al 1912 ed avente ad oggetto il solo rapporto di impiego privato¹⁶, fu seguita dalle relazioni di ORLANDO e TURATI, i quali si rivelarono entrambi contrari alla predisposizione di una delega al governo (come indicato nell'originario progetto di legge) che avrebbe prodotto un proliferare di regolamenti relativi alle varie zone del paese e ai diversi settori commerciali e industriali, duplicando normativamente la preesistente frammentazione del problema senza offrirne una soluzione appagante. I due relatori (rispettivamente, il primo in seno al Parlamento¹⁷ e il secondo presso il Consiglio superiore del lavoro¹⁸) ritenevano, infatti, che l'intervento legislativo avrebbe dovuto

¹⁴ Invano, nel 1902, fu presentato un disegno di legge avente ad oggetto il contratto di lavoro degli operai agricoli e industriali, esteso in quanto compatibile agli impiegati di commercio: la proposta non ebbe fortuna; anzi, nel 1905, il Consiglio superiore del lavoro auspicò che la materia venisse trattata per categorie o gruppi di mestiere, eliminando i tentativi di omogeneizzazione dei trattamenti provenienti, solo qualche anno prima, dalla proposta del ministro Cocco-Ortu.

¹⁵ Nel frattempo, durante gli anni del primo conflitto mondiale, il legislatore provvide a tutelare gli impiegati delle aziende private richiamati alle armi con una serie di decreti in base ai quali si riconosceva a tali lavoratori una contingenza bellica. Con i decreti n. 490 del 10 maggio 1916, n. 349 del 10 marzo 1918 e n. 1773 del 24 novembre 1918 si stabilì, tra le altre cose, che all'impiegato doveva essere corrisposta una indennità commisurata all'anzianità di servizio per tutto il periodo di richiamo alle armi e che il licenziamento dovesse essere preceduto da un congruo termine di preavviso o da una corrispondente indennità proporzionata all'anzianità e al carattere dell'impiego.

¹⁶ Si veda l'illuminante affresco di U. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, il Mulino, Bologna, 1974.

¹⁷ La celebre Relazione Orlando è reperibile in V. E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940.

¹⁸ La Relazione Turati al Consiglio superiore del lavoro è pubblicata in Ministero Agricoltura, *Atti Consiglio superiore del lavoro*, Roma, 1913.

assolvere ad una funzione di uniformità e di omogeneizzazione, canonizzando, in precisi criteri di attribuzione e computo, la linea politica espressa dalle clausole contrattuali proposte dalle camere di commercio.

Sotto il profilo funzionale, la relazione ORLANDO forse per prima, riconobbe all'istituto dell'indennità di licenziamento una funzione mista o complessa: una funzione latamente retributiva (*rectius* di corrispettivo), a fronte della complessiva prestazione lavorativa resa nel tempo dal lavoratore licenziato, nonché una funzione previdenziale, poiché costituiva una sorta di “paracadute” per i lavoratori più anziani in occasione del licenziamento, sopperendo, così, alla mancata predisposizione governativa di strumenti previdenziali ed assistenziali.

Con l'emanazione del d. lgt. n. 112 del 1919 l'istituto riceve una prima e compiuta disciplina e viene introdotto nell'ordinamento italiano con la denominazione di “indennità di licenziamento”, dovuta soltanto agli impiegati (e non anche agli operai) non licenziati per colpa, né dimissionari e con alle spalle una anzianità di servizio¹⁹ tale da aver fatto maturare, in capo al lavoratore interessato, il diritto al massimo del preavviso. A queste condizioni, l'impiegato acquisiva il diritto a percepire una somma pari a 15 giorni di stipendio per ogni ulteriore anno di servizio entro il limite di una annualità di retribuzione²⁰.

A dispetto di quanto emerso nei relativi lavori parlamentari, la novella disciplina conferiva al nuovo istituto carattere prettamente premiale, essendo finalizzato a fidelizzare il lavoratore attraverso la “promessa” di un emolumento aggiuntivo corrispostogli alla fine del rapporto, non più a titolo

¹⁹ Tuttavia non erano computati nell'indennità di servizio ed erano espressamente detratti dall'ammontare della indennità di licenziamento, il periodo di richiamo alle armi (ex art. 8, d. lgt. 112/1919) e le sospensioni dovute ad infortunio, malattia, gravidanza o puerperio.

²⁰ Cfr. art. 4, d. lgt. 112 del 1919.

di mera liberalità, ma soltanto nel caso in cui il dipendente avesse tenuto un buon comportamento e fosse rimasto per lungo tempo alle dipendenze dell'azienda.

Non a caso, dunque, i giuslavoristi assimilarono la nuova indennità di licenziamento, nata dagli usi contrattuali come buonuscita liberale, ad un "premio di fedeltà", conseguibile solo all'esito di una lunga ed onorata carriera. Un istituto lontanamente assimilabile ai più moderni premi di produzione, ma esponenzialmente più fruttuoso per il datore di lavoro che poteva utilizzarlo quale importante strumento di fidelizzazione dei dipendenti. Una sorta di spada di Damocle²¹ pendente sulla loro testa durante l'intero corso del rapporto, capace di privarli dell'atteso riconoscimento magari a causa di un incidente banale o di una parola irrispettosa al datore di lavoro.

Accanto al profilo premiale, però, come sottolineato dall'On. ORLANDO, il nuovo istituto presentava anche una finalità previdenziale, evidenziata già nella denominazione di "indennità di licenziamento" e soprattutto nel momento di conferimento che, coincidendo con la perdita del posto di lavoro, avrebbe consentito al lavoratore di sopperire alle immediate necessità proprie e della propria famiglia.

b) Successivamente la legge sull'impiego privato²² (r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, poi convertito nella legge 18 marzo 1926, n. 526) introdusse una

²¹ L'espressione è presa a prestito da G. PERA, *Le riforme da riformare nel diritto del lavoro*, in *Scritti di Giuseppe Pera, I, Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 663, che la utilizzava, in realtà, per descrivere la codicistica indennità di anzianità.

²² Tra le altre cose, la legge sull'impiego privato conteneva una definizione di "impiegato" qualificato come colui che collabora con l'imprenditore e integra la sua opera personale attraverso lo svolgimento di funzioni sia di concetto che di ordine. Tale definizione favorì l'impressione di privilegio della legge per la classe impiegatizia (cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità...*, cit., p. 22 ss.) ed accentuò la frattura tra ceti operaio e ceti impiegatizio, contribuendo ad attribuire alla legge un'impronta classista. Ciononostante, uomini di sinistra come Turati si schierarono decisamente a suo favore, consapevoli, per un verso della maggiore disorganizzazione della categoria impiegatizia e, per altro verso, dei

disciplina più favorevole, che, superando i precedenti sbarramenti legati alla longevità del rapporto di lavoro, riconobbe agli impiegati il diritto a percepire «una indennità non inferiore alla metà dell'importo di tante mensilità per quanti sono gli anni di servizio prestati», qualunque fosse la loro anzianità di servizio²³.

Il nuovo criterio di computo²⁴, se per un verso contribuiva all'evoluzione normativa dell'istituto, per altro verso alimentava, nella dottrina come nella giurisprudenza, notevoli incertezze non solo in merito alla natura giuridica e alla funzione dell'indennità in esame, ma anche sul piano esegetico.

Sotto il profilo qualificatorio, restava inalterata, sullo sfondo, la natura sostanzialmente premiale dell'istituto, volto a fidelizzare il dipendente, e, tuttavia, accanto a quel immutato profilo, la dottrina sondava le ulteriori finalità perseguite dal legislatore. Un orientamento intravedeva nell'obbligo di corrispondere un compenso anche in difetto dell'attualità della prestazione e persino in relazione a periodi di ineffettivo svolgimento della stessa (si pensi al computo nell'anzianità di servizio dei periodi di malattia o di gravidanza), un vero e proprio corrispettivo dell'anzianità, ciò che spiegherebbe anche la progressiva trasformazione terminologica dell'indennità di licenziamento in indennità di anzianità²⁵. Si inserivano in tale solco, anche sulla base della

tempi non maturi per rivendicazioni legate alla categoria impiegatizia come dimostrato dalla relazione COCCO-ORTU.

²³ La novella eliminò la previsione di un'esenzione o riduzione dell'obbligo di corresponsione dell'indennità di licenziamento in relazione al numero dei dipendenti, cosicché la disciplina interessò, da quel momento in poi, tutte le aziende private; inoltre, essa fu estesa agli impiegati degli enti pubblici indicati nell'art. 2 del r.d.l. 1825/1924.

²⁴ In base al quale l'ammontare veniva determinato prendendo a base l'ultimo stipendio corrisposto prima del licenziamento; inoltre venivano ricompresi nel periodo di computo dell'anzianità di servizio anche il tempo di richiamo alle armi, il periodo di sospensione per malattie, infortuni, gravidanze, puerperi, nonché il preavviso, le ferie e il periodo di prova.

²⁵ Lo rileva G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, ricordando, peraltro, che già nel 1936 L. BARASSI (*Il diritto del lavoro*, cit.) preferiva questa denominazione.

spesso affermata²⁶ equiparazione tra corrispettività e retributività, i primi cenni ad una concezione “retributiva” dell’indennità di licenziamento, considerata da taluno come un “supplemento di retribuzione”.

Secondo altri²⁷, viceversa, l’allentato (ma persistente) legame tra il diritto al percepimento dell’indennità di licenziamento e il preavviso²⁸ - in quanto la prima rimase subordinata alla condizione che il recesso datoriale non fosse stato determinato da colpa del lavoratore -, nonché il fatto che l’anzianità venisse ora computata anche in relazione a periodi di inesecuzione della prestazione (v. nota n. 24), accreditava la tesi secondo cui tale indennità avrebbe avuto una funzione sostanzialmente previdenziale²⁹. Ad ulteriore sostegno di tale tesi, si richiamava l’orientamento maggioritario sviluppatosi intorno alla determinazione della mensilità da prendere a base di computo per la quantificazione della indennità. Il legislatore del 1926, infatti, non aveva esplicitato quale fosse la mensilità da moltiplicare «per quanti sono gli anni di servizio prestati», consentendo alla dottrina e ai giudici di arrogarsi il compito della relativa definizione in via interpretativa. Prevalse l’orientamento che individuava la somma in questione nell’ultima retribuzione percepita dal lavoratore prima del licenziamento.

²⁶ Si veda in proposito, O. MAZZOTTA, *Note sulla rilevanza delle questioni relative alla natura giuridica dell’indennità di anzianità*, in *RIPS.*, 1974, p. 221 ss..

²⁷ In tal senso cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 16.

²⁸ Cfr. art. 10, r.d.l. 1825/1924.

²⁹ In tal senso si espressero F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Cedam, Padova, 1934, p. 131; E. RANELLETTI, *L’indennità di anzianità nel caso di dimissioni e licenziamento per giusta causa*, in *Rivista dell’impiego privato e del mandato commerciale*, 1932; PERGOLESI, *Il contratto di impiego privato nel diritto positivo italiano*, Società editrice toscana, Sancasciano val di pesa, 1928; BALELLA, *Legislazione del lavoro*, U.S.I.L., Roma, 1927, p. 365. *Contra*, riconobbero una funzione risarcitoria all’indennità di anzianità, L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1936; PETRACCONI, *In tema di compensabilità delle indennità di preavviso e di anzianità*, in *GI*, 1933, I, 1, p. 593. Un cenno a parte merita DELITALA (*Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1931) il quale fu tra i primi a sostenere che l’istituto, oltre ad avere natura mista, di previdenza e di corrispettivo, sarebbe sottoposto, quanto a maturazione del diritto al pagamento, ad una condizione sospensiva.

Tale scelta esegetica, se per un verso, come accennato, evidenziava la matrice previdenziale dell'istituto, per altro verso appariva poco conciliabile con una ricostruzione corrispettiva o *latu sensu* retributiva dell'indennità di anzianità poiché, in tale ultima ottica, «la considerazione della gradualità del rapporto continuativo e la adesione ideologica dell'indennità ai singoli periodi dell'anno esigerebbe che l'indennità venisse proporzionata alla retribuzione dei diversi stadi del rapporto che viene presa in considerazione per il calcolo dell'anzianità. Segno che il fattore equitativo e di previdenza sociale, in una con lo scopo di semplificazione contabile sono qui intervenuti a modificare a vantaggio dell'impiegato i rigorosi criteri che avrebbero dovuto seguirsi per conservare all'istituto un carattere fondamentale contrattuale»³⁰. Il rilievo, senz'altro condiviso, col senno del poi, in ragione delle soluzioni normative successivamente adottate in materia, sarà, per l'appunto, ripreso (e non a caso) dal legislatore del 1982 che, nell'ambito di una generale riforma della disciplina, si è preoccupato, tra le altre cose, di rendere il nuovo trattamento di fine rapporto fedele alle vicende del rapporto medesimo, disponendo che annualmente il datore di lavoro dovesse effettuare un “accantonamento” proporzionato alla retribuzione complessivamente percepita dal lavoratore nel corso dell'anno lavorativo.

2.2. La nuova indennità di anzianità nella sistemazione codicistica: natura assistenziale e le prime ricostruzioni in termini di corrispettivo.

a) Nel 1942, con la denominazione di “indennità di anzianità”, l'istituto veniva ridisciplinato dal legislatore italiano che lo inseriva nel nuovo codice

³⁰ Così, in termini, PERETTI-GRIVA, *Il rapporto di impiego privato*, Società editrice libraria, Milano, 1935.

civile e, superando le pregresse distinzioni operaio/impiegato³¹, prevedeva un unico generale criterio di computo basato, sostanzialmente, sull'anzianità di servizio del (e quest'ultima commisurata al "servizio prestato"³² dal) lavoratore. Venivano lasciate, invece, alla determinazione dell'autonomia collettiva sia l'individuazione del coefficiente tempo-salario (che costituiva il reale perno della quantificazione della indennità), sia la possibilità di prevedere che taluni periodi di inesecuzione della prestazione fossero espunti dal computo del periodo di "servizio prestato"³³.

In particolare, per la determinazione dell'ammontare dell'indennità, "in base all'ultima retribuzione e in relazione alla categoria alla quale appartiene il prestatore di lavoro", l'art. 2120 c.c. rinviava ai contratti collettivi e, in mancanza di questi, agli usi o all'equità, ribadendo «la preminenza della regolamentazione sindacale per quello che viene tradizionalmente indicato come contenuto economico del contratto collettivo»³⁴. L'ultima retribuzione percepita dal lavoratore, da considerarsi quale base di computo alla luce del rapporto quantitativo individuato dalla contrattazione collettiva, andava calcolata tenendo conto di "ogni compenso continuativo" (art. 2121 c.c.)³⁵. La lettera della norma è corredata da un'elencazione di carattere relativo che, «confermando l'assenza, dal punto di vista giuridico, di un onnicomprensivo

³¹ Corredando questa estensione del campo di applicazione dell'indennità di anzianità, il codice prevede che la medesima riguardi altresì i rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio dell'impresa (art. 2239 c.c.) nonché il lavoro domestico: per quest'ultimo, inoltre, la legge n. 339 del 1958 prevede la corresponsione dell'indennità anche in caso di dimissioni.

³² Tracciando una linea di continuità rispetto al passato, il codice, allo stesso modo dell'art. 10 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, stabilisce che vadano espunte dal computo dell'anzianità di servizio solo i periodi non effettivamente lavorati previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

³³ Vedi nota n. 23.

³⁴ Così, in termini, L. RIVA SANSEVERINO, *L'indennità di anzianità nella «emergenza»*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Giuffrè, Milano, III, p. 1619, alla quale si rinvia per una completa ricognizione delle problematiche relative all'istituto dell'indennità di anzianità specie nel momento di crisi legato all'epoca dell'«emergenza».

³⁵ Si veda in proposito L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965.

concetto di retribuzione ... (ricomprende, n.d.r.) nel novero delle controprestazioni rilevanti per il computo dell'indennità di anzianità quegli accessori di carattere certo e continuativo aventi lo scopo di salvaguardare il valore reale della retribuzione»³⁶.

Caratteristica peculiare dell'istituto era la "infrazionabilità" dell'anzianità, la cui maturazione era legata alla prestazione lavorativa ininterrottamente³⁷ resa dal lavoratore a favore di una determinata impresa. In proposito la dottrina³⁸ e la giurisprudenza si sono interrogate circa l'opportunità di considerare l'anzianità di servizio infrazionabile in senso soggettivo ovvero in senso oggettivo: nella prima ipotesi, ponendo l'accento sul rapporto di lavoro e sul soggetto-lavoratore, era possibile considerarla infrazionabile in senso generico (ovvero come anzianità relativa al servizio complessivamente reso alle dipendenze dell'impresa); nella seconda ipotesi, invece, l'attenzione ricadeva maggiormente sul contratto di lavoro e sul suo oggetto, portando ad un concetto di anzianità specifica (ovvero come anzianità complessivamente maturata svolgendo mansioni riconducibili ad una determinata qualifica e categoria). Non di rado, infatti, la problematica si è presentata all'attenzione degli interpreti specie per la gestione dell'indennità in occasione di un'evoluzione del rapporto: si pensi al passaggio dalla qualifica operaia a

³⁶ Così L. RIVA SANSEVERINO, *L'indennità di anzianità nella «emergenza»*, cit.. Di diverso avviso, C. SMURAGLIA (*Riflessioni sull'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1977, I, p. 260 ss., specie p. 285) considera acquisiti non solo l'applicabilità all'indennità di anzianità del principio generale ex art. 36 Cost., ma anche «quello – ritenuto inderogabile – della omnicomprensività della retribuzione da prendere a base dei calcoli».

³⁷ Fatte salve naturalmente le ipotesi di sospensione tutelate.

³⁸ Si vedano, tra gli altri, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, II, Cedam, Padova, 1975; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1978; C. SMURAGLIA, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, cit.; P. TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1969, p. 191; P. TOSI, *Inquadramento unico e indennità di anzianità*, in *RTDPC*, 1973, p. 804; G. PERA, *Passaggi di categoria del lavoratore e liquidazione (finale) dell'indennità di anzianità*, in *OGL*, 1973, p. 631.

quella impiegatizia ovvero da quest'ultima a quella dirigenziale. La dottrina e la giurisprudenza erano orientate, in casi del genere, a qualificare tali vicende come “modificazioni non estintive del rapporto” di lavoro, ovvero come fasi evolutive dello stesso, che, pur trasformando il rapporto contrattuale tra le parti, tuttavia non erano idonee ad interrompere l'anzianità del lavoratore³⁹.

b) La sistemazione codicistica rinnovava, insieme all'istituto, anche le relative istanze qualificatorie che, originariamente legate all'ingresso della indennità di licenziamento nell'ordinamento italiano attraverso la legge sull'impiego privato, ricevettero nuova linfa, suscitando le attenzioni (per vero mai sopite) della dottrina più accorta (che proprio in quegli anni faceva rinascere il diritto del lavoro⁴⁰), nonché dei giudici, ben presto chiamati a pronunciarsi in materia.

La rivisitazione della questione, peraltro, fu resa vieppiù attuale dall'entrata in vigore della Carta costituzionale e dai fondamentali principi da essa affermati, anche se deve riconoscersi che, malgrado l'arricchimento del dibattito, la

³⁹ In tal senso si veda R. SCOGNAMIGLIO (*Indennità di anzianità e assicurazione*, in *DL*, 1977, I, p. 390) che, dando una lettura “soggettiva” al concetto di infrazionabilità dell'anzianità, ovvero traducendolo nella “infrazionabilità del rapporto di lavoro”, rileva come tale ultimo principio abbia travolto «financo le clausole dei contratti collettivi che per lungo tempo hanno sancito la novazione del rapporto di lavoro in relazione al passaggio da una categoria all'altra». Offre una diversa ricostruzione della questione L. RIVA SANSEVERINO (*L'indennità di anzianità nella «emergenza»*, cit., che a sua volta rinvia a G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977. Nell'*op. cit.* di RIVA SANSEVERINO è rinvenibile, inoltre, una ricognizione delle vicende relative al c.d. «sistema a scaglioni», per le quali si vedano specialmente p. 1616 ss.) secondo la quale doveva considerarsi in ogni caso rimasta in piedi la possibilità, specie a fronte di un'esplicita volontà delle parti, di procedere alla cessazione del rapporto preesistente e alla successiva costituzione di un nuovo rapporto mediante una (pur contestata) ipotesi di novazione oggettiva.

⁴⁰ Impegnandosi a «liberare il diritto del lavoro dalle superfetazioni corporative del codice del 1942»: così F. CARINCI (*Diritto privato e diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione), ricordandoci che all'indomani dell'emanazione del codice (e poi della Carta costituzionale) il diritto del lavoro, dopo i natali di inizio secolo dovuti a Ludovico BARASSI, risorgeva tra le fila dei civilisti con la attivazione della prima cattedra del lavoro assegnata a Roma, nel 1946, a Francesco SANTORO PASSARELLI.

riforma codicistica non comportò un significativo mutamento nella natura e nella funzione dell'istituto, mutamento per il quale bisognerà attendere oltre un ventennio e un nuovo intervento del legislatore. Invero, il novello art. 2120 c.c., nella sua originaria formulazione, continuava a stabilire che i lavoratori licenziati per colpa e coloro che rassegnavano dimissioni volontarie non avessero diritto al trattamento, con ciò lasciando ancora presumere che l'istituto fosse *finalizzato a premiare la fedeltà del lavoratore*⁴¹ e, al contempo, a fornire un *supporto di tipo previdenziale*⁴² in concomitanza con la (involontaria ed incolpevole) perdita del posto di lavoro. La disciplina dell'art. 2120 c.c., in sostanza, escludeva la sussistenza di un nesso di sinallagmaticità tra la prestazione lavorativa e il percepimento della indennità di anzianità⁴³, inducendo Giuseppe PERA ad osservare che «se nell'assetto dei rapporti di lavoro c'è un trattamento che, per legge, non spetta immancabilmente in ragione della prestazione lavorativa, il medesimo

⁴¹ Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1965.

⁴² Accentuano il ruolo previdenziale o assistenziale dell'istituto F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit.; L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 1957; ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, 1972; G. PERA, *Indennità di anzianità*, cit., p. 9 ss.. Merita menzione la ricostruzione di A. ZANINI che (in *Appunti per il dibattito intorno all'istituto dell'indennità di anzianità*, in *MGL*, 1964, p. 129 ss.), sottolineando l'incidenza dell'autonomia collettiva sulla disciplina dell'istituto, che per mano sua conosce molteplici forme, tra esse notevolmente differenziate, specie in funzioni delle diverse cause di risoluzione del rapporto, conclude che «la considerazione della complessa fattispecie costitutiva di tale diritto (e in particolare dell'elemento con cui si perfeziona la fattispecie, cioè della causa di estinzione del rapporto) non può non essere rilevante per stabilire la natura giuridica della indennità di anzianità (*rectius*, dei vari tipi di indennità di anzianità secondo le cause di estinzione del rapporto). Si tratta di due aspetti (quello per così dire strutturale avendo riguardo alla fattispecie e quello funzionale avendo riguardo alla funzione dell'indennità) di una medesima problematica, aspetti che si influenzano e si illuminano a vicenda e che debbono perciò essere insieme considerati e valutati».

⁴³ Secondo U. ROMAGNOLI (*La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967, I, p. 121) «l'indennità adempie la funzione di restituire – necessariamente per equivalente pecuniario – ovvero di rimborsare il valore delle utilità prodotte dalla prestazione di lavoro, proporzionalmente alla durata del rapporto, che non siano in diretta relazione sinallagmatico con la retribuzione».

competendo su altri e specifici presupposti, è evidente che non può parlarsi di retribuzione»⁴⁴.

Né tantomeno ostava alla qualificazione in termini prevalentemente previdenziali il carattere *una tantum* della indennità di anzianità. Difatti, in un'accezione estremamente lata e generica di previdenza sociale, possono ricondursi ad essa quegli interventi (pubblici o privati) posti in essere su base solidaristica al fine di tutelare ciascun singolo consociato a fronte di situazioni di bisogno socialmente rilevanti⁴⁵, tra i quali è senz'altro annoverabile la corresponsione di un'indennità in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, funzionale, tra le altre cose, al sostentamento del lavoratore e della propria famiglia fino al reperimento di una nuova occupazione.

⁴⁴ Così, G. PERA, *Indennità di anzianità*, in *Diritto e economia*, 1980, I, p. 9 ss..

⁴⁵ La definizione pecca di una notevole approssimazione dettata sia dall'impossibilità di dare spazio, in questa sede, ad un'adeguata disquisizione intorno alla nozione di previdenza sociale e alla relativa evoluzione, sia dalla «problematicità» e della «sostanziale ambiguità» della stessa nozione, generatrice, peraltro, di «una sorta di crisi d'identità della materia» (così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 7). Sia consentito ricordare, in ogni caso, che in origine la previdenza sociale assolveva ad una funzione specifica di tutela dei lavoratori - in quanto espressione di una solidarietà imposta esclusivamente ai loro datori di lavoro - che si vengano a trovare in condizioni di bisogno che ne menomino la capacità lavorativa e/o di produzione della ricchezza (cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2003, p. 25 ss., e R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, p. 3). Difatti le prime forme di previdenza nacquero nelle fabbriche come strumenti mutualistici di protezione collettiva dei lavoratori. Accanto a queste, l'assistenza sociale assolveva, viceversa, ad una generica funzione di tutela degli indigenti. Con la nascita dello Stato sociale, il cui nucleo originario è costituito proprio dalla previdenza, prende forma una più globale idea di sicurezza sociale, basata sul «rilievo dato alla persona umana» e concretizzata nell'impegno dello Stato a realizzare interessi indivisibili della collettività mediante la tutela del singolo, ovvero attraverso la «erogazione di beni e servizi ai cittadini che si trovino in condizioni di bisogno» (cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 25). In Italia, l'avvento della Costituzione repubblicana segna il superamento della tradizionale distinzione tra previdenza e assistenza sociale. Sebbene infatti, l'art. 38 Cost. conservi la distinzione tra cittadini e lavoratori, deve ritenersi che essa possa ridursi «alla diversità dell'ambito e dell'intensità della tutela, giustificata non già da una diversità di fondamento, ma dal diverso modo in cui l'ordinamento ha valutato le esigenze dei cittadini rispetto a quelle dei lavoratori, e cioè le esigenze di quelli cittadini che hanno potuto contribuire con il loro lavoro al benessere della collettività» (cfr. M. PERSIANI, *op. loc. cit.*, p. 27).

Questo tratto funzionale, che ha poi rappresentato una costante nella evoluzione dell'istituto, risultava ancor più pregnante, all'epoca, in vigenza di un regime di libera recedibilità dal rapporto di lavoro, a fronte del quale l'indennità di anzianità costituiva una embrionale forma di tutela in chiave di sostegno al reddito dei lavoratori ingiustificatamente licenziati. In tal senso potrebbe senz'altro riferirsi anche all'istituto codicistico la tesi che considerava la originaria indennità di licenziamento, introdotta nel 1919, come una sorta di risarcimento del danno derivante dal licenziamento e dalla difficoltà di trovare una nuova occupazione⁴⁶. Luisa RIVA SANSEVERINO, per esempio, definiva l'indennità di licenziamento come una sorta di «obbligazione posta a carico del datore di lavoro in conseguenza di un suo comportamento legalmente lecito, ma presumibilmente tale da creare, per la controparte, particolari situazioni di difficoltà»⁴⁷: sotto tale profilo, la nuova indennità di licenziamento avrebbe cambiato solo la denominazione, restando

⁴⁶ In tal senso si leggano M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit., nonché U. ROMAGNOLI, *Dimissioni del prestatore di lavoro e indennità di anzianità*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972.

È appena il caso di anticipare (v. *infra*) che la situazione cambiò drasticamente con l'avvento della prima legge che generalizzava la necessità di una giustificazione causale al provvedimento di licenziamento: con l'emanazione della l. 604 del 1966, la prospettazione dell'istituto in chiave risarcitoria dovette irrimediabilmente cedere davanti all'avanzata del giuslavorismo garantista. Sembrava inoltre che anche ragioni di sistema inducessero ad abbandonare l'opzione interpretativa descritta. Renato SCOGNAMIGLIO rilevava in tal senso che se davvero l'indennità di anzianità avesse avuto natura risarcitoria, non sarebbero risultate giustificabili le sue evoluzioni che ne hanno determinato l'applicazione anche ai casi di dimissione del lavoratore nonché al rapporto di lavoro a tempo determinato. Inoltre lo stesso criterio di computo dell'indennità in parola la renderebbe inconciliabile con una simile finalità poiché essa «non viene commisurata alla entità del danno che il lavoratore può subire per la perdita del posto»; piuttosto, il criterio di computo sembra inversamente proporzionale al danno potenzialmente subito dal lavoratore «basti considerare che il lavoratore da più lungo tempo assunto e maggiormente retribuito dovrebbe subire un minore pregiudizio dalla cessazione del rapporto nei confronti del lavoratore che, prestando la sua opera da minor tempo e/o ricevendo una retribuzione inferiore, viene colpito più gravemente dalla perdita del posto» (R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità di anzianità e assicurazione*, op. cit.).

⁴⁷ Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *L'indennità di anzianità nella «emergenza»*, cit., p. 1619.

«praticamente immutata la funzione»⁴⁸. Se si considera, infatti, il criterio selettivo di accesso all'indennità, collegato ai motivi di risoluzione del rapporto, emerge in maniera netta «attraverso l'alternativa pena-premio, una funzione di controllo gerarchico del datore di lavoro ed una funzione risarcitoria del recesso discrezionale del datore di lavoro, nel senso appunto di costituire un correttivo di natura patrimoniale al licenziamento *ad nutum*»⁴⁹.

In linea con tali analisi dottrinali, i primi interventi giurisprudenziali attribuivano all'indennità di anzianità “carattere essenzialmente assistenziale”⁵⁰, evidenziando al contempo che l'intimo collegamento con la durata del servizio prestato, più che designare un corrispettivo ulteriore e supplementare per l'opera via via concretamente prestata, si atteggiasse come «un premio, attribuito *ex post* per l'attaccamento e la fedeltà al datore di lavoro»⁵¹. L'orientamento, che dava conto della forte continuità, anche funzionale, della nuova indennità rispetto al passato, fu coronato dalla Consulta che ritenne non applicabile all'indennità in parola l'art. 36 della Costituzione⁵², in considerazione proprio della natura non retributiva⁵³ della

⁴⁸ L'espressione è di G. SANTORO PASSARELLI, nella ricca ricostruzione delle vicende evolutive dell'istituto, in *Dall' indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto* (Giuffrè, Milano, 1984), oggi rilette ed aggiornate in *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare* (Giappichelli, Torino, 2007).

⁴⁹ Così, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984, p. 19.

⁵⁰ Così, in termini, Cass. n. 956 del 1963, in *MGL*, 1964, p. 46.

⁵¹ Così Cass. 1229 del 1963, massimata da *MGL*, 1964, p. 129, con nota di G. SUPPIEJ, *L'art. 36 della Costituzione e l'indennità di anzianità*.

⁵² Cfr. le sentenze della Corte di Cassazione nn. 3151 del 1951, in *MGL*, 1955, p. 174; 3306 del 1957, in *MGL*, 1957, p. 85; 336 del 1958, in *MGL* 1958, p. 78; n. 674 del 1963, in *MGL*, 1963, p. 155: in queste sentenze l'art. 36 Cost. era stato invocato per ottenere l'estensione ai non associati delle misure dell'indennità stabilite da un contratto collettivo e anche per ottenere la estensione dell'attribuzione del trattamento ai casi di dimissioni volontarie. Si vedano inoltre Cass. n. 971 del 1961, in *MGL*, 1961, p. 252 e Cass. n. 1229 del 1963, *cit*.

⁵³ Si vedano, in tal senso, oltre alle pronunce citate nelle precedenti note, anche Cass. n. 3357 del 1957; Cass. n. 3383 del 1958, in *MGL*, 1958, p. 292; Cass. n. 956 del 1963, *cit.*; Cass. n. 1971 del 1963, in *MGL*, 1963, p. 333; Cass. 363 del 1964, in *MGL*, 1963, p. 70;

stessa. Quanto al momento di perfezionamento del diritto al percepimento dell'indennità di anzianità, esso veniva individuato nella estinzione del rapporto "di tal che prima che questo evento si verifichi sussiste a favore del lavoratore una mera aspettativa"⁵⁴.

Vi era tuttavia un altro filone dottrinale, parallelo ma minoritario, che, viceversa, propendeva per il riconoscimento, all'indennità di anzianità, di una natura retributiva: facevano capo ad esso, tra gli altri, NATOLI, SUPPIEJ, TORRENTE.

Quest'ultimo qualificava la indennità di anzianità come «retribuzione complessiva globale che si giustappone a quella parziale, relativa alla singola unità di tempo e di lavoro»⁵⁵, il cui relativo diritto matura soltanto alla cessazione del servizio. Si sarebbe trattato, secondo l'Autore, di una fattispecie a formazione progressiva, che si perfezionava solo al momento della cessazione del rapporto⁵⁶.

Cass. n. 1182 del 1964, in *MGL*, 1963, p. 173. Merita un cenno particolare Cass. n. 2686 del 1963, in *MGL*, 1963, p. 127, che, rilevando la discordanza di pareri esistenti in dottrina sulla indennità di anzianità, conclude che secondo "l'indirizzo interpretativo più recente di questa S. C., l'indennità in questione non è un istituto dai caratteri univoci e ben definiti e la sua natura non può essere individuata alla stregua di schemi astratti predeterminati, occorrendo piuttosto avere riguardo alle varie ipotesi e alla disciplina predisposta in relazione ad esse".

⁵⁴ Così, in termini, la già citata Cass. n. 1229 del 1963 che significativamente prosegue affermando: «posto adunque che l'indennità in discussione non sorge in costanza di rapporto di lavoro, la disposizione dell'art. 2120 c.c., per la quale il lavoratore non ha diritto all'indennità medesima in caso di licenziamento per di lui colpa o di dimissioni volontarie, non priva il lavoratore di un diritto acquisito anteriormente alla estinzione del rapporto».

⁵⁵ Così, in termini, in *RGL*, 1961, I, p. 1, *Sulla natura dell'indennità di anzianità*, ove si dilunga nella dimostrazione della conciliabilità della sua tesi con tutte le disposizioni della disciplina legale.

⁵⁶ E di conseguenza «è con riferimento a questo momento che si deve determinare la normativa legislativa o collettiva applicabile». Si era già pronunciata in tal senso, peraltro, la Corte di Cassazione con sentenza n. 3159 del 1958.

È interessante evidenziare inoltre che, secondo TORRENTE (cfr. *op. cit.*), gli elementi rilevanti per la determinazione della ultima retribuzione, proprio perché la funzione retributiva dell'istituto è in correlazione con la prestazione globale di lavoro, debbono

Sulla scia di tale orientamento, Ugo NATOLI sosteneva fermamente il carattere retributivo della indennità di anzianità, non risparmiando critiche, anche aspre, alla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁵⁷. “L’evidente collegamento dell’indennità nello schema causale del contratto, con la prestazione di lavoro, porta necessariamente a concludere per l’affermazione del suo carattere retributivo, cioè di compenso ulteriore della prestazione differito al momento della cessazione del rapporto”⁵⁸. In definitiva, si sarebbe trattato di una forma di retribuzione differita il cui diritto di credito, già esistente durante il rapporto di lavoro, «cresce via via con l’anzianità di servizio e diventa esigibile quando il rapporto cessa», sicché, nelle ipotesi escluse dal 2120 c.c., si realizzerebbe la «privazione di un diritto già acquisito anteriormente alla estinzione del rapporto»⁵⁹.

Viene classicamente inserito in questa corrente di pensiero anche Giuseppe SUPPIEJ, il quale attribuiva “funzione retributiva” dell’indennità di anzianità, poiché la «nozione di retribuzione è, in genere, intesa in senso sufficientemente ampio da poter comprendere nel suo ambito anche l’indennità di anzianità»⁶⁰.

L’Autore, in realtà, si mostrava aperto ad una più verosimile coesistenza di funzioni, retributiva e previdenziale, e, tuttavia, sul piano argomentativo ne tracciava un’originale commistione. Riprendendo, infatti, il santoriano concetto di retribuzione, intesa come «corrispettiva non soltanto dell’attività di lavoro oggettivamente riguardata, ma anche soggettivamente dell’attività

presentare il carattere della Continuità da intendersi «*in astratto*, non essendo sufficiente la costanza né tanto meno la frequenza in linea di fatto dell’attribuzione».

⁵⁷ Testimonia il tenore della breve nota a Cass. 15 maggio 1963, n. 1229 (in *RGL*, 1963, II, p. 506) la definizione che l’A. offre della sentenza annotata come «un ulteriore documento di una tendenza involutiva della nostra giurisprudenza». Si rinvia allo scritto citato per la ricognizione delle molteplici censure ivi contenute in relazione alla pronuncia *de qua*.

⁵⁸ U. NATOLI, in *Enciclopedia del diritto*, II, 574, voce *Anzianità (indennità di)*.

⁵⁹ U. NATOLI nella nota a Cass. 1229/1963, *cit.*.

⁶⁰ Così G. SUPPIEJ, *L’art. 36 della Costituzione e l’indennità di anzianità*, *cit.*.

del prestatore di lavoro secondo le necessità di vita personali e familiari del medesimo»⁶¹, l'Autore affermava che «la funzione retributiva non comporti affatto che l'indennità stessa non abbia anche funzione previdenziale, giacché una funzione *latu sensu* previdenziale è inerente alla stessa corretta nozione di retribuzione, in ogni sua parte, anche se per alcune componenti, quale l'indennità di anzianità, assume un rilievo particolare». Non a caso, interrogatosi sulla compatibilità dell'art. 36 Cost. con i caratteri dell'indennità di anzianità, il SUPPIEJ conclude che «la stessa esistenza delle norme che prevedono l'indennità di anzianità realizza un adeguamento della retribuzione nel suo complesso ai requisiti stabiliti dalla Costituzione; giacché contribuisce appunto ad assicurare al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa, secondo la formula dell'art. 36, la previsione, in aggiunta alla retribuzione periodica, di una speciale attribuzione destinata a sopperire alle immediate esigenze del delicato momento, nel quale viene a cessare l'occupazione».

2.3. La corresponsione dell'indennità di anzianità «in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro» e il rafforzamento del profilo retributivo.

Mentre il dibattito si arricchiva di sempre nuovi contributi dottrinali e giurisprudenziali, l'istituto continuava ad evolversi⁶², conoscendo una progressiva estensione⁶³ - perverso inaugurata dal codice civile⁶⁴ -, anche ad

⁶¹ La definizione, richiamata per esteso dall'A., è di F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 16^a ed., Napoli, 1964.

⁶² La legge 19 gennaio 1955 n. 25 riconobbe la commutabilità del periodo di apprendistato nell'anzianità di servizio del lavoratore in caso di continuazione del rapporto, mentre la legge 18 dicembre 1960 n. 1561 fissò inderogabilmente la misura minima dell'indennità di anzianità per gli impiegati in una mensilità per ogni anno di servizio.

⁶³ Derogando al suo generale sfavore per i contratti di lavoro a tempo determinato, il legislatore stabilì, con legge 18 aprile 1962 n. 230, che alla scadenza del termine fosse incondizionatamente corrisposto al lavoratore un "*premio di fine lavoro*" proporzionato alla durata del rapporto stesso e in misura pari all'indennità di anzianità prevista dal contratto collettivo di categoria.

opera della contrattazione collettiva che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2120 c.c., poteva estendere l'attribuzione dell'indennità alle ipotesi di dimissioni volontarie.

L'innovazione di maggior impatto, però, è senz'altro legata all'emanazione della legge n. 604 che, nel 1966, generalizzava la corresponsione dell'indennità di anzianità ad «ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro» (art. 9) e, dunque, anche alle ipotesi di licenziamento per colpa e di dimissioni volontarie, portando ad ideale completamento il processo di espansione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'indennità.

L'innesto normativo modificava completamente i caratteri fisionomici dell'istituto e, con essi, le relative prospettive qualificatorie: l'eliminazione di ogni facoltà dell'imprenditore di incidere sulla attribuzione dell'indennità privò definitivamente la stessa del carattere premiale, valorizzando, piuttosto, «un profilo di sinallagmaticità e di obligatorietà della relativa erogazione»⁶⁵. «Svincolato nell'*an* da ogni considerazione circa la qualità del rapporto con il datore»⁶⁶, l'indennità di anzianità *rafforzava il proprio profilo retributivo*, in piena sintonia, del resto, con le teorie sulla spersonalizzazione del contratto di lavoro che si andavano affermando in quegli anni.

La portata evolutiva della novella risulterà, peraltro, ampiamente recepita dalla Consulta che, modificando completamente il proprio orientamento sul punto, muoveva ormai dalla premessa attribuzione all'indennità in parola

Per ciò che concerne invece il lavoro a domicilio, la l. 18 dicembre 1973, n. 877 dispose che sulla base delle tariffe di cottimo pieno fosse determinata fra le maggiorazioni retributive anche quella a titolo di indennità di anzianità.

⁶⁴ Secondo il quale l'indennità di anzianità riguarda non solo i rapporti di lavoro subordinato ma altresì i rapporti di lavoro non inerenti l'esercizio dell'impresa (art. 2239 c.c.) e il lavoro domestico (art. 2245 c.c.).

⁶⁵ Così G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 20. Cfr. altresì R. DE LUCA TAMAJO-E. SPARANO, *Indennità di fine rapporto (impiego privato)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, Utet, Torino, 1991, p. 344 ss..

⁶⁶ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 38.

della natura di “retribuzione differita”: su tale base, pronunciandosi con riferimento alla situazione anteriore all’entrata in vigore della legge 604/1966, la Corte dichiarava⁶⁷ costituzionalmente illegittimo l’art. 2120 c.c., 1° comma, nella parte in cui escludeva il diritto al percepimento dell’indennità nei casi di licenziamento per colpa e di dimissioni volontarie. L’ulteriore supporto offerto dalla successiva pronuncia n. 204 del 28 dicembre 1971⁶⁸, con cui la Corte costituzionale riconobbe il diritto al percepimento dell’indennità anche ai lavoratori con anzianità di servizio inferiore⁶⁹ all’anno, delineava, ormai in modo decisivo, *la riqualificazione in senso “retributivo” dell’istituto*.

D’altra parte, l’introduzione di un regime di stabilità del posto di lavoro, con la legge 15 luglio 1966, n. 604, riduceva la funzione di sostentamento assistenziale dell’indennità di anzianità (più accentuata in un regime di libero recesso), nonché il collegamento della corresponsione con l’insorgenza dello stato di bisogno, valorizzandone, per contro, la natura di corrispettivo reso a fronte della prestazione complessivamente offerta dal lavoratore. Lo stretto rapporto tra le due discipline veniva colto dalla più attenta dottrina rilevando che le norme sull’indennità di anzianità hanno «sempre preceduto la normativa in materia di tutela del posto di lavoro», mentre con il 1966 ha

⁶⁷ Con sentenza n. 75 del 27 giugno 1978 (cit.). la pronuncia ebbe una rilevanza notevole (come si evidenzia anche oltre), completando la trasformazione dell’indennità di anzianità che «dopo la riforma ... non costituisce più un costo del licenziamento (essendo trasformata in retribuzione differita, dovendo quindi essere pagata in ogni caso di cessazione del rapporto)» (cfr. P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e alcuni suoi precedenti*, in R. Scognamiglio (a cura di), 2006, p. 134-135). Tuttavia, si è coerentemente rilevato che proprio la premessa attribuzione alla indennità in parola della natura retributiva risulta quanto meno forzata, non essendo «affatto evidente, nel regime precedente al 1966», sicché «la motivazione della sentenza cade in un vizio di *isteron proteron*, ovvero fonda l’affermazione su ciò che è – a ben vedere – un corollario dell’affermazione stessa» (così, P. ICHINO, *op. loc. cit.*, p. 135)

⁶⁸ In *FI*, 1972, I, p. 303.

⁶⁹ In tal senso, la pronuncia dichiarò costituzionalmente illegittimo il 1° comma dell’art. 2120 c.c. nella sua formulazione originaria nella parte in cui, appunto, escludeva che l’indennità fosse dovuta al prestatore con un’indennità di servizio inferiore all’anno.

avuto inizio «una inversione di tendenza che culminerà nel 1978 antepo-
nendo alle ragioni della anzianità, e quindi dell'indennità, quelle
dell'occupazione»⁷⁰. Si tratta dunque di una relazione inversamente
proporzionale: man mano che si evolve la seconda, la prima perde lustro e
rilevanza poiché «in un regime di stabilità del posto di lavoro l'istituto
dell'indennità di anzianità viene a perdere in gran parte la sua funzione di
sostentamento, massima invece in un regime di libero recesso»⁷¹. A conferma
della ricostruzione prospettata, può ricordarsi che nell'arco temporale indicato
furono emanati una serie di provvedimenti normativi finalizzati a tutelare il
prestatore di lavoro a fronte sia di ingiusti licenziamenti individuali, sia dei
rischi di matrice previdenziale attraverso la predisposizione di efficienti
strumenti pensionistici (di invalidità e di vecchiaia) e di cassa integrazione.
Ne risultava un graduale affievolimento del *coté* previdenziale dell'indennità
di anzianità, sostituito dalla connotazione di strumento di “risparmio
forzato”⁷².

d) Intanto, l'orientamento della Consulta in senso “retributivo” attraeva
molteplici attenzioni non solo in ordine alle modalità di coordinamento con
l'art. 9 della legge 604/1966, ma anche in relazione alla rinnovata necessità di
stabilire quale significato attribuire al concetto (coniato, perverso, tempo
addietro dalla dottrina) di “retribuzione differita”.

Quanto al primo profilo, con sentenza n. 75 del 1968, la Consulta integrava
sensibilmente il campo di applicazione della legge 604/1966 estendendolo ai

⁷⁰ Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto, *cit.*, p. 36 ss.

⁷¹ Così G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità...op. cit.*, p. 36 e 37.

⁷² Sul punto E. GHERA, *Prospettive di riforma...op. cit.*, p. 528) sosteneva che la matrice previdenziale dell'istituto permanesse anche sotto le mentite spoglie del risparmio forzato, sebbene non più diretta a soddisfare un bisogno primario ma secondario. In tal senso si era espresso già F. SANTORO PASSARELLI, *Funzione delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1967, p. 149 ss..

rapporti di lavoro cessati prima dell'entrata in vigore della legge citata⁷³, nonché a categorie di lavoratori che sembravano esserne escluse come quella dei dirigenti⁷⁴.

Sotto il profilo qualificatorio, poi, la definizione di retribuzione differita generava «notevoli equivoci»⁷⁵, poiché, assimilando implicitamente l'indennità di anzianità alla retribuzione periodica, finiva per evocare «l'idea di una quota retributiva accantonata alle singole scadenze temporali la cui erogazione è differita al momento della estinzione del rapporto»⁷⁶. Viceversa, il meccanismo di computo dell'indennità di anzianità non consentiva all'epoca di quantificare e isolare a priori e per ciascuna frazione di rapporto una determinata porzione di retribuzione ad erogazione differita: se poteva dirsi *ab origine* certo l'*an* della corresponsione, lo stesso non valeva certo per il relativo *quantum*, dovendosi attendere necessariamente il momento della

⁷³ Salvo, naturalmente, si fosse verificato un fatto estintivo del diritto all'indennità, come nell'ipotesi di decorrenza della prescrizione quinquennale.

⁷⁴ È opportuno precisare che successivamente alla emanazione della sentenza n. 75 del 1968, la Corte costituzionale è ripetutamente intervenuta per adeguare al nuovo principio di diritto enunciato la disciplina relativa a singoli settori. In particolare la Consulta è intervenuta: con sentenza n. 14 del 1970 (in *MGL*, 1970, 4, p. 141, con nota di L. RIVA SANSEVERINO), dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 10 della legge 604/1966 nella parte in cui escludeva dal suo campo di applicazione gli apprendisti con qualifica di operaio/impiegato; con sentenza n. 85 del 1972 (in *FI*, 1972, I, p. 1527), dichiarando costituzionalmente illegittima la legge 339 del 1958 nella parte in cui prevedeva, nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, la mancata corresponsione dell'indennità in caso di licenziamento disciplinare, nonché con sentenza n. 72 del 1973 (in *FI*, 1973, I, p. 1661), con cui ha dichiarato costituzionalmente illegittima la stessa legge n. 339 nella parte in cui disponeva che l'indennità di anzianità fosse computata solo in base alla retribuzione in denaro, senza tener conto del valore del vitto e dell'alloggio eventualmente forniti dal datore di lavoro.

⁷⁵ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 20; gli stessi Autori rilevano infatti che l'indennità di anzianità «non poteva essere qualificata come retribuzione differita perché sganciata dalla retribuzione corrente e determinata in base ad un parametro imprevedibile costituito dal ricalco complessivo sull'ultima retribuzione». evidenzia l'incerta portata e l'equivocità dell'espressione «retribuzione differita» anche P. G. ALLEVA, *Automatismi e riassorbimenti salariali*, in *RGL*, 1979, I, p. 121.

⁷⁶ La puntuale valutazione è tratta da G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 20.

cessazione del rapporto per conoscere l'ammontare del moltiplicatore. Tali ultime considerazioni inducevano a ricondurre l'indennità di anzianità ad un'inedita forma retributiva, coniata *ad hoc* per non privare l'istituto della qualificazione attribuitagli dalla Consulta: prendeva forma, così, l'idea di un emolumento retributivo che si giustappone alla retribuzione conferita al lavoratore per la singola unità di tempo e di lavoro, una sorta di «corrispettivo dell'apporto globalmente arrecato dal lavoratore in ragione della sua anzianità di servizio»⁷⁷.

Più realisticamente possiamo forse ritenere che l'indennità di anzianità, come conosciuta dal nostro codice civile e modificata dai successivi interventi del legislatore e della Corte costituzionale, non abbia portato a compimento la trasformazione dell'originario "premio di fedeltà" in "nuovo elemento retributivo": «l'ancoraggio del computo all'ultima retribuzione percepita ha mantenuto una stretta destinazione funzionale alla valorizzazione della carriera»⁷⁸. Sarà piuttosto la riforma dell'82 a rendere compiuta l'evoluzione dell'istituto in senso retributivo, agganciandolo quantitativamente all'erogazione retributiva periodica⁷⁹.

All'analisi funzionalista, andava affiancata, poi, quella inerente il carattere differito dell'emolumento, al fine di stabilire se esso riguardasse la sola erogazione dell'indennità o anche la maturazione del diritto a percepirla. Sotto tale profilo, se per un verso la natura retributiva attribuita all'indennità di anzianità consentiva di includerla nello schema causale del contratto di

⁷⁷ Ne ricostruiscono la genesi G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 21. Va ricordato, però, che, prima del *révirement* interpretativo dovuto all'avvento della l. 604/1966, già G. SUPPIEJ aveva considerato l'indennità di anzianità come uno strumento di «adeguamento della retribuzione nel suo complesso ai requisiti stabiliti dalla Costituzione» (*L'art. 36 della Costituzione...*, op. cit.: vedi in questo par. lett. b), pp. 21-22), riprendendo, a sua volta, una più risalente definizione di F. SANTORO PASSARELLI (cfr. nota n. 59).

⁷⁸ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 34 ss.

⁷⁹ Sul punto, si veda il paragrafo successivo.

lavoro, al pari di ogni altro elemento retributivo, per altro verso, tale qualificazione non sembrava risolutiva di ulteriori questioni di notevole rilievo pratico, quali la determinazione del momento di maturazione del diritto nonché, conseguentemente, la verifica delle garanzie riconosciute al lavoratore prima della suddetta maturazione del diritto. I profili inerenti la determinazione del momento di maturazione del diritto all'indennità di anzianità saranno, tuttavia, trattati oltre in ragione della loro specifica rilevanza (v. *infra* par. 3)

2.4. L'indennità di anzianità nell'«emergenza» e la minaccia referendaria.

Nella seconda metà degli anni '70, in un clima di diffusa crisi economica, il diritto del lavoro ha dovuto dare un celere riscontro alle imminenti necessità prospettate dal mercato, ricorrendo a soluzioni talvolta impopolari ma, proprio per questo, ricercando, ove possibile, consenso nei primi embrionali esperimenti di concertazione sociale.

L'alta instabilità inflattiva dell'epoca creava non solo problemi di adeguamento salariale al costo della vita, ma altresì un irrefrenabile aumento degli automatismi retributivi accessori, il cui andamento era direttamente ricollegato dalla legge al variare degli indici dei costi al consumo. Tra questi vi era innanzitutto l'indennità di anzianità, che con la sua struttura speculare al momento della cessazione del rapporto di lavoro, moltiplicava qualsiasi eccesso inflattivo esistente in un determinato momento storico. Alla crisi, vissuta in un clima di sentita "solidarietà nazionale", il sindacato rispose con una scelta responsabile, addivenendo prima alla sottoscrizione dell'accordo interconfederale del 27 gennaio 1977 e, poi, all'approvazione, in sostanziale conformità al predetto accordo, della legge n. 91 del 1977 che introduceva un principio di deindicizzazione dell'indennità di anzianità, escludendo dall'ultima

retribuzione presa a base del computo tutti gli scatti di contingenza maturati dopo il 31 gennaio 1977.

Lo scambio politico sotteso alla novella – e che alla stessa conferiva embrionali fattezze concertative – realizzò, dunque, quale contropartita al mantenimento di un regime particolarmente sensibile di scala mobile, la sterilizzazione del computo dell'indennità di anzianità dagli scatti di contingenza che, in una con le distorsioni prodotte dal processo inflattivo, avevano contribuito a determinare le cosiddette liquidazioni d'oro. La c.d. *svolta dell'Eur* tentò, dunque, di preservare il salario diretto e il suo potere d'acquisto, spostando i sacrifici su quello “differito”, ma l'aumento vertiginoso del costo della vita finì, comunque, con l'accentuare sensibilmente l'entità dei sacrifici richiesti ai lavoratori⁸⁰, si da indurre qualcuno a definire la legge n. 91/1977 «contraria ad una elementare giustizia retributiva»⁸¹. Di tale pericolo aveva già manifestato sentore la Corte costituzionale⁸² che, pur ritenendo legittima la deindicizzazione dell'indennità, aveva denunciato il rischio che, senza computo della contingenza, l'indennità diminuisse progressivamente, incidendo così sia sulla funzione retributiva dell'istituto, in contrasto col principio dell'art. 36 Cost., sia sulla funzione latamente previdenziale, con conseguente rischio di inosservanza dell'art. 38 Cost..

Al monito concettuale della Consulta, si affiancarono presto ricadute pratiche di inattesa portata sul bilancio economico dei singoli lavoratori: se la sola

⁸⁰ In effetti il sacrificio imposto dalla legge n. 91/1977 si proporzionalmente più elevato per i lavoratori di livello più basso specie a causa dell'unificazione del valore dell'indennità di contingenza, realizzata con l'accordo interconfederale 25 gennaio 1975.

⁸¹ Così G. ZANGARI, *L'indennità di anzianità e le prospettive della sua riforma*, in *RDL*, 1979, I, p. 125.

⁸² C. cost., 30 luglio 1980, n. 142 (in *FI*, 1980, I, 2641, con nota di MAZZOTTA, *Le norme sulla riduzione del costo del lavoro davanti alla Corte costituzionale*): la sentenza risolveva la questione in maniera “temporanea”, ricorrendo all'espedito della legittimità costituzionale provvisoria. Si veda inoltre M. DELL'OLIO, *Emergenza e costituzionalità (la sentenza sulla scala mobile e il «dopo»)*, in *DLRI*, 1981, pp. 1 ss.

deindicizzazione dell'indennità di anzianità si era rivelata già sufficiente a «comprometterne la omogeneità qualitativa rispetto alla retribuzione»⁸³, l'impennata inflattiva degli anni successivi al 1977, del tutto impreveduta al momento della conclusione dell'accordo sull'esclusione della contingenza, svalutò ulteriormente l'indennità di anzianità.

Ciò indusse Democrazia Proletaria a proporre un *referendum* abrogativo legittimato dalla raccolta di 800.000 firme e dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 26 del 10 febbraio 1982⁸⁴. Con il referendum ci si proponeva di reintrodurre nella retribuzione base del computo dell'indennità di anzianità la contingenza congelata, così da incrementare in misura notevole l'ammontare dell'indennità medesima.

Apparve subito evidente che la “minaccia” referendaria avrebbe imprudentemente inciso sugli squilibri che gravavano sulla moneta e sul mercato del lavoro, poiché «nessuna seria manovra di politica economica, nella linea congiunta di lotta all'inflazione e alla disoccupazione, sarebbe (stata, *ndr*) possibile se il costo del lavoro fosse (stato, *ndr*) investito dalle conseguenze sconvolgenti di un voto referendario»⁸⁵, con esito pressoché scontato, «e ciò perché sarebbe stata in sostanza rimessa la decisione

⁸³ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 22.

⁸⁴ In *MGL*, 1982, p. 8.

⁸⁵ Su tale presupposto l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Spadolini si fece carico della questione della riforma dell'indennità di anzianità. In tal senso, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento...*, cit., p. 7 ss.) evidenziano che «il successo del *referendum* avrebbe nei fatti suggellato un principio di irreversibilità dei trattamenti economici e normativi del lavoro dipendente» poiché da quel momento in poi qualsiasi intervento legislativo diminutivo di diritti dei lavoratori sarebbe stato esposto al rischio di abrogazione attraverso lo strumento referendario cagionando un insostenibile immobilismo delle politiche del lavoro. Di diverso avviso, M. D'ANTONA (*L'indennità di anzianità tra riforma e referendum*, in *Democrazia e diritto*, 1982, 3, p. 153-159, che oggi leggo in ID., *Opere*, a cura di B. CARUSO e S. SCIARRA, vol. 3°, tomo III, Giuffrè, 2000, p. 957 ss.) secondo cui «la verifica della volontà popolare su questa materia non solo era legittima – ed è positivo che la Corte costituzionale abbia ammesso il referendum – , ma era anche necessaria, se non fosse maturata una soluzione legislativa basata su un consenso significativamente ampio».

sull'abrogazione di una legge economicamente penalizzante agli stessi soggetti penalizzati, trasformandosi uno strumento di democrazia diretta in un veicolo di irresponsabilità collettiva»⁸⁶. Ciò che indusse il Governo a ricercare un'alternativa soluzione “di emergenza”, cioè a dire un intervento legislativo di riforma dell'istituto capace di “disinnescare” l'incombente referendum.

L'espressione “emergenza”, presa a prestito dalla pubblicistica giuslavorista dell'epoca, designa l'ormai stereotipata modalità legislativa del Governo e del Parlamento dell'epoca che, in materia di politica economica e del lavoro, mostravano una «capacità riformista sollecitata soltanto da eventi straordinari ed estrinseci»⁸⁷.

Fu istituito un Comitato per la valutazione dei problemi inerenti l'indennità di fine lavoro formato da un gruppo di esperti e tecnici rappresentativi delle contrapposte organizzazioni sindacali, presieduto dal prof. Gino GIUGNI. All'esito dei lavori, la Commissione propose alla Presidenza del Consiglio un ventaglio di soluzioni alternative considerate nei rispettivi risvolti giuridici ed economici; un più ristretto gruppo interno alla Commissione (e composto da Gino GIUGNI, Raffaele DE LUCA TAMAJO e Domenico VALCAVI) si occupò, invece, di sondare la concreta praticabilità delle alternative prospettate attraverso una serrata mediazione con le contrapposte rappresentanze sindacali, individuando, infine, una soluzione che, seppur non unanimemente condivisa, risultasse almeno non osteggiata dalle parti sociali.

2.5. La riforma dell'82: la storia interna.

L'attività di “consultazione e mediazione”, condotta abilmente a buon fine, si tradusse, in effetti, nella stesura di un disegno di legge restituito nella sostanza

⁸⁶ In termini, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 8.

⁸⁷ Cfr., in termini, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 9.

inalterato dal vaglio del Consiglio dei Ministri. Più complesso si rivelò, invece, il successivo *iter* parlamentare di conversione del disegno in legge; un percorso segnato da tempi stringati e scontri politici, di natura demagogica e non, con punte di ostruzionismo e continue minacce di scioglimento delle Camere. Nella corsa contro il tempo per evitare lo svolgimento del previsto *referendum* popolare, era necessario che il Parlamento convergesse rapidamente sul testo della riforma da adottare: l'accorpamento dei 17 articoli del disegno di legge in soli 5 articoli, a costo di «un grave sacrificio della tecnica legislativa», accelerò l'approvazione del provvedimento (peraltro sensibilmente modificato dalla Camera dei Deputati), che passò in Senato il 29 maggio 1982, lo stesso giorno in cui fu promulgato dal Presidente della Repubblica.

L'Ufficio centrale per il *referendum* della Corte di Cassazione ritenne il provvedimento sostanzialmente innovativo rispetto alla disciplina oggetto della prossima consultazione che, di conseguenza, non ha mai avuto luogo ai sensi dell'art. 39 della legge 25 maggio 1970, n. 325.

Nell'imminenza della già approvata e programmata consultazione il governo poteva utilizzare efficacemente il suo veto politico – com'era evidentemente nelle intenzioni del Presidente Spadolini – solo evitando lo scontro frontale con le parti sociali e, in definitiva, con la classe lavoratrice che aveva voluto il *referendum*⁸⁸. Difatti la parte sindacale, che pure temeva le conseguenze dello scavalco politico di Democrazia Proletaria in un'area d'azione tipicamente sindacale, si poneva naturalmente al fianco dei lavoratori, con la conseguente impossibilità di concordare con il potere politico i termini di una legge che sarebbe risultata inevitabilmente in perdita per i lavoratori. Lo

⁸⁸ Sul punto è molto critico G. PERA secondo il quale un trattamento di fine rapporto non ha alcuna giustificazione ed è piuttosto figlio di «un modo facile, perché non elettoralmente pregiudizievole, ma alla lunga rovinoso» di risolvere i problemi (cfr. *Le riforme da riformare...*, cit., p. 662).

stesso GIUGNI⁸⁹ ricorda infatti che «dai vertici sindacali giungevano, sia pur tra le righe, segnali auspicanti una soluzione proveniente dall'alto ed eteronoma il più possibile, tale cioè da non corresponsabilizzare il sindacato agli occhi dei lavoratori in ordine alle inevitabili soluzioni al ribasso rispetto a quelle delineate dal *referendum*»⁹⁰. In altre parole, piuttosto che concordare una soluzione al ribasso, «era meglio subirla dal potere politico, magari condizionandola il più possibile»⁹¹. D'altro canto la parte imprenditoriale, pur temendo gli oneri derivanti dagli esiti referendari, si dichiarava pronta a scaricarne il peso sul prossimo tavolo di contrattazione.

Le rispettive ragioni (o pseudo tali) di chiusura delle parti sociali ad una cooperazione normativa suggerirono al governo la ricerca di una soluzione di compromesso affidata ad un *pool* di tecnici altamente qualificati e capaci di sintetizzare le attese politiche e le esigenze dell'economia insieme con gli interessi imprenditoriali e le aspettative sindacali. La Commissione Giugni era chiamata, infatti, ad elaborare un progetto di riforma dell'indennità di anzianità che arginasse il problema delle liquidazioni d'oro, che fosse sufficientemente innovativa da accantonare la prospettiva referendaria e che realizzasse un sostanziale equilibrio tra gli interessi delle parti sociali: la parola d'ordine fu “mediazione”.

Ed in effetti la disponibilità al confronto dimostrata dagli interlocutori si è tradotta in una sorta di “concertazione mascherata” in cui gli attori sociali hanno mantenuto, sino alle ultime battute, le proprie rigide posizioni, strizzando però l'occhio al legislatore.

⁸⁹ Nell'opera pluricitata redatta con RAFFAELE DE LUCA TAMAJO e GIUSEPPE FERRARO.

⁹⁰ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 10.

⁹¹ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 10 ss..

Già dalla stesura della bozza del disegno di legge si evinse l'ambizione della Commissione di «rifondare tutto il sistema, ma per il futuro»⁹², non limitandosi ad una mera operazione riparatoria delle storture create dalla legge n. 91 del 1977.

Venne preferita e poi articolata, infatti, una soluzione di radicale trasformazione che si basava su criteri di computo dell'indennità di fine rapporto del tutto innovativi e molto più fedeli all'evoluzione professionale di ciascun singolo lavoratore, eliminando il meccanismo moltiplicatorio fonte del fenomeno delle superliquidazioni. Più equilibrato sul piano quantitativo, l'istituto risultava anche qualitativamente migliorato, attraverso una perequazione tra operai e impiegati insistitamente voluta dai sindacati.

I tratti riformistici della novella le consentirono di essere apprezzata anche dai più scettici e financo dagli abolizionisti. Un'autorevole voce rilevava l'inutilità dell'istituto, che anomalmente attribuisce al lavoratore italiano una doppia retribuzione (una in costanza di rapporto e una alla fine), apprezzando, d'altra parte, la prospettiva offerta dalla legge n. 297/1982 «della progressiva erosione nel tempo dell'istituto, specialmente con l'intervento ulteriore della contrattazione collettiva» che, «potendo operare il trasferimento in termini di trattamento in costanza di rapporto», lasciava sperare che il t.f.r. sarebbe andato, nel giro di qualche decennio, in «progressivo letargo»⁹³.

Nasceva, così, il “trattamento di fine rapporto”, che sostituiva in maniera del tutto innovativa la codicistica indennità di anzianità.

Tra le caratteristiche più salienti della novella vanno senz'altro annoverate la predisposizione di un sistema di computo completamente trasformato rispetto a quello che scandiva l'indennità di anzianità, nonché la possibilità di ottenere

⁹² G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 13.

⁹³ Tutto il virgolettato è di G. PERA, *Le riforme da riformare...*, cit., p. 662 ss.

delle anticipazioni (sull'ammontare del trattamento sino a quel momento maturato) in costanza di rapporto. Nella Relazione di accompagnamento ai 13 articoli del disegno di legge n. 1830 che il Presidente del Consiglio presentò al Senato in data 17 marzo 1982, la Commissione Giugni chiariva proprio la rilevanza di questi due elementi e la loro coerenza ad un ideale percorso evolucionistico tracciato per l'istituto. In particolare, l'attribuzione alla contrattazione collettiva della possibilità di derogare, sia *in melius* che *in peius*, al criterio di determinazione della retribuzione annua da utilizzare come base di computo per gli accantonamenti annuali, restituiva «all'autonomia collettiva la facoltà di determinare l'entità del trattamento e la possibilità, in futuro, di ampliare o diminuire la formazione di questo tipo di risparmio vincolato». L'ipotetica riduzione, anche drastica, della base di computo avrebbe potuto essere utilizzata quale contropartita per ottenere un migliore trattamento retributivo al tavolo di contrattazione: una diminuzione della retribuzione differita in cambio di un immediato aumento in busta paga⁹⁴.

Quanto alle anticipazioni in costanza di rapporto, la prevista attribuzione alla contrattazione collettiva e ai patti individuali della possibilità di ampliarne le condizioni di accesso consentiva, anch'essa, «una eventuale evoluzione dell'istituto in base al consenso delle parti sociali»⁹⁵. Il suggerimento fu colto, peraltro, in sede di lavori parlamentari. La relazione Romei al Senato del 21

⁹⁴ Anticipiamo che la derogabilità di tale norme da parte della contrattazione collettiva è a senso unico *in peius*: «trattamenti più favorevoli sono, ovviamente, inimmaginabili» chiariva ROMEI relazionando al Senato della Repubblica (21 aprile 1982, cit.). Una rara eccezione sul piano della derogabilità collettiva motivata dalla necessità di porre al riparo dall'odioso fenomeno delle superliquidazioni.

⁹⁵ *Relazione al Disegno di legge n. 1830 concernente la «disciplina del trattamento di fine rapporto»*, presentato dal Presidente del Consiglio al Senato in data 17 marzo 1982, reperibile in G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, *Allegati – Atti della Commissione Giugni*, specialm. p. 316.

aprile 1982 evidenziava la prospettiva di una «ulteriore evoluzione verso un sistema di risparmio opzionale, obbligatorio oppure volontario».

2.6. Il nuovo criterio di computo e la piena affermazione del carattere di retribuzione differita.

La legge n. 297/1982 stabilisce che il nuovo trattamento a fine rapporto si calcola sommando, per ciascun anno di servizio, una somma pari alla retribuzione annua divisa per il numero fisso 13,5⁹⁶. L'ammontare complessivo, opportunamente rivalutato, con cadenza annuale, secondo il criterio di indicizzazione introdotto dalla stessa legge n. 297, viene quindi conferito al lavoratore alla cessazione del rapporto di lavoro.

Il nuovo meccanismo di computo, essendo stato “costruito” in maniera tale da scongiurare il riproporsi del c.d. fenomeno delle superliquidazioni, è modificabile da parte della autonomia collettiva nel rispetto, però, di alcuni limiti invalicabili. In particolare, la dottrina ormai consolidata⁹⁷ ritiene che il divisore 13,5 non sia modificabile neppure in meglio da parte della contrattazione, in un'ottica di forzosa ricerca di equilibrio legislativamente scandita per far fronte alle note “emergenze” che interessavano, all'epoca, il mercato del lavoro. Peraltro, la determinazione di «un tetto massimo alla

⁹⁶ Art. 1, l. 297 del 29 maggio 1982 che ha novellato l'art. 2120 del codice civile. Per una più accurata descrizione del meccanismo di computo, si rinvia, sin d'ora, al successivo capitolo III.

⁹⁷ Cfr. E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento...*, cit., pp. 11-12; M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, in *RTDPC*, 1983, pp. 25-26; P.G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982*, in *GDLRI*, 1982, pp. 537-538.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *GDLRI*, 1982, p. 445; G. FERRARO, *Commento dell'art. 4 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 296; A. GARILLI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1982, I, p. 358; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, cit., p. 147.

dinamica quantitativa dell'istituto con evidente finalità perequativa e calmieratrice»⁹⁸ e la risultante unificazione del c.d. coefficiente tempo-salario si rivelerà in grado, non solo di colpire le c.d. liquidazioni d'oro, rendendo il trattamento proporzionale ai guadagni percepiti dal lavoratore durante tutta la durata del rapporto, ma altresì di eliminare le differenze dovute all'esercizio, da parte dell'autonomia collettiva, della prerogativa di individuare coefficienti intercategoriale o intracategoriale che divaricavano notevolmente, sotto il profilo quantitativo, il trattamento effettivamente goduto dai singoli lavoratori.

La pregressa indennità di anzianità veniva computata, infatti, moltiplicando l'ultima retribuzione percepita per il numero di anni di servizio del lavoratore ovvero aumentandone l'ammontare in progressione geometrica. Un sistema, questo, che “fotografando” la vita professionale del lavoratore «nel momento terminale riflesso nell'ultima retribuzione»⁹⁹, favoriva inevitabilmente fenomeni sperequativi, sia attraverso promozioni mirate a gonfiare la c.d. liquidazione, sia, al contrario, attraverso il ricorso a ripetute e fraudolente interruzioni del rapporto.

Viceversa, il novello trattamento di fine rapporto “fotografato”, con cadenza annuale, ciascuna singola fase del rapporto di lavoro poiché, maturando nella proporzione appena descritta, riflette fedelmente la storia retributiva di ciascun lavoratore, impedendo manovre o effetti sperequanti a vantaggio di chi presenta dei picchi di carriera nella fase terminale del rapporto.

La giurisprudenza ha puntualizzato, in tal senso, specie nel periodo appena successivo all'entrata in vigore della legge 297, che, diversamente dalla precedente disciplina, l'anzianità di servizio non concorre più in maniera diretta alla determinazione della somma spettante al lavoratore: *il sistema di*

⁹⁸ Così G. GIUGNI, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 44.

⁹⁹ Così G. GIUGNI, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 21

*computo del t.f.r. predilige quale parametro proporzionale del proprio ammontare la retribuzione annua del lavoratore, a scapito dell'anzianità di servizio, che, in sé considerata, è ridotta soltanto a dimensione temporale della relazione lavorativa*¹⁰⁰.

Il nuovo criterio di computo completa, dunque, l'evoluzione dell'istituto in senso retributivo.

2.7. La disciplina delle anticipazioni e la “duttività funzionale” del t.f.r.

La novella dell'82 attribuisce ai lavoratori la possibilità di ottenere una anticipazione del t.f.r. maturato e accantonato in ragione di una ristretta tipologia di causali giustificative, tassativamente indicate dal legislatore¹⁰¹. La norma, tuttavia, accanto alla previsione delle condizioni di accesso all'anticipazione e della relativa misura, consente all'autonomia privata, sia collettiva che individuale, la stipulazione di clausole contenenti condizioni di miglior favore.

L'autonomia privata anche individuale ha, in questo modo, la possibilità di ampliare l'area delle anticipazioni, incidendo *in melius* sulle diverse disposizioni che la governano, ovvero, se ritiene, rimettersi alla disciplina legale lasciandola del tutto inalterata.

Ciò che maggiormente rileva, in ogni caso, sono le potenzialità evolutive di tale capacità di deroga in ragione della relativa incidenza su un profilo particolarmente qualificante del t.f.r., qual è il momento della corresponsione dell'emolumento (e, secondo alcuni, anche della maturazione del relativo diritto) alla cessazione del rapporto. Tale caratteristica del trattamento ha

¹⁰⁰ Così Cass. 15 giugno 1988, n. 4073, in *Rep. FI*, 1988, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 22; Cass. 5 febbraio 1988, n. 1229, *ivi*, voce *cit.*, n. 24; Cass. S.U. 28 luglio 1986, n. 4812, in *DL*, 1987, II, p. 507.

¹⁰¹ Per una più ampia trattazione della materia delle anticipazioni si rinvia al capitolo II della tesi.

sempre avuto, infatti, un notevole peso in sede di determinazione della sua funzione; di conseguenza, quanto più si ritiene ampia la capacità di deroga dell'autonomia privata, tanto più essa consentirà alla libera contrattazione di incidere sui tratti funzionali dell'istituto in direzione della accentuazione della natura esclusivamente retributiva.

Non sembra azzardato, allora, designare il regime delle anticipazioni come una sorta di “valvola funzionale” del t.f.r. che, in ragione della sua maggiore o minore apertura, è in grado di incidere sulla funzione attribuibile all'intero istituto.

La dottrina si è profusamente interrogata su tale derogabilità, sulle relative limitazioni nonché sulle conseguenze derivanti dalla sua spendita, offrendone differenti letture per lo più sintetizzabili in due macro-orientamenti.

a) Una *prima tesi* attribuisce valore pregnante al titolo e all'*incipit* dell'art. 2120 c.c., che, caratterizzando l'istituto, consentono all'autonomia privata di derogare al regime delle anticipazioni soltanto in ragione di specifiche causali aventi riferimento a condizioni di bisogno dei lavoratori. Così, nella ricostruzione offerta da Antonio VALLEBONA, «l'autonomia collettiva non può spingersi fino ad escludere la necessità di qualsiasi giustificazione, poiché ciò contrasterebbe con le finalità dell'istituto del trattamento di fine rapporto e delle relative anticipazioni, consistenti ... nella imposizione del risparmio di una quota di retribuzione per fronteggiare esigenze di consumo essenziali di carattere straordinario»¹⁰². Nello stesso senso PERSIANI aveva già evidenziato, in uno dei primi interventi di commento alla novella del 1982¹⁰³, l'impossibilità di dilatare troppo i margini delle pattuizioni individuali e

¹⁰² *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, cit., p. 170.

¹⁰³ Si fa riferimento alla *Relazione* svolta nell'ambito del seminario tenuto a Roma i 24-25 marzo 1983, del cui dattiloscritto rinvengo traccia nell'opera di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (qui a p. 123 ss.).

collettive, pena lo snaturamento della funzione previdenziale tipica assegnata dal legislatore al t.f.r..

L'accoglimento di tale impostazione interpretativa comporta la configurazione della natura dell'istituto come *retribuzione differita con funzione previdenziale*.

b) Una *seconda tesi* ritiene che la “valvola” prevista dal comma 11° dell’art. 2120 c.c. in favore dell’autonomia collettiva consenta una totale liberalizzazione dell’istituto, fino al punto che la maggior parte ovvero la totalità delle somme accantonate possa essere erogata, a prescindere da ogni causale giustificativa, anno per anno, in corso di rapporto¹⁰⁴. Secondo i fautori di tale orientamento, di conseguenza, la definizione di “retribuzione differita con funzione previdenziale” appare quantomeno incompleta, risultando esaustiva soltanto nell’ipotesi in cui l’autonomia privata non eserciti la facoltà di deroga. Viceversa, nell’ipotesi in cui le parti, individualmente o collettivamente, decidano di esercitare la propria prerogativa, si registrerebbe una progressiva mutazione della funzione svolta dall’istituto, fino a caratterizzarsi in senso puramente retributivo nell’ipotesi di conferimento degli accantonamenti anno per anno in busta paga¹⁰⁵, senza giustificazione alcuna all’infuori della reciproca volontà delle parti di regolamentare i propri rapporti in quel determinato modo. In tale ottica, «il t.f.r. conserva una natura solo tendenzialmente e convenzionalmente previdenziale, potendo le controparti del rapporto, anche a livello individuale, convenire per una destinazione meramente retributiva delle quote accantonate e per una sostanziale svalutazione dei profili previdenziali»¹⁰⁶. Volendo coniare, per

¹⁰⁴ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DLRI*, 1982, p. 451

¹⁰⁵ Tale possibilità era preclusa nel previgente regime dell’indennità di anzianità a causa dell’inderogabilità della relativa corresponsione: si vedano C. SMURAGLIA, *Riflessioni ...*, cit., p. 308, e L. RIVA SANSEVERINO, *L’indennità di anzianità ...*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁶ In termini, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 124.

simmetria rispetto all'ipotesi sub a), una definizione, potremmo dire che secondo questo orientamento il t.f.r. costituisce una forma di ***retribuzione differita con funzione previdenziale ma con possibile mutazione in senso puramente retributivo.***

Accanto alla diversa configurazione della natura dell'istituto, le due tesi prospettate sembrano differire altresì nell'approccio metodologico adottato: il primo, di matrice induttiva, muove dalla denominazione data all'istituto per trarne limitazioni, inesprese nel testo normativo; il secondo, di tipo deduttivo, non rilevando l'esistenza di predeterminate limitazioni legislative alla capacità di deroga della contrattazione privata, riconosce alla particolare struttura del regime delle anticipazioni la capacità di modificare i tratti funzionali dell'istituto.

In questa sede, anche alla luce dell'approccio metodologico dichiarato in apertura, non può che accogliersi la *tesi sub b.*

Sembra, peraltro, che depongano significativamente in tal senso:

1. *ragioni di carattere sistematico*: se la legge consente di derogare al *quantum* degli accantonamenti, ovvero all'autonomia collettiva di pattuire una illimitata diminuzione della relativa base di computo, non si vede perché, poi, dovrebbe limitare tale potere di deroga in relazione al regime delle anticipazioni. Difatti, in sede di contrattazione collettiva è possibile ridurre il t.f.r. fino a renderlo inconsistente attraverso l'epurazione del dividendo da tutte le voci ultronee rispetto alla retribuzione-base, barattando, ad esempio, tale riduzione con un correlativo aumento in busta paga: non si comprende, allora, perché lo stesso risultato (e lo stesso scambio) non possa essere realizzato modificando la disciplina delle anticipazioni, magari attraverso la pattuizione della annuale corresponsione degli accantonamenti. Da tale

punto di vista la derogabilità del regime delle anticipazioni risulta del tutto simmetrica rispetto alla derogabilità della base di computo;

2. *le predette ragioni di carattere metodologico*: la tesi sub a) sembra imporre in modo aprioristico una determinata funzione all'istituto, a prescindere dal tenore complessivo della concreta disciplina legislativa che, viceversa, contemplando la derogabilità in favore dell'autonomia privata, palesa una malleabilità intrinseca all'istituto e variamente declinabile, come accennato, in senso retributivo.

S'impone, in tal senso, una replica al rilievo secondo cui «in una legge caratterizzata da una assoluta inderogabilità generale, una apertura settoriale (per le anticipazioni) all'autonomia collettiva non può essere utilizzata per ottenere la pratica cancellazione dell'istituto legale attraverso questa via indiretta»¹⁰⁷. L'argomentazione non appare convincente nella misura in cui, anche sotto tale specifico profilo, vincola il potere derogatorio della autonomia collettiva in ragione della presunta esistenza di una *ratio* complessiva ed inderogabile del t.f.r.. VALLEBONA presuppone, infatti, l'esistenza di un «principio generale di inderogabilità assoluta» della legge n. 297/1982¹⁰⁸ che sarebbe fonte di intangibilità della natura e della *ratio* dell'istituto facendone derivare vincoli alla derogabilità sul piano causale. Come già evidenziato, tale approccio metodologico non sembra condivisibile.

Più correttamente, è possibile visualizzare la natura dell'istituto alla stregua della sua concreta disciplina. L'analisi degli elementi normativi, valutati sia singolarmente sia unitariamente, mostra la predisposizione

¹⁰⁷ A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto...* cit., p. 171.

¹⁰⁸ L'AUTORE fonda tale principio sulla lettera del penultimo comma dell'art. 4 in cui la legge sancisce la nullità e sostituzione di diritto di tutte le clausole di contratti collettivi regolanti la materia del trattamento di fine rapporto (cfr. *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, cit. p. 137 ss.)

di un'ampia sfera di derogabilità sul regime delle anticipazioni che, nell'ambito del complessivo quadro disegnato dal legislatore, non può essere ridotto ad "un'eccezione che conferma la regola" della generale inderogabilità della legge. Se è vero, infatti, che il dettato normativo consente all'autonomia privata di incidere sulle modalità di accesso e di godimento delle anticipazioni¹⁰⁹, modificando, di conseguenza, la funzione svolta dall'istituto, deve concludersi che tale previsione, lungi dal costituire una "apertura settoriale", costituisce un elemento fortemente caratterizzante l'istituto del t.f.r..

Ci sembra peraltro che lo stesso VALLEBONA offra un'inconsapevole conferma a tale lettura quando, rilevando la capacità della contrattazione collettiva di incidere anche sulla composizione della base di computo, conclude che «ove volesse temporaneamente comprimere o addirittura eliminare il trattamento di fine rapporto potrebbe farlo in via diretta, salva sempre la riespansione della base di calcolo e di rivitalizzazione dell'istituto mediante successivi contratti»¹¹⁰. L'utilizzo di tali spazi da parte dell'autonomia privata non inciderebbe, secondo l'Autore, sulla inderogabile funzione di retribuzione differita con finalità previdenziali propria del trattamento di fine rapporto. Viceversa, è sufficiente riflettere sugli effetti della derogabilità della base di computo per mettere in dubbio la prospettata ricostruzione: la contrattazione collettiva può modificare la definizione legale fino a rendere sostanzialmente inconsistente l'istituto, magari in ragione di uno scambio contrattuale con un aumento della retribuzione diretta. Ma anche una deroga di tal fatta finirebbe per privare il t.f.r. della funzione previdenziale che molti autori gli attribuiscono come

¹⁰⁹ Nel rispetto dei limiti evidenziati.

¹¹⁰ A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 171.

intangibile! Va da sé che una lettura sistematica delle due norme, svolta alla luce della complessiva disciplina positiva dell'istituto, evidenzia l'esistenza di una medesima logica di fondo: l'attribuzione alla autonomia privata della possibilità di "modellare" l'istituto in base alla libera¹¹¹ volontà delle parti.

Tra gli altri, vi è poi un altro elemento normativo, inconciliabile con la tesi della inderogabilità funzionale del t.f.r. coniata da Vallebona, che, seppur indirettamente, offre un'ulteriore conferma alla ricostruzione dell'istituto sin qui prospettata. Un elemento che, peraltro, merita di essere riportato anche in ragione della forte attenzione sollevata di recente sul rapporto tra trattamento di fine rapporto e sistema pensionistico.

C'è, infatti, nella legge n. 297/1982, una norma che introduce, all'art. 3, dei miglioramenti pensionistici¹¹², alcuni dei quali finanziati, a cura del datore di lavoro, mediante una contribuzione previdenziale aggiuntiva (comma 16°) il cui importo è detraibile dalla quota di trattamento di fine rapporto (ultimo comma). Tale contribuzione, insomma, seppur materialmente a carico dei datori di lavoro, grava in realtà sui singoli lavoratori, offrendo la possibilità di utilizzare le aliquote contributive «come strumento di politica economica... anche

¹¹¹ Con le dovute limitazioni per le quali si rinvia al successivo paragrafo dedicato agli spazi di derogabilità dell'autonomia privata.

¹¹² Si tratta della trimestralizzazione della perequazione automatica (ai commi 1-7), della modifica del metodo di calcolo della pensione, individuata sulla base della media retributiva degli ultimi cinque anni rivalutata per intero (ai commi 8-12 e 14) e l'indicizzazione del limite massimo di retribuzione pensionabile (comma 13), per il merito dei quali si rinvia al commentario redatto da G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento...*, cit., p. 147 ss.) che dedica un capitolo alle «Norme in materia pensionistica» a cura di M. INTORCIA; nonché, ID. *Commento all'art. 3 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 283ss..

se, ovviamente, manovre del genere andrebbero a scapito della funzione dell'istituto ... con conseguente ulteriore spinta verso la scomparsa del trattamento»¹¹³. Ma la stessa esistenza di norme, interne all'impianto normativo del t.f.r., che consentono potenzialmente di "piegare" l'istituto al perseguimento di finalità diverse da quella canonicamente attribuitagli dimostra che il legislatore non ha inteso costruire un istituto dotato di un'unica ed inderogabile funzione. Altrimenti dovrebbe concludersi che l'art. 3 costituisce l'ennesimo elemento di incoerenza sistematica della legge con quella funzione, ingiustificatamente ipostatizzata da Vallebona, di assistenza previdenziale in relazione ad eventi straordinari di bisogno nella vita del lavoratore (la perdita del posto di lavoro, *in primis*, e, quanto al regime delle anticipazioni, le spese sanitarie e l'acquisto della prima casa).

Viceversa - e in definitiva - sembra più opportuno concludere che la legge n. 297/1982 contenga una pluralità di elementi coerentemente volti a rendere il t.f.r. adattabile alle più diverse finalizzazioni. Ne costituisce una significativa riprova il fatto che, per dar corso alla odierna trasformazione del trattamento in strumento prettamente previdenziale, il legislatore non ha dovuto modificare alcun aspetto della disciplina vigente in tema di computo, accantonamento e rivalutazione delle quote di t.f.r., potendo limitarsi a mutare la destinazione dell'istituto e, con essa, la funzione svolta.

Infine, senza anticipare gli avvenimenti che hanno segnato la recente evoluzione del trattamento di fine rapporto, sia consentito evidenziare che proprio nella norma pensionistica poc'anzi citata è possibile

rintracciare quella che costituisce forse la più risalente matrice della riforma del 2005.

L'ultimo comma dell'art. 3, l. n. 297/1982, prevede, infatti, la possibilità che «il trattamento di fine rapporto sia erogato mediante forme previdenziali», contemplando la possibilità di finanziare, mediante il t.f.r., dei fondi aziendali, la cui prestazioni non potevano superare, in quanto sostitutive del t.f.r., la misura massima inderogabilmente stabilita dalla legge per il trattamento medesimo¹¹⁴. Si tratta senz'altro di un significativo antecedente, ma, tuttavia, non può ignorarsi la rilevanza della diversa qualificazione offerta alle forme pensionistiche dette all'epoca integrative rispetto alla novella previdenza complementare: mentre all'emanazione della legge n. 297 la previdenza privata era sostanzialmente identificata con quella sindacale-aziendale e il suo finanziamento qualificato a tutti gli effetti come retributivo, sicchè la prevista esenzione da contribuzione per il t.f.r. distingueva l'istituto rispetto alle suddette forme pensionistiche, oggi, come rileveremo tra breve, sembra che tale distanza sia stata decisamente accorciata.

2.8. La devoluzione alla previdenza complementare: ritorno al futuro?

Ripartiamo, allora, dal “fervore” interpretativo suscitato dall'emanazione della legge n. 297/1982.

¹¹⁴ Così A. VALLEBONA, *Il trattamento....*, cit., p. 140. di diverso avviso, G. FERRARO, *Commento....*, cit., p. 288-289, secondo cui sarebbero vietati anche regimi sostitutivi, essendo consentiti solo atti di volontaria previdenza, sempre entro i limiti quantitativi fissati dalla nuova legge.

Sebbene la dottrina avesse palesato, su suggerimento della stessa Commissione Giugni¹¹⁵, il convincimento che il potere derogatorio riconosciuto all'autonomia privata avrebbe lasciato «spazi in futuro ad eventuali (e non difficilmente immaginabili) scelte di politica contrattuale tese ... a ridimensionare la portata dell'istituto a favore della retribuzione diretta»¹¹⁶, sembra che la realtà abbia seguito un percorso differente. Nel corso di oltre un ventennio, non si sono registrate, salvo sporadiche ipotesi a livello individuale, delle brusche virate della contrattazione in senso retributivo; segno che, nel tempo, le parti hanno ritenuto - pur avendone la possibilità - di non intaccare il trattamento di fine rapporto, forse non solo per consuetudine contrattuale, ma anche per avere complessivamente apprezzato il funzionamento di un istituto capace anche di fungere da salvadanaio cui attingere nelle particolari situazioni di bisogno tratteggiate nel regime legale delle anticipazioni. Di conseguenza, alla luce del consueto metodo di osservazione positiva, dobbiamo concludere che il t.f.r., come lo abbiamo conosciuto tra le righe della l. 297/1982 che ancora oggi lo disciplina, abbia sostanzialmente natura di retribuzione differita con funzione latamente previdenziale.

All'inerzia dell'autonomia privata, tuttavia, si è avvicinato l'attivismo del legislatore che nell'ultimo quindicennio ha coinvolto l'istituto, in maniera gradualmente crescente, seppur senza mai modificare lo zoccolo duro della relativa disciplina, nella riforma del sistema pensionistico italiano. Si è trattato di una serie di operazioni dilazionate nel tempo ma che, tracciano, col senno del poi, un ben definito progetto di "riqualificazione" dell'istituto in chiave previdenziale.

¹¹⁵ Cfr. *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge n. 1830 concernente la «disciplina del trattamento di fine rapporto»*, presentato dal Presidente del Consiglio al Senato in data 17 marzo 1982, cit..

¹¹⁶ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit..

Sembra infatti, che all'affacciarsi dell'ennesima emergenza, questa volta del sistema previdenziale, la politica italiana abbia pensato di arginarla ricorrendo anche al t.f.r., all'uopo trasformato in possibile strumento di finanziamento dei fondi pensionistici complementari. Sicché, pubblicizzata ai lavoratori come "opportunità" di accesso ad un fondo pensionistico privato, l'ultima riforma del t.f.r. si è immediatamente tradotta per i datori di lavoro in un sostanziale esproprio dei relativi accantonamenti di cui erano da sempre detentori (nonché buoni investitori) fino al momento della cessazione del rapporto del singolo dipendente.

In realtà, la possibilità di spostare i fondi accantonati all'esterno delle imprese presso apposite gestioni era già stata valutata dalla Commissione Giugni ed esclusa in ragione degli «evidenti problemi di liquidità» che avrebbe cagionato alle imprese. Altrettanto evidenti valutazioni difformi hanno, invece, dettato le scelte dell'ultimo riformatore, il ché lascia presumere che il sistema pensionistico del paese versasse in difficoltà tali da superare, in ordine di rilevanza, la salvaguardia degli equilibri finanziari dell'industria italiana.

In ogni caso, già da qualche tempo la dottrina aveva rivolto le proprie attenzioni alla possibilità di far partecipare i lavoratori al capitale di rischio delle imprese¹¹⁷, evocando tematiche note al dibattito giuslavorista di qualche anno addietro: con il d. lgs. 17 agosto 1999, n. 299 (su delega dell'art. 71, primo e secondo comma, della legge n. 144/1999) il legislatore consentiva, soltanto per il 1999 e per i tre anni successivi, la c.d. "cartolarizzazione"¹¹⁸ del

¹¹⁷ Si vedano A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori*, Giuffré, Milano, p. 998; M. BIAGI, *La partecipazione azionaria dei dipendenti tra intervento legislativo e autonomia collettiva*, in *RIDL*, 1999, I, p. 283 ss.; E. GHERA, *L'azionariato dei lavoratori dipendenti*, in *ADL*, 1997, 6, p. 1 ss.

¹¹⁸ Cfr. DI TANNO, *La titolarizzazione del T.F.R. per alimentare i fondi pensione*, in *GC*, 1999, I, p. 451 ss.; CASALINO, *Trasformazioni in titoli del trattamento di fine rapporto e*

t.f.r., consistente nella possibilità per il datore di lavoro di sostituire, previo consenso scritto del lavoratore, il relativo accantonamento annuale con l'emissione di strumenti finanziari in favore di fondi gestori di forme di previdenza complementare. Tali strumenti potevano consistere in azioni, ottenute mediante l'aumento del capitale sociale, obbligazioni convertibili in azioni o altri titoli *cum warrant*. In tal modo, le somme annuali "dovute" al lavoratore in via di accantonamento si sarebbero trasformate in finanziamento di un fondo di previdenza. L'obiettivo perseguito dal legislatore era senz'altro duplice: favorire lo sviluppo delle forme di previdenza complementare garantendo, al contempo, alle imprese la conservazione di un capitale di rischio attraverso un mero trasferimento del credito dal lavoratore al fondo previdenziale.

Nel frattempo, però, il collegamento tra t.f.r. e previdenza complementare veniva suggellato dal d. lgs. 124 del 1993¹¹⁹, che disciplinava i fondi pensionistici complementari e canonizzava il principio di volontarietà dell'adesione agli stessi. La successiva c.d. Riforma Maroni (L. d. 23 agosto 2004, n. 243) prima e, poi, il d. lgs. 252 del 2005 hanno rinsaldato il suddetto collegamento attraverso la predisposizione di una più completa disciplina delle forme pensionistiche complementari che prevede, al suo interno, il conferimento dei futuri accantonamenti annuali di t.f.r. alle forme pensionistiche complementari «salva diversa esplicita volontà delle parti»¹²⁰ ovvero la trasformazione dell'istituto di nostro interesse in libero strumento di finanziamento della previdenza complementare.

devoluzione ai fondi pensione, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, Milano, 2000, p. 67 ss.

¹¹⁹ Abrogato dall'art. 21, ultimo comma, del d. lgs. 252 del 2005.

¹²⁰ Così in termini l'art. 1, comma 2, lett. e), n. 1, l. 243/2004, nonché il successivo art. 8, comma 7, d. lgs. 252/2005.

Si intende così anticipare, in maniera molto semplicistica e riassuntiva, la più rilevante ricaduta sull'istituto di nostro interesse di una riforma - i cui tratti salienti saranno tracciati nelle pagine a seguire – complessa e forse ambigua come l'intero sistema previdenziale italiano. In questa sede è sufficiente accennare che oggi i lavoratori possono scegliere liberamente di far confluire le quote di t.f.r. in un fondo di previdenza che gli consentirà, in futuro, di godere di una pensione complementare rispetto a quella pubblica (c.d. obbligatoria), oppure continuare ad avvalersi, al momento della cessazione dei singoli rapporti di lavoro, di una somma in capitale calcolata secondo il criterio contenuto nell'art. 2120 c.c..

In tale ultima ipotesi, tuttavia, ovvero qualora il lavoratore voglia conservare il diritto a percepire il tradizionale emolumento di fine rapporto, le quote di t.f.r. accantonate restano nella disponibilità soltanto delle imprese di piccole dimensioni (fino a 50 dipendenti), gravando, viceversa, su sul datore di lavoro che abbia alle proprie dipendenze più di 50 addetti l'obbligo di versare i suddetti accantonamenti al “Fondo per la gestione del t.f.r.”, di recente istituito presso l'INPS¹²¹, che provvederà, alla cessazione dei singoli rapporti di lavoro, a liquidare il trattamento ai rispettivi aventi diritto¹²².

Avendo tratteggiato, in tal modo, le tre possibili “destinazioni” che il lavoratore può dare al proprio trattamento di fine rapporto, resta da stabilire a quale funzione esse rispettivamente rispondano, si da completare il quadro evolutivo della natura e funzione dell'istituto.

¹²¹ Si fa riferimento al Fondo istituito dall'art. 1, comma 755, l. n. 296 del 2006 e disciplinato dal d. m. 30 gennaio 2007

¹²² «Limitatamente alla quota corrispondente ai versamenti effettuati al Fondo medesimo» (art. 1, comma 756, l. 27 dicembre 2006, n. 296) poiché questi ultimi (ovvero gli accantonamenti di t.f.r., al netto del contributo di cui all'art. 3, ultimo comma, della l. 297/1982) affluiscono nel Fondo medesimo solo a far data dal 1° gennaio 2007 (art. 1, comma 765, cit.), mentre la restante parte, relativa alle somme ordinariamente accantonate dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2120 c.c. fino alla data del 1° gennaio 2007, resta a carico del datore di lavoro. Si rinvia, in ogni caso, alla parte seconda della ricerca.

1) In ordine di semplicità, possiamo subito dire che per i lavoratori dipendenti da imprese con un numero di addetti inferiore a 50 e che intendano conservare il proprio t.f.r. presso il datore di lavoro, non si pone alcuna ulteriore questione interpretativa: il trattamento di fine rapporto di questi lavoratori continuerà ad essere disciplinato dall'art. 2120 c.c. e a svolgere, dunque, la tradizionale funzione retributivo-previdenziale, salvo che – secondo l'impostazione qui accolta – l'autonomia privata non scelga di inciderla in senso retributivo. Resta ancora attiva, dunque, la “valvola” del regime delle anticipazioni nonché quella della modificabilità della base di computo dell'istituto.

2) Vi è da chiedersi, poi, quale sia il regime del t.f.r. obbligatoriamente devoluto dai datori di lavoro con più di 50 dipendenti al Fondo costituito presso l'INPS. La disciplina del suddetto Fondo, istituito da comma n. 755 della legge n. 296 del 2006, è stringatamente contenuta nel successivo comma n. 756, nonché nel d. m. 30 gennaio 2007, emanato in attuazione del comma 757 che rinviava all'emanazione di un successivo intervento ministeriale per la regolamentazione dell'organismo. Eccezion fatta per alcuni profili fiscali e per una serie di disposizioni che curano il regime transitorio per i lavoratori aventi un rapporto di lavoro in corso a cavallo del 1 gennaio 2007, data di entrata in vigore della riforma, la novella lascia invariato il regime normativo e di computo contenuto nella legge n. 297 dell'82.

La novità più rilevante per la parte datoriale risiede senza dubbio nella perdita di disponibilità delle quote di t.f.r., obbligatoriamente devolute al Fondo INPS per il t.f.r. con cadenza mensile (salvo conguaglio alla fine dell'anno).

A ben vedere, però, una ben più interessante innovazione riguarda i lavoratori, che, in ragione della creazione del suddetto Fondo, sembrano acquistare (forse inconsapevolmente, forse disinteressatamente) un nuovo potere contrattuale.

Difatti, restando invariati gli spazi di derogabilità attribuiti all'autonomia privata, in relazione sia alla base di computo del trattamento (e, quindi, alla sua consistenza come oggetto di scambio in sede di contrattazione), sia al regime delle anticipazioni (e, quindi, alla possibilità di modificarlo sino al punto di darvi una cadenza periodica e attribuire al trattamento carattere puramente retributivo), l'istituzione del Fondo INPS per il t.f.r. comporterà, presumibilmente e prospetticamente, una alterazione dell'equilibrio contrattuale disegnato dalla legge n. 297.

Il datore di lavoro, infatti, privato della disponibilità delle quote accantonate di t.f.r., perché costretto a versarle al suddetto Fondo, non ha più alcun interesse su quelle somme che ormai costituiscono per lui esclusivamente un costo, peraltro necessariamente reale ed immediato e non figurativo e/o differito.

In altre parole, perdendo il beneficio della reinvestibilità di quel capitale all'interno dell'azienda, tanto varrà utilizzarlo come strumento contrattuale, ad esempio riducendone l'ammontare mediante una deroga peggiorativa al criterio di computo della retribuzione base annua. Certo: non è detto che i lavoratori abbiano interesse a rinunciare al trattamento di fine rapporto per ottenere in cambio un immediato aumento in busta paga. È anche vero, però, che la forte crisi economica in cui versa il nostro paese non rende tanto remota tale ipotesi.

Allo stesso modo, in materia di anticipazioni, il legislatore e il successivo intervento ministeriale si limitano a disciplinare il regime transitorio della competenza nell'erogazione delle relative somme a carico del datore di lavoro e del Fondo INPS: l'ammontare dell'anticipazione si calcola infatti su tutto il t.f.r. maturato sino al momento della richiesta e grava sul datore di lavoro per quanto accantonato al 31 dicembre 2006, sul Fondo INPS per quanto

accantonato a far data dal 1 gennaio 2007 e nei limiti di quanto versato al suddetto Fondo.

Quanto al regime delle medesime anticipazioni, nel silenzio del legislatore, che lasciava la piena vigenza della normativa contenuta nella l. 297/1982 e, quindi, anche del potere derogatorio attribuito alla autonomia collettiva, l'Inps ha risolto i dubbi avanzati in merito concludendo che «la materia delle anticipazioni sul t.f.r. è disciplinata dall'art. 2120 c.c., coerentemente con quanto previsto dalle disposizioni di cui all'art. 1, commi 755 e seguenti della legge 27 dicembre 2006, n. 296»¹²³. Stando così le cose, bisogna concludere che le parti possono ancora oggi liberamente raggiungere un accordo che modifichi il regime legale delle anticipazioni, fino a trasferirne la relativa erogazione periodicamente in busta paga.

Questo implicito rinvio alla disciplina vigente solleva, però, non poche perplessità, innanzitutto in merito alla *ratio* della istituzione di tale Fondo presso l'INPS. La più immediata ragione, di tipo economico, può essere ricercata senz'altro nello spostamento di una fonte di finanziamento dalle casse delle imprese a quelle del sistema previdenziale pubblico. Ma le perplessità aumentano se si considera che il Fondo dovrebbe essere in grado di liquidare, insieme alle erogazioni di fine rapporto, altresì le somme dovute a titolo di anticipazione: conservando immutata la derogabilità del regime delle anticipazioni, resta, infatti, la possibilità che il nuovo Fondo debba soddisfare le richieste non secondo il dettato normativo, bensì nei diversi termini pattuiti in sede di contrattazione individuale o collettiva, conservando la disponibilità in cassa di buona parte delle somme versate dai datori di lavoro. Ne conseguirebbe, in altre parole, l'immobilizzazione di quelle quote e l'impossibilità per l'Istituto previdenziale di investirle o darvi una diversa destinazione. È anche vero, però, che nell'arco di oltre un ventennio

¹²³ Cfr. Circolare Inps n. 70/2007.

l'autonomia privata non ha prodotto (quasi) nulla di così eclatante, sicché il legislatore, puntando forse sulla continuità delle dinamiche contrattuali, ha proceduto alla (nemmeno tanto azzardata) costituzione di un Fondo che, permanendo l'attuale stato delle cose, potrà gestire ingenti somme di denaro, dovendo realisticamente fronteggiare le sole richieste rientranti in quel 10% degli aventi titolo e, comunque, del 4% per cento del numero totale dei dipendenti¹²⁴.

Accanto all'introito economico, un ulteriore motivo per la costituzione di un Fondo di tal fatta può essere individuato forse nell'intento di promuovere l'adesione dei lavoratori alla previdenza complementare: se non fosse stato istituito tale fondo, i datori di lavoro (interessati a conservare nelle casse aziendali gli accantonamenti di t.f.r.) avrebbero probabilmente indotto i propri dipendenti a conservare il vecchio regime al comprensibile scopo di poter continuare ad usufruire di quella preziosa fonte di autofinanziamento, evitandone il conferimento a bacini di raccolta, con finalità pensionistiche, esterni all'impresa.

3) Considerando, infine, la posizione di coloro che manifestano la volontà di aderire alla previdenza complementare, lo scenario cambia completamente. Per questi lavoratori le quote accantonate a titolo di t.f.r. secondo le modalità di computo previste dall'art. 2120 c.c. divengono una fonte di finanziamento per i fondi, da essi prescelti, di previdenza complementare. Si rende opportuno chiarire, quindi, se e in che modo la nuova destinazione di tali somme incida sulla originaria natura, retributiva con funzione previdenziale, attribuita ormai unanimemente al t.f.r. e ai relativi accantonamenti.

Parte della dottrina ha, per lungo tempo, distinto i suddetti accantonamenti dalle risorse destinate ai regimi di previdenza complementare proprio in

¹²⁴ *Ex art. 1, comma 7, l. 297/1982.*

ragione del fatto che queste ultime avrebbero natura previdenziale in senso stretto, alla stessa stregua delle prestazioni erogate dai rispettivi fondi in funzione di determinati eventi relativi alla persona del lavoratore¹²⁵. Tale orientamento si fondava sulla attribuzione alla previdenza complementare di una funzione analoga ed integrativa rispetto a quella svolta dalla previdenza pubblica¹²⁶, in quanto finalizzata anch'essa al soddisfacimento di bisogni collettivi simili a quelli il cui perseguimento la Costituzione affida allo Stato nonché ai suoi organi ed istituti (cfr. comma 4° dell'art. 38 Cost.). Dunque, il «carattere, ...già identificabile nel disegno costituzionale, della rilevanza sociale»¹²⁷ dei bisogni al cui soddisfacimento tende la previdenza complementare, conferirebbe ai fondi pensionistici complementari la medesima funzione svolta dalla previdenza pubblica, e ai relativi mezzi di finanziamento la medesima natura dei contributi c.d. obbligatori. Sicché anche le quote di t.f.r., da quando concorrono al finanziamento della previdenza complementare, avrebbero acquisito la medesima natura di contributi previdenziali c.d. obbligatori.

L'orientamento, però, appare viziato alla radice da quella premessa riconduzione della previdenza complementare nell'alveo della previdenza pubblica poco coerente¹²⁸ col disegno del Costituente, che, all'art. 38 della

¹²⁵ Cfr. in tal senso, G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, 1995, cit..

¹²⁶ La questione della riconducibilità della previdenza complementare alla previdenza pubblica (art. 38 Cost, comma 2°) ovvero alla previdenza privata (art. 38 Cost., comma 5°) è di tutt'altro che pacifica risoluzione, tant'è che, in una con la qualificazione dei relativi strumenti di finanziamento, costituisce oggetto di confronto dottrinale e giurisprudenziale da oltre un cinquantennio. Rinviando alla parte terza per un *breve excursus* delle principali tappe normative ed interpretative che hanno segnato l'evoluzione di tale dibattito, sia consentito riportare, in questa sede, pochi elementi utili per trarre qualche seppur sommaria conclusione in merito alla questione sollevata.

¹²⁷ Cfr. R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *QDLRI*, 1988, 3, p. 70.

¹²⁸ Nel tempo molti Autori hanno rilevato l'incoerenza della classica interpretazione che riconduce la previdenza complementare al 2° comma dell'art. 38 Cost. Si vedano, tra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, nel suo *Trattamento di fine rapporto* del 1995 (cit., specie p. 68) o il più recente saggio di G. ZAMPINI su *La previdenza complementare nella*

Carta, sembra scindere perfettamente le funzioni e prerogative della previdenza pubblica (prima parte) rispetto a quelle lasciate alla libera determinazione dei privati (ultimo comma).

Senz'altro più fedele a tale disegno risulta l'autorevole (ma, in verità, minoritaria) tesi secondo cui i finanziamenti delle forme di previdenza complementare avrebbero natura retributiva e funzione previdenziale, proprio alla stessa stregua delle quote accantonate a titolo di trattamento di fine rapporto¹²⁹: di conseguenza, le suddette quote conserverebbero immutate la loro natura e la loro funzione anche se devolute e a fondi pensionistici complementari. Si sostiene, in particolare, che, «poiché l'intero onere del finanziamento dei regimi integrativi o complementari (o comunque la maggior parte di esso) è a carico dei datori di lavoro, le prestazioni di quei regimi devono essere considerate come retribuzione differita in funzione previdenziale»¹³⁰. Sicché, non solo i finanziamenti risulterebbero del tutto simili agli accantonamenti di t.f.r., ma anche le prestazioni erogate dai fondi pensionistici complementari andrebbero assimilate all'emolumento di fine rapporto, poiché, similmente ad esso, presentano natura retributiva e funzione previdenziale. Tale funzione avrebbe matrice sostanzialmente privatistica perché costituita dal soddisfacimento di bisogni non fronteggiati dalla previdenza pubblica e, dunque, riconducibili nell'alveo «di quella previdenza privata della quale l'ultimo comma dell'art. 38 Cost. garantisce la libertà»¹³¹. Ne discende che la complementarietà di tali regimi previdenziali rispetto a

giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme (in *ADL*, 1, 2006, specialm. p. 317).

¹²⁹ Cfr. i saggi di Mattia PERSIANI di cui si compone la raccolta *La previdenza complementare*, cit. Per ulteriori riferimenti in merito alla questione sia consentito rinviare alla parte seconda, cap. II, della presente ricerca.

¹³⁰ Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2007, p. 343 ss., ma che leggo in *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2008, p. 31.

¹³¹ Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2003, p. 40.

quelli pubblici inerisce «le prestazioni e non le funzioni»¹³², come, viceversa, la dottrina maggioritaria da sempre sostiene.

Anche tale orientamento, tuttavia, sebbene sia più fedele al progetto previdenziale voluto dal Costituente, solleva comunque qualche perplessità: se è vero, infatti, che gli accantonamenti di t.f.r. destinati alla previdenza complementare sono a carico dei datori di lavoro, è altrettanto vero che tale circostanza, in sé considerata, non appare sufficiente a conferirgli natura retributiva; tra gli altri, almeno per due ordini di ragioni.

Innanzitutto perché non tutto quanto è versato dal datore di lavoro in ragione del rapporto di lavoro può definirsi retribuzione. La stessa contribuzione obbligatoria costituisce senz'altro un costo del lavoro e, tuttavia, il solo fatto che sia dovuta in dipendenza del rapporto di lavoro non consente di qualificarla come emolumento retributivo. Non a caso l'art. 12 della legge 153 del 1969 definiva come retribuzione imponibile ai fini della contribuzione previdenziale, «tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura in dipendenza del rapporto di lavoro», individuando, così, l'elemento discriminante nel percepimento diretto a favore del dipendente *versus* le erogazioni effettuate in favore di organismi di gestione della previdenza integrativa¹³³.

In secondo luogo viene in rilievo il tipo di gestione finanziaria di tali accantonamenti: l'accumulazione individuale di quote di retribuzione affidate, per esempio, ad una gestione assicurativa con finalità di mero risparmio si fonda sulla necessaria corrispettività tra gli accantonamenti versati e le prestazioni successivamente percepite dall'assicurato. Viceversa, i fondi che realizzano forme di solidarietà collettiva, quali sono quelle di previdenza

¹³² M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, cit., p. 32.

¹³³ Cfr. R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 77 ss., nonché M. PERSIANI, *Retribuzione e previdenza secondo legge e contratto*, in *GI*, 1984, IV, c. 88 ss.

complementare, interrompono tale nesso di corrispettività, presentando una struttura finanziaria a gestione mutualistica che, peraltro, consente al singolo iscritto, almeno in via ipotetica, di accedere ad investimenti più redditizi di quelli ai quali potrebbe far ricorso singolarmente¹³⁴.

La questione, in realtà, è ancora aperta e sarà ripresa, per una più ricca contestualizzazione storica, nel capitolo 4° della ricerca. In ogni caso, la dottrina maggioritaria, in una con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, sembra propendere per una qualificazione privatistica della previdenza complementare pur considerandola, tuttavia, "funzionalizzata" al perseguimento di interessi pubblici generali ovvero funzionalmente concorrente rispetto al sistema di previdenza obbligatoria.

Si delinea, in questo modo, una sorta di posizione intermedia rispetto a quelle più nette sin qui illustrate e tradizionalmente contrapposte; intermedia quanto ambigua, proprio come l'apparato normativo che disciplina il sistema pensionistico italiano: sufficientemente «coerente», per un verso, al progetto previdenziale costituzionale, nelle garanzie di libertà e volontarietà dell'adesione alla previdenza complementare privata, per altro verso alle esigenze del sistema previdenziale pubblico, che avrà sempre più la necessità di essere privatamente integrato per garantire un livello pensionistico sufficiente alla liberazione dei cittadini dagli stati di bisogno.

Seguendo questa "terza via", Giuseppe SANTORO PASSARELLI offre una condivisibile ricostruzione della evoluzione subita dagli accantonamenti di t.f.r. a seguito della loro devoluzione alle forme pensionistiche complementari.

Tali somme proprio alla stregua di qualsiasi altro strumento di finanziamento della previdenza privata acquisterebbero la natura di atto previdenziale in senso stretto, in ragione della illustrata vocazione solidaristica dei fondi, che,

¹³⁴ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento ...*, 2007, cit. p. 115.

diversamente da quanto accade in qualsiasi altra forma di risparmio individuale, interrompe «il nesso di corrispettività tra accantonamento e prestazione di lavoro»¹³⁵, privando i relativi finanziamenti della matrice retributiva in favore di uno spiccato titolo previdenziale. Gli accantonamenti di t.f.r., pertanto, «una volta che siano versati al fondo di previdenza complementare, perdono la loro natura retributiva e acquistano natura previdenziale in senso ontologico», di tal ch  «diventa erroneo continuare a riconoscere loro natura retributiva e funzione previdenziale»¹³⁶. Ci  non ne comporta, tuttavia, un'assimilazione *in toto* ai contributi cc.dd. obbligatori dal momento che le quote di t.f.r. confluite nella previdenza complementare conservano la propria natura privatistica (pur dovendosi opportunamente distinguere tra le suddette forme pensionistiche a vocazione solidaristica e altri strumenti di previdenza che, pur svolgendo una funzione analoga, presentano una matrice prettamente individualistica, come le assicurazioni o altre forme di risparmio).

Quanto al trattamento erogato dal fondo di previdenza complementare finanziato con le quote di t.f.r., non si tratter  pi  di un emolumento conferito *una tantum* alla cessazione del rapporto, bens  di una prestazione pensionistica periodica. L'istituto acquista, cos , una funzione *prettamente* previdenziale (o pensionistico-previdenziale), molto diversa da quella funzione *latamente* previdenziale svolta dal trattamento conferito al momento dell'estinzione del rapporto. Quest'ultima, infatti,   legata al transeunte stato di bisogno in cui versa il lavoratore in ragione della cessazione del singolo rapporto di lavoro ovvero, quanto al regime delle anticipazioni, in ragione di altra esigenza di carattere straordinario prevista dalla legge o dalla libera contrattazione e viene assolta da un'unica erogazione, che tutt'al pi  se

¹³⁵ G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...*, cit., 2007, p. 114.

¹³⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...*, cit., 2007, p. 114-115.

integrante un'anticipazione, viene affiancata dal conferimento della somma residuale al momento della cessazione del rapporto. Viceversa, la confluenza del trattamento nella previdenza complementare soddisfa un diverso bisogno di natura esclusivamente pensionistica ed attribuisce al lavoratore il diritto a percepire un emolumento periodico che affianca i trattamenti pensionistici pubblici: ciò che attribuisce al t.f.r. «natura previdenziale in senso stretto»¹³⁷.

Dal punto di vista evolutivo-funzionale, la possibilità di utilizzare il t.f.r. per finalità spiccatamente previdenziali sembra confermare appieno la rilevata duttilità conferita all'istituto dalla legge del 1982. Con la più recente riforma della previdenza complementare, in effetti, il legislatore consente al lavoratore di optare per il finanziamento, mediante devoluzione dei propri accantonamenti di t.f.r., di un fondo pensionistico: id est, di trasformare la natura del proprio trattamento di fine rapporto da retributiva (con funzione latamente previdenziale) a prettamente previdenziale, attraverso un atto di manifestazione di volontà (espresso o tacito). Se, dunque, fino a ieri la principale valvola di trasformazione del t.f.r. era costituita dal regime delle anticipazioni e, segnatamente, dalla libertà di derogarvi, accentuando il profilo retributivo ovvero conservando quello latamente previdenziale che qualificano l'istituto, oggi il legislatore ha "tipizzato" una nuova modalità di utilizzo del t.f.r. in funzione previdenziale.

Preservando la libertà del singolo lavoratore, il cui t.f.r. può confluire in un regime pensionistico complementare solo in ragione di una scelta esercitata "a monte", il legislatore ha incentivato l'adesione a forme di previdenza complementare deputate ad offrire, in futuro, un forte sostegno al sistema previdenziale obbligatorio¹³⁸.

¹³⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento ...*, cit., 2007, p. 113.

¹³⁸ Per qualche più ampia considerazione in merito, sia consentito rinviare alla parte terza della ricerca.

Intanto, anche la riforma del 2005 si è preoccupata di introdurre, simmetricamente rispetto alla disciplina del 1982, una serie di possibili causali legittimanti l'erogazione di anticipazioni da parte del fondo pensionistico complementare¹³⁹.

Tali ipotesi, restituiscono nuovamente alle quote di t.f.r. devolute al fondo pensionistico l'originario carattere di conferimento *una tantum* con natura previdenziale "momentanea"¹⁴⁰; tuttavia, la possibilità di accedere a delle anticipazioni, nell'ambito di un fondo di previdenza complementare, dovrebbe avere carattere eccezionale, anche perché il legislatore stabilisce che le prestazioni erogabili dai fondi pensione disciplinati dal d. lgs. 252/2005 consistono esclusivamente in «trattamenti pensionistici complementari» (art. 1, comma 1). Per analoghe ragioni, ovvero per evitare che venga compromessa la finalità pensionistica del fondo, il regime delle suddette anticipazioni dovrebbe presumibilmente risultare inderogabile da parte dell'autonomia privata, sia dal punto di vista quantitativo che dal punto di vista causale: diversamente opinando, dovrebbe concludersi che anche gli aderenti ai fondi pensione complementari, modificando il regime delle anticipazioni, potrebbero restituire alle somme versate al fondo ed ottenute a titolo di anticipazione una natura sostanzialmente retributiva.

¹³⁹ G. SANTORO PASSARELLI (*Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 194) evidenzia opportunamente che il legislatore avrebbe predisposto una serie di ipotesi legittimanti un'anticipazione da parte del fondo pensionistico complementare al precipuo scopo di rendere la previdenza complementare «appetibile» quanto se non più del canonico trattamento di fine rapporto

¹⁴⁰ Ed immediata: nel senso di soddisfare un bisogno del lavoratore specifico, delimitato nel tempo e nella sostanza e di immediato soddisfacimento, diversamente dalle esigenze, generiche e differite, al cui soddisfacimento è canonicamente finalizzato l'istituto. Una risalente pronuncia, emanata dal Tribunale di Firenze poco dopo l'entrata in vigore della l. 297/1982 (sentenza del 30 settembre 1983, in *GC*, 1983, I, p. 3401), rilevava, in tal senso, che al verificarsi di una delle causa du anticipazione, «la funzione previdenziale degli accantonamenti retributivi sembra al legislatore immediatamente realizzabile».

Un'opportunità di tal fatta, peraltro, consentirebbe probabilmente un ottimale perseguimento degli interessi individuali, a scapito, però, di quella solidarietà di matrice collettiva che caratterizza le forme pensionistiche complementari (collettive).

La norma che disciplina le anticipazioni erogate dalle forme pensionistiche complementari, tuttavia, non appare di tenore sufficientemente univoco e si presta, viceversa, a diverse interpretazioni.

L'art. 11, comma 7, del d. lgs. 252/2005 contempla, infatti, la possibilità per i fondi pensione di attribuire, a titolo di anticipazione:

- fino al 75% della posizione previdenziale maturata a) per spese sanitarie e terapie di rilevanza certificata dalle strutture pubbliche, per sé o per il coniuge e/o per i figli¹⁴¹, e b) per l'acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i propri figli¹⁴²;
- fino al 30 % delle somme versate al fondo¹⁴³ c) «per ulteriori esigenze degli aderenti».

a-b) Quanto alle prime due causali, previste alle lettere a) e b) dell'art. 11, comma 7°, rinviano al capitolo IV della ricerca per le valutazioni inerenti ciascuna singola causale, nonché il confronto delle stesse con le causali contemplate dall'art. 1, comma 8°, della l. 297/1982, sia sufficiente, in questa sede, considerarne la eventuale incidenza sul profilo funzionale dell'istituto. A tal proposito, sembra potersi affermare che il regime delle suddette ipotesi di anticipazione sia inderogabile da parte della autonomia privata posto che nessuna norma contempla la possibilità di modifica di tale regime ad opera della contrattazione individuale e collettiva (diversamente da quanto accade

¹⁴¹ La necessità di sostenere spese sanitarie di tal fatta può essere utilizzata dall'aderente in qualsiasi momento al fine di ottenere un'anticipazione sulla posizione maturata, non essendo previsto un periodo di iscrizione minimo per l'accesso a tale beneficio.

¹⁴² Tale causale è spendibile solo da parte degli aderenti iscritti al fondo da almeno otto anni.

¹⁴³ Soltanto qualora siano decorsi almeno otto anni dall'iscrizione al fondo.

per le causali legittimanti le anticipazioni del t.f.r., esplicitamente passibili della predisposizione da parte dell'autonomia privata, individuale e collettiva, di condizioni di miglior favore).

In linea, dunque, con le finalità solidaristico-pensionistiche, poc'anzi evidenziate, dei fondi di previdenza complementari, le previsioni di cui alle lettere a) e b) dell'art. 11, comma 7°, sembrano avere carattere eccezionale e inderogabile.

c) Considerazioni altrettanto pacifiche non possono svolgersi in relazione alla previsione contenuta nella lettera c) dell'art. 11, comma 7°, il cui tenore generico si presta almeno a due interpretazioni di contrapposto tenore.

c.1) Secondo una prima interpretazione, il riferimento ad «ulteriori esigenze degli aderenti» si tradurrebbe in «una sorta di “acausalità” delle anticipazioni medesime»¹⁴⁴, sulla base di una presunta intenzione del legislatore di lasciare ampio spazio alla discrezionalità del singolo interessato. La norma, in altre parole, darebbe rilevanza ad ulteriori esigenze, anche soggettivamente valutate, dell'aderente, liberalizzando ulteriormente quell'ampia possibilità di percezione anticipata che nella legge n. 297 era subordinata alla previa pattuizione tra datore di lavoro e lavoratore.

Giova subito evidenziare, tuttavia, che tale interpretazione, sebbene suggestiva e legata ad un chiaro dato letterale, si pone in forte conflitto con una serie di altri elementi interni alla disciplina.

In *primis*, l'art. 11 comma 1°, attribuisce esclusivamente alle forme pensionistiche complementari (e non anche ai singoli aderenti o alla contrattazione) il compito di «definire i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni».

In secondo luogo, un'apertura indiscriminata alle anticipazioni si porrebbe forse in contrasto con quelle finalità pensionistiche e con quel carattere

¹⁴⁴ Cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 575.

solidaristico dei fondi di previdenza complementare ai quali si accennato in apertura del discorso: l'eventuale possibilità per tutti gli aderenti di recuperare in maniera sostanzialmente acausale il 30% delle somme versate – in una con le anticipazioni erogate per le causali sub a) e b), art. 11, comma 7°, fino al 75% del maturato, nonché con la possibilità di riscatto dell'intera posizione previdenziale, anche essa riconosciuta agli aderenti nei modi e termini di legge – potrebbe senz'altro danneggiare l'economia del fondo e, dunque, gli interessi della collettività ad esso aderente.

Ciononostante, per quel che qui interessa, va rilevato che, quand'anche dovessero superarsi tali rilievi critici, in ogni caso il tetto quantitativo massimo previsto per questa tipologia di anticipazione, fissato al 30%, non consentirebbe al singolo aderente di incidere sulla posizione previdenziale maturata in maniera così significativa da considerarne compromessa la funzione previdenziale individualmente perseguita. In altre parole, pur accogliendo la più estensiva interpretazione della norma in esame, la richiesta di anticipazione motivata da esigenze «ulteriori» rispetto a quella tipizzate dal legislatore non consentirebbe comunque all'aderente di recuperare una parte consistente delle quote di t.f.r. versate al fondo pensione né, dunque, di restituire loro la originaria natura retributiva.

c.2) Sembra più condivisibile, in ogni caso, l'interpretazione che condiziona il richiamo alle «ulteriori esigenze degli aderenti» alla loro previa individuazione e specificazione all'interno degli statuti delle forme pensionistiche complementari. In tal modo potrebbero acquisire rilevanza solo le esigenze ulteriori canonizzate nello statuto del Fondo, a garanzia proprio di quelle finalità pensionistiche e solidaristiche cui si è più volte accennato, nel rispetto, peraltro, del 1° comma dell'art. 11 che, come accennato, rimette alle sole forme pensionistiche complementari la determinazione dei requisiti e delle modalità di accesso alle prestazioni dalle stesse erogate.

Accogliendo tale ultima lettura è possibile affermare che la disciplina delle causali di accesso alle anticipazioni erogate dai fondi pensione è soggetta ad un regime di inderogabilità assoluta da parte della contrattazione individuale e collettiva; la lettera c) dell'art. 11, comma 7°, tuttavia, rinvierebbe agli statuti dei singoli fondi per la determinazione di ipotesi diverse ed ulteriori rispetto a quelle legislativamente previste alle lettere a) e b).

A ben vedere, però, la (presunta) inderogabilità del regime delle anticipazioni che assiste la previdenza complementare si rivela di scarso rilievo pratico in queste sede poiché non priva il lavoratore della libertà di gestire il t.f.r.: ne sposta semplicemente all'indietro il momento di esercizio, ponendo in capo al lavoratore l'onere di manifestare la propria volontà, di conservare il t.f.r. ovvero di aderire alla previdenza complementare, nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge.

Optando per la prima delle due ipotesi, egli continuerebbe a percepire il tradizionale emolumento alla cessazione del rapporto, secondo la inalterata disciplina legale contenuta nelle l. n. 297/1982, ovvero in maniera anticipata, nei termini della diversa disciplina pattuita, collettivamente o *intuitu personae*, con il datore di lavoro. Viceversa, manifestando “a monte” la volontà di destinare le proprie quote di t.f.r. alla previdenza complementare, il lavoratore ne muta definitivamente ed irreversibilmente la destinazione, rinunciando alla possibilità di gestire contrattualmente gli accantonamenti che, una volta confluiti nel fondo pensionistico prescelto, perdono completamente la propria connotazione retributiva per trasformarsi in atti previdenziali in senso stretto.

Le osservazioni formulate, in ogni caso, non intendono tradursi in una sbrigativa condivisione delle tipizzate modalità di devoluzione del t.f.r. alla previdenza complementare: una valutazione di tal fatta presupporrebbe l'analisi, tra le altre, di ampie tematiche relative, *in primis*, al diritto

all'informazione dei lavoratori coinvolti - specie alla luce dell'accolto sistema del "silenzio-assenso all'adesione" -; ma anche l'articolazione di più complesse riflessioni di matrice economico-finanziaria sui rischi derivanti dall'adesione alla previdenza complementare e sulla necessaria predisposizione di correlate garanzie che, al momento sembrano, ai più, insufficienti¹⁴⁵.

Si tratta, piuttosto, della presa d'atto che una evoluzione di tal fatta del trattamento di fine rapporto è stata senz'altro resa possibile dalla accentuazione, nella disciplina del 1982, della grande duttilità dell'istituto. E in effetti, accanto alla predisposizione di un sistema di derogabilità che connota il t.f.r. proprio per la docilità alle più diverse finalizzazioni, il legislatore ha altresì dotato l'istituto di una regolamentazione che gli consentisse di assecondare tali possibili evoluzioni. Ciò vale in particolar modo per il criterio di computo adottato, la cui base annuale e la conseguente certezza delle somme da accantonare, consente alle suddette quote di raggiungere agevolmente le più diverse destinazioni; ciò che non sarebbe stato possibile in vigenza della pregressa indennità di anzianità, il cui ammontare risultava vincolato alla determinazione (nell'impossibilità di una certa determinabilità) dell'ultima retribuzione percepita dal lavoratore.

3. La questione della maturazione del diritto...

Profilo rilevante e discusso al fine di ricostruire la identità dell'istituto è costituito dal momento di maturazione del diritto. Quale che ne sia la natura, resta da stabilire, infatti, se la maturazione del diritto coincida con la sua concreta esigibilità – coincidente con la cessazione del rapporto o con la

¹⁴⁵ L. CAMPAGNA-G. C. PEREGO, *Previdenza integrativa. A confronto i rendimenti delle pensioni future*, in *Il Mondo*, 29 agosto 2008, p. 34-36.

fruizione dell'anticipazione – o, viceversa, si realizzi in una fase antecedente (anno per anno).

La querelle nacque, in effetti, con l'indennità di anzianità poiché sin da allora la determinazione del momento di maturazione del relativo diritto presentava risvolti tali da conferirle particolare rilevanza nella complessiva economia dell'analisi dell'istituto. La successiva riforma dell'82, poi, lungi dal dissipare i dubbi sollevati dalla disciplina codicistica, ne aggiunse di nuovi e più rilevanti. Tratteggiare, dunque, le soluzioni dottrinali offerte, sin dall'epoca in cui l'istituto portava le vesti dell'indennità di anzianità può rivelarsi utile sia per ricostruire gli innegabili tratti di continuità che legano la vecchia alla nuova disciplina, sia per la presenza, nella legge vigente, di elementi ambivalenti la cui interpretazione risulta probabilmente semplificata da un approccio storico comparativo che tenga conto del dibattito già sviluppatosi intorno all'indennità di anzianità.

3.1. ... all'indennità di anzianità...

Riprendiamo il discorso, allora, dall'affermata natura dell'indennità di anzianità, per bocca della Consulta, di «retribuzione differita». La definizione imponeva al giurista la determinazione dei termini di tale differimento, specie per stabilire se esso fosse riferito alla erogazione dell'indennità ovvero alla maturazione del relativo diritto a percepirla.

Si delinearono tre orientamenti di massima ai quali, per comodità espositiva, tenteremo di attribuire una denominazione classificatoria ispirandoci alle definizioni elaborate dai rispettivi sostenitori:

- a) retribuzione a maturazione progressiva ed esigibilità differita: secondo questa prima ricostruzione il diritto di credito del lavoratore, relativo all'indennità di anzianità, sarebbe sorto con la costituzione stessa del rapporto, maturato in sua pendenza e divenuto esigibile solo al

momento della cessazione dello stesso ¹⁴⁶. In particolare si è affermato che «il trattamento retributivo nel suo complesso è tutto presente ed esistente, anche sul piano giuridico nella costituzione e nella fase di svolgimento del rapporto, con questa sola particolarità che in alcuni casi (come è quello dell'indennità di anzianità), l'esigibilità non ha modo di realizzarsi se non al verificarsi di quell'evento (cessazione del rapporto) che il legislatore ha considerato, a questo fine, come decisivo», diversamente opinando si incontrerebbero «difficoltà insormontabili a spiegare perché un elemento della retribuzione divenga esistente solo al momento della cessazione del rapporto pur dovendo poi essere commisurato alle vicende precedenti del rapporto stesso»¹⁴⁷. Dunque, in questo caso, il differimento avrebbe ad oggetto il solo momento del pagamento della somma;

- b) retribuzione differita a maturazione progressiva (ma non progressivamente dereminabile): si tratta di una variante della prima tesi che pure da questa si discosta di molto laddove si fonda sull'idea che oltre all'esigibilità sia differito anche il momento di determinazione del credito relativo all'indennità di anzianità¹⁴⁸. Tale qualificazione è stata apostrofata da autorevole dottrina come «almeno in parte inadeguata» perché foriera di «notevoli equivoci nel momento in cui finisce per assimilare implicitamente l'indennità di anzianità alla retribuzione periodica ed evoca l'idea di una quota retributiva

¹⁴⁶ In tal senso si vedano NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961; C. SMURAGLIA, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, cit.; G. ZANGARI, *L'indennità di anzianità e le prospettive della sua riforma*, cit., p. 125 ss.. In giurisprudenza si vedano Cass. 28 luglio 1969, n. 2855, in *GI*, 1969, I, 1, p. 1170; Cass. 26 febbraio 1969, n. 634, in *FI*, 1969, I, p. 1468; Cass. 10 marzo 1977, n. 987, in *MGL*, 1977, p. 515; Cass. 17 agosto 1977, n. 3796, in *GI*, 1977, I, 1, p. 1818.

¹⁴⁷ Così, in termini, ZANGARI, *L'indennità di anzianità e le prospettive della sua riforma*, cit..

¹⁴⁸ Così P.G. ALLEVA, *Automatismi e riassorbimenti salariali*, in *RGL*, 1979, I, p. 136 ss.

accantonata alle singole scadenze temporali la cui erogazione è differita al momento della estinzione del rapporto»¹⁴⁹.

- c) retribuzione a maturazione ed esigibilità differita: l'indennità di anzianità come oggetto di un diritto di credito che, maturando tutto in una volta alla fine del rapporto, e non gradualmente durante lo svolgimento dello stesso, si perfezionava, divenendo liquido ed esigibile, solo al momento della cessazione del rapporto. In tal senso, si sarebbe trattato di una forma di «retribuzione complessiva globale che si giustappone(va) a quella parziale relativa alla singola unità di tempo e di lavoro»¹⁵⁰, che non fondava il proprio titolo sul diritto alla retribuzione, ma ne possedeva uno autonomo e distinto, ovvero di un emolumento avente «un valore ed una funzione compensativa dell'intero vincolo obbligatorio: più che essere corrispettiva delle singole specifiche prestazioni lavorative, compensava il valore globale

¹⁴⁹ In tal senso G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 20 ss..

¹⁵⁰ Così, in termini, TORRENTE, *Commentario del codice civile («del lavoro»)*, Torino, 1962, p. 264. E' grossomodo riconducibile a tale filone dottrinale anche la ricostruzione offerta da R. SCOGNAMIGLIO (*Indennità di anzianità e assicurazione*, cit., p. 392 ss.) - per la quale si veda *infra* - che definisce la indennità di anzianità come «quella forma peculiare di retribuzione che spetta soltanto al termine del rapporto di lavoro rispetto al suo intero svolgimento». Individua nella implicazione della persona del lavoratore nello svolgimento dell'attività lavorativa la causa della attrazione, nell'ambito della retribuzione, di erogazioni patrimoniali non strettamente corrispondenti alla esecuzione dell'attività lavorativa, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse alla conservazione del posto*, cit.). Accentua questo processo di «valorizzazione della posizione soggettiva del lavoratore» C. SMURAGLIA (*Riflessioni sull'indennità di anzianità*, cit. specie p. 290 ss.) che a tale posizione riconduce non solo quelle «esigenze fondamentali cui sembra destinata a sovvenire la normativa dell'art. 36 Cost.», ma altresì «quel complesso di elementi personali che contrassegnano la posizione soggettiva del prestatore e sono costituiti, a tacer d'altro, dalla sua professionalità».

dell'apporto del singolo lavoratore allo sviluppo aziendale»¹⁵¹ e, per tale motivo, era commisurato all'ultima retribuzione¹⁵².

c.1) Un cenno a parte merita la ricostruzione offerta da Renato SCOGNAMIGLIO, il quale pur accettando alcune delle considerazioni riconducibili all'orientamento *sub c)* ne trae rigorose conseguenze logiche, mettendo a punto una tesi di notevole interesse.

Dopo aver demolito le varie concezioni elaborate dalla dottrina circa la natura e la funzione dell'indennità in parola, l'Autore matura il convincimento che l'indennità di anzianità costituisca, sì, una forma di retribuzione, ma non «nella sua accezione rigorosa e pregnante che si riferisce a quanto viene periodicamente erogato al lavoratore come corrispettivo della sua prestazione»; piuttosto si tratterebbe di una retribuzione di tipo peculiare «che si distingue da quella ordinaria proprio in quanto si matura al momento finale del rapporto di lavoro ... (e il cui) dato qualificante consiste nella sua correlazione all'intera durata del rapporto»¹⁵³. Ciò in quanto il rapporto di lavoro subordinato «possiede una intrinseca onerosità» che non viene esaurita dalla retribuzione periodica o retribuzione in senso stretto e che «anzi lascia aperto uno spazio, e anzi insoddisfatta una esigenza, alla attribuzione di una ulteriore e diversa retribuzione, riferita questa volta al rapporto di lavoro nella sua interezza»¹⁵⁴. Conclude quindi che «la indennità di anzianità costituisce quest'altra forma di retribuzione, che, se non deve

¹⁵¹ Così G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, *cit.*, p. 22 ss..

¹⁵² U. ROMAGNOLI, *Dimissioni del prestatore di lavoro*, in *RDL*, 1968, I, p. 278; R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità di anzianità*, in *DL*, 1977, I, p. 394.

¹⁵³ Difatti, specifica R. SCOGNAMIGLIO (*Indennità di anzianità e assicurazione*, *cit.*), se davvero si trattasse di una forma di retribuzione differita, i lavoratori dovrebbero diventare man mano proprietari della relative somme o accantonamenti e, soprattutto, ad essi dovrebbe competere un corrispondente diritto di partecipazione agli utili su tali somme.

¹⁵⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*.

considerarsi come una componente ineliminabile dell'onerosità del rapporto di lavoro, rappresenta tuttavia un elemento tipico e qualificante del trattamento retributivo»¹⁵⁵. Del resto, la dottrina più accorta non solo aveva già ricondotto nell'alveo della retribuzione una serie di prestazioni patrimoniali che in passato ne erano state escluse anche attribuendo al sinallagma del contratto di lavoro «connotati tipici e in qualche modo devianti rispetto allo schema tradizionale»¹⁵⁶, ma, ben presto, avrebbe speso una radicale critica nei confronti del pure teorizzato concetto onnicomprensivo di retribuzione perché priva di fondamento normativo e, comunque, incapace di assumere un valore assoluto al di fuori delle fattispecie nelle quali risulta recepito¹⁵⁷.

In realtà le ricostruzioni *sub a)* e *sub b)* appaiono fermamente smentite dallo stesso sistema di computo introdotto dall'art. 2120 c.c., in base al quale l'indennità non risulta determinabile nel suo ammontare in pendenza del rapporto: com'è noto, infatti, il credito per esistere deve essere determinato, viceversa l'importo dell'indennità dipendeva dalla durata del contratto e dall'ammontare della ultima retribuzione percepita dal lavoratore, «eventi non esistenti e non rilevabili neppure potenzialmente in epoca anteriore alla cessazione del rapporto»¹⁵⁸. Per questo motivo «non può dirsi che in relazione ad ogni singola frazione del rapporto e ad ogni singola scadenza retributiva

¹⁵⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*

¹⁵⁶ Così C. SMURAGLIA, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, cit., citando a sua volta T. TREU, *Onerosità e corresponsività della prestazione*, cit., nonché L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1971, cit.

¹⁵⁷ Si vedano in tal senso, *ex pluribus*, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Forme di retribuzione*, in *MGL*, 1983, p. 187 ss.; C. ZOLI, *Il principio dell'onnicomprendività della retribuzione tra legge e contratto*, in *RTDPC*, 1983, p. 326 ss.; F. BIANCHI D'URSO, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, ESI, Camerino, 1984.

¹⁵⁸ Così in termini G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, Milano, 1984, riprendendo, a sua volta, S. MAGRINI, *Liquidazione a scaglioni dell'indennità di anzianità e regime giuridico della somma versata al passaggio in categoria superiore*, in *GC*, 1981, I, p. 2768.

sia maturato un ben determinato *quantum* di retribuzione “differito” nella erogazione alla cessazione del rapporto e corrisposto sotto forma di indennità di anzianità»¹⁵⁹. Le valutazioni sin qui riportate spinsero la dottrina maggioritaria a concludere nel senso che l’indennità di anzianità costituisse una forma di retribuzione il cui **momento di costituzione del diritto fosse differito alla cessazione del rapporto di lavoro insieme con l’obbligo del datore di lavoro di corrispondere la suddetta somma.**

Tale ricostruzione, tuttavia, offriva il fianco ad una ulteriore incertezza relativa, questa volta, alla posizione attribuita al lavoratore durante lo svolgimento del rapporto in relazione al credito che sarebbe maturato: si discuteva, in particolare, se il prestatore di lavoro si trovasse in una situazione di aspettativa di diritto ovvero di mero fatto. È noto che queste due figure non trovano esplicito riconoscimento nell’ambito del nostro ordinamento, come nota è la bipartizione della dottrina tra coloro che considerano l’aspettativa di diritto come una posizione di attesa, che il diritto ritiene rilevante e capace di trasformarsi in diritto soggettivo¹⁶⁰, e coloro secondo cui l’aspettativa di diritto non può costituire oggetto di alcuna forma di tutela da parte dell’ordinamento¹⁶¹. In ogni caso, quand’anche volesse riconoscersi al lavoratore una posizione di aspettativa di diritto in relazione alla maturanda indennità di anzianità, quest’ultima, pur presentandosi come una fattispecie a

¹⁵⁹ Così in termini G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 20 ss. Avevano già mosso tali rilievi G. GIUGNI, *Indennità di anzianità*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità di anzianità e assicurazione*, in *DL*, 1977, I, p. 393; ZANGARI, *L’indennità di anzianità e le prospettive della sua riforma*, cit., p. 125.

¹⁶⁰ Cfr. il saggio di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1969, p. 75 ss.. Può considerarsi affine la definizione di MESSINEO (*Manuale di diritto civile*, I, Giuffrè, Milano, IX ed., p. 132, secondo cui «si distingue tra aspettativa mera, o di fatto, dove c’è semplice possibilità astratta di acquisto di un diritto, ed aspettativa di diritto (o *spes iuris*) dove si ha una situazione che potrebbe chiamarsi giuridicamente immatura nel senso che manca un qualche elemento secondario perché si abbia un diritto soggettivo perfetto».

¹⁶¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *ED*, III, Giuffrè, Milano, 1958.

formazione successiva, perfezionabile solo con la cessazione del rapporto di lavoro, legittimerebbe, però, il lavoratore a compiere atti conservativi¹⁶² nonché ad «agire per l'accertamento dei diritti e degli obblighi aventi carattere preliminare o strumentale rispetto alla produzione dell'effetto giuridico definitivo»¹⁶³. Le alterne posizioni, variamente articolate ed argomentate dalla dottrina dell'epoca, si arricchirono di nuova linfa con la riforma del 1982, quando la questione della maturazione giuridica si ripropose all'avvento del nuovo trattamento di fine rapporto.

3.2. (segue) ... e al "nuovo" trattamento di fine rapporto.

La dottrina ripropose, quindi, i principali orientamenti ricostruttivi già elaborati in relazione alla vecchia indennità di anzianità ma riveduti alla luce della nuova disciplina normativa. Le teorie offerte, pur corredate da definizioni diversificate e argomentazioni connotate da una certa varietà di sfumature e approcci interpretativi, possono ricondursi a due macro aree interpretative¹⁶⁴: da un lato i fautori della progressiva maturazione del diritto

¹⁶² Si vedano G. SUPPIEJ, *L'art. 36 della Costituzione e l'indennità di anzianità*, cit.; M. GRANDI, *Questioni e proposte in tema di garanzie dell'indennità di anzianità*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 2531.

¹⁶³ Così G. SANTORO PASSARELLI, p. 36.

¹⁶⁴ La schematizzazione degli orientamenti espressi in due macro aree di pensiero è mutuata dal saggio di G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento di fine rapporto*, cit.), sebbene si siano apprezzate anche impostazioni ulteriori. Ne *Il trattamento di fine rapporto di lavoro* (cit.), A. VALLEBONA dedica un paragrafo proprio alla questione del momento di maturazione del diritto prospettando, diversamente da questa sede, tre tesi: a) il diritto al trattamento matura solo alla fine del rapporto, costituendo tale evento un elemento della fattispecie costitutiva e trovandosi in precedenza il lavoratore in una situazione di aspettativa di mero fatto; b) il diritto matura alla fine del rapporto ma durante il suo corso il lavoratore ha la possibilità di esperire azioni di accertamento o conservative; c) il diritto matura anno dopo anno, in corso di rapporto, ma le singole quote sono sottratte all'esigibilità da parte del lavoratore per l'esistenza di un termine di adempimento scadente alla fine del rapporto (cfr. pp. 31-32).

E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI (*Il nuovo trattamento di fine lavoro*, cit.) ritengono invece che l'estinzione del rapporto costituisca una *condicio iuris* cui è sottoposta l'acquisto del diritto.

al t.f.r. in corso di rapporto, pur essendone differita l'erogazione alla cessazione dello stesso¹⁶⁵; dall'altro i sostenitori del perfezionamento (e quindi della maturazione) del diritto contestualmente al momento della sua esigibilità, ovvero alla fine del rapporto. Almeno tendenzialmente i fautori della prima tesi tendono a valorizzare gli aspetti di novità della disciplina del 1982, mentre i sostenitori della maturazione del diritto alla cessazione del rapporto propendono per una sostanziale continuità tra la pregressa e la vigente disciplina¹⁶⁶.

A) Maturazione del diritto in corso di rapporto.

Tra i più significativi elementi di innovazione della disciplina del t.f.r. va annoverata senz'altro la centralità conferita al dato temporale dell'anno. Tale elemento, che di per sé appare solo indiziario della possibile maturazione del diritto in corso di rapporto, comporta in realtà una serie di conseguenze sia immediate, e per lo più esplicitate nel testo normativo, sia potenziali, poiché contiene «le premesse tecniche per una trasformazione dell'istituto e del suo modo di operare»¹⁶⁷. Difatti, l'annualità degli accantonamenti, in una con la possibilità dell'autonomia privata di incidere sulla retribuzione base annua e di incidere sulla disciplina delle anticipazioni (già evidenziata nel par. 2.4.),

¹⁶⁵ Sostiene che il credito del lavoratore già esista in costanza di rapporto essendone solo differita l'esigibilità, L. MENGONI, *L'indennità in caso di morte del prestatore di lavoro dopo la legge 29 maggio 1982*, n. 297, in *MGL*, 1983, p. 80 ss.. Nello stesso senso si veda G. PERA, *Il trattamento...*, cit., p. 36. Per M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto: configurazione dell'istituto e problemi applicativi*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 22 ss., il t.f.r. è «funzionalmente equivalente» alla indennità di anzianità e, tuttavia, la nascita del relativo diritto, connessa all'instaurazione del rapporto di lavoro, è dissociata rispetto alla sua esigibilità.

¹⁶⁶ Lo rilevano G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 24.

¹⁶⁷ G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 35.

possono spingersi sino a determinare una maturazione ed una attribuzione dell'indennità del singolo lavoratore anno per anno.

In favore della teoria della maturazione del diritto al t.f.r. in costanza di rapporto depongono, in poi, una serie di corollari al carattere annuale della somma accantonata a titolo di t.f.r. che possono essere così sintetizzati:

A.a) il meccanismo di computo degli accantonamenti, introdotto dalla legge n. 297/1982, rende il t.f.r. proporzionale alla retribuzione annua percepita ed accentua i profili di corrispettività dell'istituto rispetto alla prestazione lavorativa;

A.b) anche l'esclusione dalla base di computo dei periodi di sospensione della prestazione lavorativa (salvo nelle ipotesi tassativamente previste) affievolisce il legame del t.f.r. con il complessivo vincolo obbligatorio derivante dal contratto di lavoro, rafforzandone, viceversa, il carattere di corrispettivo dell'attività effettivamente resa;

A.c) il meccanismo di rivalutazione degli accantonamenti lascia pensare ad una somma idealmente già conferita al lavoratore seppure mantenuta nella disponibilità del datore di lavoro¹⁶⁸;

A.d) gli elementi di garanzia del credito (cfr. art. 2, l. 297/1982), gli obblighi di informazione e comunicazione agli enti previdenziali e ai singoli lavoratori relativi all'ammontare delle somme accantonate, nonché la possibilità, offerta al lavoratore dal nuovo meccanismo di computo, di determinare in ogni momento il quantum delle medesime somme appaiono tutti sintomatici di una maturazione anno per anno del diritto al trattamento di fine rapporto.

¹⁶⁸ Depone in tal senso anche l'idea emersa nel corso dei lavori parlamentari e già suggerita dalla Relazione conclusiva redatta dalla Commissione Giugni, che gli accantonamenti annuali costituissero una sorta di risparmio forzoso di quote di t.f.r. già maturate dal singolo lavoratore. *Contra*, si veda il rilievo di G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 25, in nota, nonché G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982, p. 20; M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 21 che considera l'idea del risparmio forzoso smentita dall'assetto normativo della legge 297/1982.

A.e) la possibilità di ottenere delle anticipazioni fa propendere per la tesi della progressiva maturazione del diritto in corso di rapporto. In particolare la legge stabilisce che l'anticipazione è detratta «a tutti gli effetti» dal t.f.r., non specificando se tale detrazione debba essere compiuta immediatamente o alla cessazione del rapporto. Tuttavia, l'espressione «a tutti gli effetti» viene interpretata nel senso di escludere la successiva indicizzazione di somme anticipate ovvero nel senso di effettuare immediatamente la relativa detrazione. Proprio questa detraibilità rivelerebbe la preesistenza dell'obbligazione del lavoratore rispetto al momento di cessazione del rapporto di lavoro. Si è già richiamata, inoltre, la possibilità per la autonomia privata di derogare al regime delle anticipazioni e che sembra attingere ad una immediata disponibilità del diritto in capo ai contraenti;

A.f) la detraibilità delle somme di t.f.r. anticipate dalla indennità per causa di morte (di cui all'art. 2122 c.c.) caratterizza l'istituto in senso retributivo poiché ne valorizza la natura successoria.

B) Maturazione del diritto alla cessazione del rapporto..

Il tenore della legge del 1982 consente di rinvenire nella disciplina del nuovo t.f.r., accanto ad elementi di notevoli innovazione, come quelli appena tratteggiati sub A), anche elementi di forte continuità con la pregressa disciplina dell'indennità di anzianità. Questi ultimi inducono per lo più a considerare che il diritto al t.f.r. maturi contestualmente all'esigibilità dello stesso ovvero al momento della cessazione del rapporto. Depongono in tal senso:

B.a) i lavori preparatori della legge: gli atti della Commissione Giugni e i lavori parlamentari contengono diversi segnali di continuità rispetto alla precedente disciplina sia per quanto concerne il momento di maturazione del diritto sia la titolarità dei fondi accantonati;

B.b) alcuni argomenti letterali: nel 6° comma dell'art. 2120 c.c. il legislatore, pur di non riferirsi al trattamento "maturato", preferisce una lunga frase ipotetica («70 per cento del trattamento cui avrebbe diritto nel caso di cessazione del rapporto alla data della richiesta») che evidenzia la necessità della cessazione del rapporto affinché si configuri il relativo diritto in capo al lavoratore. Più in generale, le scelte lessicali effettuate dal legislatore appaiono particolarmente caute nell'utilizzo di formule che lascino pensare ad un processo di progressiva acquisizione del diritto¹⁶⁹.

B.c) il carattere non necessariamente reale degli accantonamenti: che possono conservare natura puramente contabile-amministrativa il che priva i lavoratori di qualsiasi tipo di controllo sull'impiego delle medesime somme. Del resto, non avrebbe avuto senso la predisposizione di un Fondo di garanzia se gli accantonamenti di t.f.r. fossero stati reali e vincolati.

B.d) il carattere pur sempre indeterminato ed indeterminabile dell'ammontare del trattamento prima della cessazione del rapporto: sebbene il nuovo meccanismo di computo evochi l'idea di una serie di accantonamenti e lo stesso sistema di indicizzazione delle quote sembri deporre per la loro giuridica esistenza anche prima della fine del rapporto, soltanto al momento della cessazione del rapporto è possibile stabilire l'ammontare esatto del trattamento e di ogni suo singolo componente, compresa la rivalutazione¹⁷⁰. È

¹⁶⁹ G. GIUGNI- UGNIE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 27 evidenziano che 1) in materia di anticipazione, il legislatore parla di «trattamento cui avrebbe diritto il lavoratore»; 2) in relazione al regime transitorio, il legislatore fa riferimento all'indennità di anzianità che sarebbe spettata ai lavoratori in caso di cessazione del rapporto all'entrata in vigore della legge; 3) infine nella descrizione del meccanismo di computo si parla genericamente di «quota» e non si usano espressioni più esplicite come accantonamento *et similia*. VALLEBONA (*Il trattamento...*, cit., p. 32 ss.) rileva inoltre, *a contrario*, che quando il legislatore ha fatto riferimento al momento di effettiva cessazione del rapporto non ha avuto remore ad utilizzare l'espressione «trattamento di fine rapporto maturato».

¹⁷⁰ Sul punto v. altresì G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 30-31, che evidenzia l'ambivalenza di tale elemento,

inoltre significativo che il meccanismo di rivalutazione periodica degli accantonamenti è fondato su indici di rivalutazione compositi e del tutto convenzionali che non necessariamente garantiscono una conservazione effettiva ed integrale del potere di acquisto degli accantonamenti, come invece sarebbe stato se si fosse realmente trattato di retribuzione accantonata e maturata a tutti gli effetti.

B.e) una serie di elementi disciplinanti l'indennità in caso di morte (l'attribuzione dell'indennità ai vari congiunti senza un ordine di ripartizione, l'inclusione tra i beneficiari degli "affini", la ripartizione dell'indennità, in mancanza di accordo tra gli aventi diritto, secondo il bisogno di ciascuno, ecc...), poiché suggeriscono l'attribuzione iure proprio ai superstiti e, di conseguenza, l'individuazione della cessazione del rapporto come momento di maturazione del diritto al t.f.r..

B.f) La predisposizione di un Fondo di garanzia e le modifiche apportate al regime dei privilegi sugli immobili, poiché «si giustificano sull'implicita premessa che il lavoratore nel corso del rapporto è titolare di una semplice aspettativa che non gli consente di attivare azioni per la conservazione della garanzia patrimoniale»¹⁷¹.

Accanto ad argomentazioni svolte a sostegno delle diverse ipotesi ricostruttive del momento di maturazione del diritto al trattamento di fine rapporto, la dottrina non ha mancato di evidenziare l'ambivalenza di alcune di esse, conferendo loro un peso sostanzialmente neutrale e, dunque, irrilevante nell'economia della risoluzione del problema.

compatibili con entrambe le tesi illustrate circa il momento di maturazione del diritto al trattamento di fine rapporto.

¹⁷¹G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 30. Nello stesso senso v. R. PESSI, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, in *DLRI*, 1983; A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 36.

Così, in relazione alla possibilità di ottenere delle anticipazioni, che di per sé deporrebbe, come evidenziato *sub A.e*), nel senso di una progressiva maturazione del diritto al trattamento di fine rapporto, si è rilevato come, da altro punto di vista, la medesima possibilità appare sostanzialmente indifferente sotto tale profilo. L'anticipazione, infatti, costituisce oggetto di «un diritto autonomo»¹⁷² che pur presentando un innegabile collegamento con il diritto al trattamento di fine rapporto, proprio per il suo carattere autonomo non è in grado di incidere sulla determinazione del momento di maturazione del t.f.r. e, anzi, risulta compatibile con entrambe le ricostruzioni prospettate. «Sicché», rileva VALLEBONA, «non può servire come argomento su cui fondare una scelta tra dette ipotesi, ma, piuttosto, una volta che la scelta sia fatta ne subisce le conseguenze»¹⁷³.

Così come lo stesso Autore rileva che non vi è alcuna ragione per ritenere che l'istituzione del Fondo di garanzia (come evidenziato *sub B.f*) dimostri l'esistenza di un credito del lavoratore in corso di rapporto poiché nulla osta al fatto che la garanzia indicata riguardi un credito che nasce solo alla fine del rapporto¹⁷⁴.

Del pari la detrazione di quanto corrisposto al lavoratore a titolo di anticipazione dall'ammontare dell'indennità in caso di morte non ha un peso determinante nella individuazione del momento di maturazione del diritto al t.f.r. poiché potrebbe intendersi «da un lato come meramente confermativa della preesistenza del credito del lavoratore e della conseguente natura successoria di tale indennità, e dall'altro lato, ... come esclusione espressa di un effetto della inesistenza del credito del lavoratore durante il rapporto, che

¹⁷² A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit. p. 35.

¹⁷³ In termini A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit. p. 35-36.

¹⁷⁴ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit. p. 36. Secondo R. PESSI (*Trattamento ...*, cit., p. 335), invece, l'esistenza di specifiche forme di garanzia costituirebbe addirittura un argomento in favore dell'inesistenza del credito e della inesperibilità di azioni conservative durante il rapporto.

dovrebbe comportare l'attribuzione *jure proprio* ai superstiti dell'indennità in caso di morte senza alcuna detrazione»¹⁷⁵.

Quanto all'indennità di morte, è appena il caso di fare una brevissima divagazione. Com'è noto, l'art. 2122 c.c. stabilisce che in caso di morte del lavoratore hanno diritto al t.f.r. residuo il coniuge¹⁷⁶, i figli, nonché i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado. La norma è stata a lungo al centro di un ampio dibattito circa la qualificazione giuridica del diritto di superstiti. In passato, l'opinione prevalente riteneva che tale diritto sorgesse *iure proprio*: di conseguenza, l'indennità in caso di morte costituirebbe oggetto di un diritto sorto *ex lege* in capo ai beneficiari e mai entrato nel patrimonio del lavoratore premorto¹⁷⁷, sicché quest'ultimo non avrebbe potuto disporre diversamente in via testamentaria¹⁷⁸.

¹⁷⁵ A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit. p. 36.

¹⁷⁶ Anche il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio gode di tale diritto *ex art 12 bis*, l. n. 898/1970, come modificata dall'art. 16 della legge 6 marzo 1987, n. 74.

¹⁷⁷ Cfr. L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1949, III, p. 309 ss.; V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 108 ss.; ANDREOLI, *Natura giuridica dell'indennità ai superstiti ex art. 2122 c.c.*, in *MGL*, 1942, p. 147 ss.; NAPOLETANO, *Diritti jure proprio e jure successionis conseguenti alla morte del lavoratore – Impugnabilità ed efficacia delle rinunzie e transazioni dallo stesso effettuate su tali diritti*, in *MGL*, 1955, p. 35 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Indennità in caso di morte (sub art. 2122 c.c.)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1977, p. 666; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1983, p. 366 ss.. Va ricordata, poi, l'autorevole tesi di F. SANTORO PASSARELLI (*Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1980) secondo il quale l'art. 2122 c.c. conterrebbe una duplice attribuzione (al comma 1° un'attribuzione *jure proprio* e al comma 3° un'attribuzione *jure successionis*), tesi di cui offre un'efficace sintesi A. PRETEROTI, *L'indennità in caso di morte*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto...*, 2007, cit., p. 90.

¹⁷⁸ A tal riguardo, è opportuno ricordare, tuttavia, che l'art. 2122 c.c. è stato dichiarato parzialmente incostituzionale proprio nella parte in cui escludeva che il lavoratore subordinato, in mancanza di tali soggetti, potesse disporre per testamento dell'indennità in caso di morte: così C. cost. 19 gennaio 1972, n. 8, in *MGL*, 1972, p. 3. Da ultimo, si veda Trib. Torino 29 giugno 2002, in *GP*, 2003, p.254, secondo cui “in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate negli artt. 2118 e 2120 c.c. costituiscono oggetto di un diritto spettante *iure proprio* ai soggetti indicati nel primo comma dell'art. 2122 c.c.”

Un diverso - e recentemente più accreditato - orientamento ritiene che diritto dei superstiti sorga *iure successionis*: secondo alcuni in ragione della possibilità, accordata alla contrattazione individuale e collettiva di dilatare i margini di fruibilità delle anticipazioni¹⁷⁹, secondo altri in considerazione sia della natura retributiva del t.f.r., sia del fatto che esso matura nel corso del rapporto di lavoro e, di conseguenza, sarebbe già entrato a far parte del patrimonio del lavoratore¹⁸⁰. Mentre la tesi dell'acquisto *iure proprio* da parte dei superstiti appariva coerente alla originaria formulazione codicistica dell'indennità di fine lavoro, la stessa valutazione non può ripetersi a seguito dell'avvento del trattamento di fine rapporto e della relativa disciplina normativa introdotta dalla legge n. 297 del 1982. Quell'orientamento si sposava bene, in effetti, con l'istituto dell'indennità di anzianità, considerata per lungo tempo funzionale al perseguimento di finalità previdenziali: ciò che rendeva più condivisibile la qualificazione dell'indennità di morte in termini di diritto acquisito dai superstiti *iure proprio*. Viceversa, il carattere spiccatamente retributivo del novello t.f.r. induce più facilmente, specie coloro che accolgono la tesi della maturazione del diritto in corso di rapporto, a ritenere che le somme annualmente accantonate ai sensi dell'art. 2120 c.c. siano già entrate a far parte del patrimonio del lavoratore e che, in caso di sua premorienza, spettino ai soggetti indicati dall'art. 2122 c.c. *jure* ereditario. Si è sostenuto, pertanto, che la norma dell'art. 2122 c.c. configurerebbe, dopo l'entrata in vigore della legge n. 297 del 1982, una successione «anomala»¹⁸¹ su bene separato ovvero su un bene che resta estraneo alla massa ereditaria in base

¹⁷⁹ Subordinando, così, il diritto dei superstiti alla volontà del lavoratore: cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 121.

¹⁸⁰ FUCCILLO, *Sulla qualificazione giuridica della indennità di fine rapporto ex art. 2122 c.c.* in *ADL*, 1998, p. 169.

¹⁸¹ L'espressione è utilizzata, in chiave ricostruttiva, da A. PRETEROTI, *L'indennità in caso di morte*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto...*, 2007, cit., p. 95, il quale ricorda inoltre che tale forma di successione anomala separata va comunque distinta dalle cc.dd. successioni speciali poiché queste ultime, pur avendo anch'esse una connotazione anomala, hanno a oggetto un bene non separato dalla massa ereditaria.

ad una precisa disposizione di legge che, in tal modo, lo distrae dalle eventuali aggressioni dei creditori ereditari¹⁸².

Questa ricostruzione trova riscontro, peraltro, nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 9, comma 3° del d. lgs. c.p.s. 4 aprile 1947, n. 207 (nella parte in cui non prevede che l'indennità di fine rapporto spettante al dipendente non di ruolo defunto, in difetto dei soggetti ivi indicati, si devolva secondo le norme che disciplinano la successione *mortis causa*), muove dalla riconosciuta natura di retribuzione differita dell'indennità di fine rapporto e ne fa discendere la conseguenza che essa deve ritenersi già entrata nel patrimonio del dipendente al momento della sua morte: pertanto l'indennità spetterebbe agli eredi non *iure proprio* ma *iure ereditario*¹⁸³.

Sulla scia anche della citata pronuncia della Corte costituzionale, che pone la natura e il regime del t.f.r. a fondamento del principio enunciato, sembra senz'altro condivisibile la tesi di chi evidenzia che l'indennità in caso di morte «non è qualitativamente diversa da quella costituita dagli artt. 2118 e 2120 c.c., bensì quantitativamente, essendo la somma delle due indennità»¹⁸⁴; e poiché le suddette indennità, legate alla cessazione del rapporto di lavoro, spettano di diritto al lavoratore¹⁸⁵, «non si comprende la ragione per cui le somme di cui agli artt. 2118 e 2120 c.c. non dovrebbero spettare al lavoratore»¹⁸⁶.

Muovendo da questa premessa, non può che confermarsi il carattere neutrale dell'indennità in caso di morte rispetto alla questione della maturazione del

¹⁸² L. MENGONI, *L'indennità in caso di morte del prestatore di lavoro dopo la l. 29 maggio 1982, n. 297*, in *MGL*, 1983, p. 79.

¹⁸³ Si veda R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1989-2005*, CNEL-Corte costituzionale-Alto Patronato del Presidente della Repubblica, Roma, 2006, p. 78.

¹⁸⁴ Così A. PRETEROTI, *L'indennità ...*, cit., p. 95, che richiama a sua volta GIORGIANNI, *Note sull'art. 2122 c.c.*, in *RGL*, 1952, I, p. 293.

¹⁸⁵ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p. 269.

¹⁸⁶ Così A. PRETEROTI, *op. cit.*, p. 96.

diritto al t.f.r.; e ciò non tanto perché, come autorevolmente sostenuto, i caratteri della suddetta indennità appaiono ambivalenti e dunque capaci di fondare, per un verso la tesi dell'acquisto jure proprio e per altro verso la tesi dell'acquisto jure successionis. Il carattere neutrale dell'indennità in parola è dovuto piuttosto al suo essere "conseguente" rispetto alle indennità che la compongono: sicché la disciplina dell'indennità in caso di morte deve leggersi alla luce dell'interpretazione accolta della natura del t.f.r. (e dell'indennità di mancato preavviso), e non viceversa.

Ritornando sui nostri passi, è, infine, opportuno evidenziare che, quanto al momento di maturazione del diritto al t.f.r., la propensione per l'una o l'altra delle prospettazioni offerte comporta una serie di immediate conseguenze sul piano applicativo.

Innanzitutto è facilmente immaginabile la ricaduta della determinazione del momento di maturazione del diritto sul regime prescrizione del trattamento. L'opzione per la maturazione del diritto alla cessazione del rapporto comporta, infatti, la decorrenza del termine prescrizione di 5 anni dalla medesima data che costituisce il momento «in cui il diritto può essere fatto valere» ai sensi dell'art. 2935 c.c.. Del pari risulta inconfigurabile qualsiasi prescrizione presuntiva per carenza del requisito indispensabile della periodicità della corresponsione, posto che l'accantonamento di t.f.r. non equivale a corresponsione delle somme medesime¹⁸⁷. Quanto alle somme erogate anticipatamente, la relativa prescrizione decorre dal momento della

¹⁸⁷ Cfr. in tal senso A. MARESCA, *La prescrizione del cosiddetto diritto alla maggiore anzianità (e brevi cenni sulla estinzione per inerzia del nuovo trattamento di fine rapporto)*, in *RGL*, 1982, II, p. 380. Si veda altresì A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto...*, cit. p. 40-41, il quale rileva che pur abbracciando la diversa teoria della maturazione del diritto al t.f.r. in corso di rapporto egualmente la prescrizione decorrerebbe dal momento della cessazione del medesimo rapporto poiché in precedenza il lavoratore non potrebbe «esigere la prestazione» ai sensi dell'art. 1185 c.c..

relativa corresponsione, ferma restando la possibilità nei 5anni successivi alla cessazione del rapporto di rivendicare l'intero t.f.r., comprensivo delle somme erroneamente non computate in sede di anticipazione.

Allo stesso modo, in caso di trasferimento d'azienda, il lavoratore non può pretendere il pagamento del t.f.r. maturato sino al momento del trasferimento stesso; dovrà, viceversa, attendere l'estinzione del rapporto e far valere il proprio diritto nei confronti del cessionario¹⁸⁸.

3.3. Conclusioni.

Alla luce degli elementi si qui tratteggiati e restando fedeli ai propositi metodologici illustrati in apertura, riteniamo di accogliere una qualificazione "evoluzionistica" del trattamento di fine rapporto. Si fa riferimento alla tesi di chi¹⁸⁹, nella precisa ottica di non trascurare alcuno degli elementi empiricamente osservati nella descrizione della nuova disciplina, conclude per una ricostruzione audacemente elastica dell'istituto, osservando che esso «contiene almeno due modelli», tra loro coesistenti, conciliabili, appunto, in chiave evolutiva.

Il t.f.r. costituirebbe «una sorta di retribuzione aggiuntiva annuale che si giustappone a quella parziale e periodica ... (e di cui quest'ultima costituisce) ... solo parametro di identificazione quantitativa»¹⁹⁰, di tal che è possibile affermare che il nuovo t.f.r. segna un tappa ulteriore del processo di confluenza dell'istituto nella retribuzione corrente. Tale somma aggiuntiva, provvista di una propria autonomia rispetto alla retribuzione *tout court*, costituisce un corrispettivo della attività lavorativa

¹⁸⁸ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 37.

¹⁸⁹ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 30 ss.

¹⁹⁰ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 30 ss.

prestata alla quale è commisurata proporzionalmente. Ciò che tuttavia, la distingue in maniera sostanziale dalla retribuzione corrente è il dato temporale: la pregnanza qualificatoria di tale elemento, che si è già avuto modo di evidenziare in precedenza, caratterizza il t.f.r. quale corrispettivo globale della prestazione resa nell'arco annuale, non solo in ragione del nuovo meccanismo di computo, basato proprio sulla retribuzione annuale, ma altresì per la cadenza annuale con la quale si determina la «consistenza giuridica e quantitativa» del trattamento.

La natura retributiva dell'istituto e l'annualità del criterio di computo che ne determina l'ammontare non impediscono, tuttavia, all'istituto di conservare una forte continuità strutturale e funzionale rispetto alla pregressa indennità di anzianità. Così, sebbene le novità normative illustrate abbiano maggiormente qualificato il t.f.r. quale corrispettivo annuale dell'attività lavorativa prestata, deve pur sempre evidenziarsi che l'annualità del sistema contabile non presenta un immediato riflesso sul diverso profilo del momento di maturazione del diritto al trattamento medesimo, non essendo in grado di incidere sul completamento della fattispecie costitutiva. Di conseguenza, in linea di continuità con il precedente sistema e alla luce altresì degli svariati elementi normativi che depongono in tal senso, bisogna concludere che il diritto al trattamento di fine rapporto sia sospensivamente condizionato e che, dunque, maturi progressivamente in corso di rapporto ma «si perfeziona»¹⁹¹ soltanto al momento della cessazione dello stesso rapporto¹⁹², restando sino ad allora

¹⁹¹ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 34.

¹⁹² Conclude in tal senso anche A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., osservando che la fattispecie costitutiva del diritto al trattamento di fine rapporto comprende, «come elemento essenziale» l'estinzione del rapporto. Nello stesso senso si vedano E. GHERA – G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982; G. ZANGARI, *Problemi e prospettive della legge 29 maggio 1982, n. 297, sulla disciplina della nuova*

nella disponibilità del datore di lavoro. Tale lettura risolverebbe peraltro, gli eventuali problemi legati alla prescrizione del diritto. Come accennato, la tesi della piena maturazione in corso di rapporto incontra un significativo ostacolo sistematico nel regime della prescrizione: quest'ultima avrebbe impedito al lavoratore di avanzare delle pur giuste pretese relative all'insufficiente accantonamento per annualità antecedenti l'ultimo quinquennio. Se, viceversa, si accoglie la tesi secondo cui il tfr matura pienamente alla cessazione del rapporto, e, dunque, il relativo diritto può essere "esercitato" solo a tale data, potrà concludersi che solo a partire da essa comincerà a decorrere il termine prescrizione.

La ricostruzione dell'istituto nei suddetti termini restituisce l'immagine di una «complessa mediazione» che, se per un verso accentua il carattere di corrispettivo dell'istituto accostandolo maggiormente alla retribuzione corrente, per altro verso non ha voluto alterarne completamente l'assetto, conservando la possibilità per il lavoratore di rivendicarlo (eccezion fatta per lo speciale regime delle anticipazioni) soltanto nella fase terminale del rapporto.

3.4. L'accertamento degli accantonamenti in corso di rapporto.

Il presupposto perfezionamento del diritto al t.f.r. solo al momento della cessazione del rapporto comporta l'impossibilità per il lavoratore di vantare alcun diritto sul patrimonio accantonato; patrimonio che resta nella disponibilità e nella titolarità del datore di lavoro fino all'estinzione del rapporto ovvero finché non si realizzino i presupposti che, legittimando un'anticipazione, producano la nascita di un diritto di credito in capo al lavoratore. Del resto, come già accennato, la stessa eccezionalità delle

“indennità di anzianità”, in *LPO*, 1983; R. PESSI, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, cit., p. 327.

anticipazioni conferma l'esistenza di un generale principio di indisponibilità dei fondi accantonati in pendenza di rapporto¹⁹³.

La disciplina dell'82, tuttavia, compone l'istituto di quote annualmente accantonate di cui è possibile verificare l'esatto ammontare in ogni momento di svolgimento del rapporto, con la sola avvertenza che la rivalutazione, come stabilito dalla legge, non viene calcolata sulla quota maturata nell'anno. Sebbene, dunque, l'ammontare finale del t.f.r. non sia determinabile in costanza di rapporto, viceversa l'importo del t.f.r. "accantonato", comprensivo della relativa indicizzazione, può essere determinato in ogni momento¹⁹⁴. Così come può essere determinata in ogni momento anche l'importo, non immediatamente rivalutabile, della quota relativa all'ultimo anno.

La determinabilità dei singoli accantonamenti annuali va considerata, poi, alla luce del penultimo comma dell'art. 2, l. 297/1982, che pone a carico del datore di lavoro un obbligo informativo nei confronti non solo degli Enti previdenziali che gestiscono il fondo di garanzia, ma altresì, in ragione del rinvio espresso all'art. 4, comma 4, della legge n. 467/1978, nei confronti del singolo lavoratore: in relazione ad essa, infatti, «acquista ben altra credibilità la tesi favorevole a riconoscere l'ammissibilità di

¹⁹³ In tal senso, peraltro, la Commissione Giugni, durante i lavori preparatori della legge, registrò una ferma posizione della parte imprenditoriale intesa a preservare la conformazione dell'istituto dell'indennità di anzianità quanto al momento di maturazione del diritto e alla titolarità dei fondi accantonati; istanza recepita sia nella disciplina restrittiva delle anticipazioni, sia nella cautela mostrata dal legislatore nell'utilizzo di formule lessicali che lasciassero intendere una progressiva maturazione del diritto al trattamento in capo al lavoratore nel corso del rapporto.

¹⁹⁴ Cfr., *ex plurimis*, G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 30; A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit.; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit.

azioni di accertamento e cautelari a tutela del trattamento di fine rapporto»¹⁹⁵.

L'esperibilità delle suddette azioni presupporrebbe, però, l'esistenza di un diritto all'accantonamento, anche solo contabile, delle quote annuali di retribuzione, distinto dal diritto al t.f.r. È ovvio quindi che le azioni di accertamento siano ammesse da quella parte della dottrina che sostiene l'esistenza di un diritto del lavoratore sulle quote¹⁹⁶.

La possibilità di agire in costanza di rapporto per l'accertamento degli accantonamenti di t.f.r. maturati viene riconosciuta, tuttavia, anche dalla dottrina (invero maggioritaria) più scettica in merito all'esistenza di un diritto all'accantonamento¹⁹⁷. Muovendo dall'accreditata dottrina processualcivilistica secondo cui la tutela di mero accertamento non presuppone necessariamente la violazione di un diritto esistente¹⁹⁸, Giuseppe SANTORO PASSARELLI conclude per l'esperibilità della relativa azione in ragione dell'esistenza di uno specifico interesse del lavoratore ad

¹⁹⁵ In termini, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, cit., p. 146. *Contra* G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...*, 1995, cit., p. 32 ss.. Si veda inoltre R. PESSI (*Trattamento di fine rapporto*, cit.) che utilizza proprio la norma che impone al datore di lavoro l'informativa al lavoratore in merito all'ammontare degli accantonamenti annuali per sostenere l'inesistenza di un diritto all'accantonamento.

¹⁹⁶ In tal senso si vedano M. NAPOLI, *Il trattamento...*, cit., p. 22; E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento...*, cit., p. 18; D'AVOSSA, *Il trattamento ...*, cit. p. 18.

¹⁹⁷ v. R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DLRI*, 1982, cit., p. 450; A. MARESCA, *La prescrizione ...*, cit., p. 382 ss.. Tra le varie argomentazioni addotte a sostegno dell'inesistenza di un diritto all'accantonamento - distinto dal diritto al t.f.r. - particolarmente significative sono le eventuali conseguenze sul relativo regime della prescrizione. Considerando l'obbligo informativo di cui al co. 9, art. 2, l. 297/1982 come momento costitutivo del diritto all'accantonamento, il relativo termine prescrizione decorrerebbe in costanza di rapporto dall'adempimento del medesimo obbligo, impedendo così al lavoratore di pretendere accantonamenti non effettuati dal datore di lavoro per esempio dieci anni prima: in tal senso v. G. Santoro Passarelli, *Il trattamento...*, 1995, p. 32.

¹⁹⁸ Si pronunziano in tal senso BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950, p. 527; PROTO-PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *RTDPC*, 1979, p. 641; LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Giuffrè, Milano, 1969, p. 281, tutti richiamati da G. SANTORO PASSARELLI (v. nt. successiva).

agire in tal senso. Sebbene ritenga che l'obbligo di informazione contenuto nel comma 9° dell'art. 2 non sia sufficiente a fondare l'esistenza di un autonomo diritto all'accantonamento, l'Autore ritiene che il lavoratore abbia comunque uno specifico interesse all'accertamento innanzitutto in ragione proprio dell'obbligo di informazione contenuto nell'art. 2, co. 9, l. 297/1982, e, in secondo luogo, perché l'azione di accertamento «eliminando l'incertezza sulla determinazione delle quote annuali accantonate, e cioè ... su un presupposto per il calcolo del t.f.r. o su una parte di credito dello stesso t.f.r. maturato, è pur sempre riferibile al diritto del lavoratore al t.f.r., risultando irrilevante che lo stesso diritto sia considerato esistente o futuro»¹⁹⁹.

Altri²⁰⁰ ha rilevato, inoltre, che nel senso dell'esperibilità di un'azione di accertamento da parte del lavoratore che ritenga erroneo per difetto l'importo dell'accantonamento comunicatogli depongono «anche elementari esigenze di certezza dei rapporti giuridici ... dovendosi altrimenti differire necessariamente le relative controversie al momento della cessazione del rapporto, allorché è sicuramente più difficile, per il tempo trascorso, l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione».

La giurisprudenza, chiamata ben presto a pronunciarsi sulle richieste di accertamento delle somme accantonate avanzate da lavoratori in costanza di rapporto, ha inizialmente oscillato sulla ammissibilità dell'azione in parola, suscitando, infine, una pronuncia delle Sezioni Unite che ha sciolto positivamente la riserva²⁰¹, chiudendo la questione in maniera pressoché definitiva²⁰².

¹⁹⁹ In termini G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...*, 1995, cit., p. 33.

²⁰⁰ A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 40.

²⁰¹ Si fa riferimento a Cass. S. U. n. 11945 del 15 dicembre 1990. Tra le pronunce che segnarono il contrasto, portato poi all'attenzione delle Sezioni Unite, si vedano, *ex plurimis*, Cass. 19 maggio 1990, n. 4556, in *FI*, 1990, I, 1879, con nota di Amoroso, che

Una sorte differente attende, invece, l'ammissibilità di azioni conservative sulle quote accantonate che risulterebbe subordinata all'esistenza, in costanza di rapporto, di un diritto di credito del lavoratore. Tuttavia, avendo accolto in questa sede la tesi della maturazione del diritto al t.f.r. soltanto alla cessazione del rapporto di lavoro, risulta inconfigurabile, prima di tale momento, un diritto di credito in capo al lavoratore, costituendo l'estinzione del rapporto un elemento costitutivo della fattispecie stessa²⁰³.

ammetteva l'esperibilità dell'azione di accertamento e, in senso contrario, Cass. 11 gennaio 1990, n. 55, in *MGL*, 1990, p. 56. Più di recente e circa il rapporto tra accertamento e prescrizione, v. Cass. 7 aprile 2006, n. 8191, in *Infoutet*, 2008, secondo cui «La prescrizione del diritto ad ottenere il pagamento del trattamento di fine rapporto decorre dalla cessazione del rapporto di lavoro e tale diritto non va confuso col diritto, maturante anche nel corso del rapporto, all'accertamento della quota temporaneamente maturata: l'uno ha per oggetto una condanna mentre l'altro ha per oggetto un mero accertamento. La diversità di contenuto e maturazione temporale dei due diritti soggettivi comporta il diverso regime della prescrizione, senza che la diversità stessa possa essere esclusa dalla loro connessione, data dalla parziale comunanza di elementi costitutivi».

²⁰² La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite è pressoché univocamente conforme alla suddetta pronuncia: v. Cass. 16 maggio 2002, n. 7136, in *DG*, 2002, p. 64.

²⁰³ Si veda, *ex plurimis*, in tal senso A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 40. Viceversa ammettono l'esperibilità delle azioni conservative in corso di rapporto lavorativo E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento ...*, cit., p. 18, che qualificano l'estinzione come una *condicio iuris* al perfezionamento del diritto, nonché D'AVOSSA, *Il trattamento ...*, cit., secondo cui, invece, l'estinzione del rapporto costituisce esclusivamente un termine di adempimento.

CAPITOLO II

RAPPORTI TRA LEGGE E AUTONOMIA PRIVATA NELLA VIGENTE DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO.

1. Spazi di derogabilità lasciati all'autonomia collettiva e all'autonomia individuale nella vigente disciplina del trattamento di fine rapporto.

La legge n. 297 del 1982, nel disciplinare il nuovo trattamento di fine rapporto, sperimenta un innovativo disegno dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva²⁰⁴, rapporti che, nella riforma in parola, assumono un'articolazione del tutto inedita rispetto alle soluzioni adottate in precedenza²⁰⁵.

L'impianto della legge si caratterizza, infatti, per il ricorso ad una pluralità di tecniche normative, alcune delle quali sono tratte dal classico repertorio giuslavoristico (il ricorso all'inderogabilità unilaterale, il rinvio alla contrattazione in funzione integrativa e di completamento), altre, più sperimentali (inderogabilità bilaterale), si ispirano a quella legislazione di "emergenza", inaugurata nel 1977, di cui la legge in esame fu considerata una delle massime espressioni²⁰⁶.

²⁰⁴ L'espressione è rubata a G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., *Premessa*, p. 2.

²⁰⁵ Lo evidenzia A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 137.

²⁰⁶ Lo rilevava la dottrina, per lo più concorde, eccezion fatta per qualche caso isolato tra cui G. SANTORO PASSARELLI, secondo il quale la legge n. 297 non sarebbe annoverabile tra gli interventi normativi di emergenza perché realizza una completa ristrutturazione dell'istituto, non limitandosi, in ragione della crisi, ad una semplice paralisi dei meccanismi preesistenti; ciò che viceversa aveva fatto, per esempio, la legge n. 91 del 1971 bloccando la contingenza.

Al di là, però, della pluralità di strumenti di cui si è avvalso il legislatore, la peculiarità della legge va ricercata, piuttosto, nell'insieme, ovvero nella ingegnosa combinazione delle suddette tecniche, variamente declinate per conferire malleabilità applicativa ed evolutiva all'istituto, e nel sapiente dosaggio di ciascuna di esse.

Proprio queste caratteristiche, e segnatamente la rilevanza delle aree di modificabilità della disciplina legale, rendono poco condivisibile la tesi della generale inderogabilità assoluta della legge n. 297²⁰⁷, inducendo decisamente ad un diverso avviso²⁰⁸.

Le “aperture” all'esercizio della libera volontà contrattuale, lungi dal rivelare «delle “crepe” nell'impalcatura della inderogabilità», costituiscono, piuttosto, «un aspetto fisiologico o meglio programmatico della stessa legge»²⁰⁹ che consente alle parti sociali di incidere sulla portata dell'istituto nonché sulla sua stessa funzione: sono il frutto della «laboriosa

²⁰⁷ Tale è il presupposto da cui muove l'analisi di A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 137, che richiama, a sostegno, alcune delle prime pronunce sulla materia (Pret. Milano 10 marzo 1983 e Pret. Roma 18 maggio 1983), nonché al medesimo orientamento espresso da alcuni commentatori (E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, cit.; M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto: configurazione dell'istituto e problemi applicativi*, in *Contrattazione*, 1982, 5, p. 25 ss.; R. DE LUCA TAMAJO-G. GIUGNI, *Commento dell'art. 1 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 261 ss.; G. ZANGARI, *Trattamento di fine rapporto e cenni sulla riforma pensionistica*, in *LPO*, 1982, p. 1808 ss.; G. FERRARO, *Commento dell'art. 4 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 296 ss.). L'Autore, in particolare, afferma che la lettera della legge è chiarissima nel senso dell'inderogabilità assoluta della legge, specie nei commi 4, 5 e 11 dell'art. 4, «specie se confrontati con l'opposta tradizionale previsione espressa della salvezza delle condizioni di miglior favore»; ulteriore conferma di tale inderogabilità deriverebbe poi dal tenore del 1° comma dell'art. 2120 c.c. che impone un tetto massimo inderogabile all'ammontare del trattamento.

²⁰⁸ Più condivisibile è la rilevazione di «un elevato grado di inderogabilità, forse più netto nell'intenzione del legislatore di quanto poi non sia consentito dall'interpretazione delle norme» (G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...*, cit., 1995, p. 92). Una simile valutazione può leggersi, del resto, anche nella più recente giurisprudenza: si veda Cass. 28 maggio 2003, n. 8480, in *MGL*, 2003, p. 769.

²⁰⁹ Il virgolettato è di G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, 1995, cit., ripreso dallo stesso AUTORE nel più recente e già citato *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*.

ricerca di tecniche e procedure in grado di coniugare efficacemente il momento di eteronomia con la valorizzazione di istanze partecipative delle forze sociali»²¹⁰ e financo di opzioni individuali. Il rilievo di tali “aperture” rivela, in altre parole, che la struttura normativa della legge n. 297 è *volutamente flessibile*, modellabile ad immagine e somiglianza delle contingenti dinamiche intersindacali (e talora financo delle preferenze individuali), nel rispetto di soli limiti espressamente sanciti con finalità perequative e calmieratici.

Il legislatore, dunque, abbandona la classica funzione protettiva, «attraverso il dominio dell’eteronomia sull’autonomia»²¹¹ per battere «la strada della riregolazione»²¹², sostituendo, almeno in parte, i vincoli diretti alla libertà contrattuale con vincoli indiretti e preventivi.

1.1. Aree di inderogabilità bilaterale.

a) Il divisore 13, 5.

Come anticipato, la novella del 1982 riproponeva «quasi tutti i modelli dialettici tra legge e contratto collettivo» che si erano andati delineando durante la fase di legislazione della crisi, modelli ispirati ad «una stretta interazione tra le due fonti , sia pure all’interno di un quadro legale che definisce i connotati essenziali ed imprescindibili dell’istituto, in coerenza ai principi costituzionali di equità di trattamento e di adeguamento

²¹⁰ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DLRI*, 1982, p. 430.

²¹¹ Così M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, 3, p. 455 ss.

²¹² M. D’ANTONA, op. cit., p. 456. Lo stesso AUTORE rinvia, per una disamina della dialettica tra deregolazione e riregolazione a G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione del diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 1986, p. 325; S. SIMITIS, *La giuridificazione nei rapporti di lavoro*, in *Digesto*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 490 ss.; U. ROMAGNOLI, *La déréglementation ete les sources du droit du travail*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1990, p. 18.

proporzionale delle liquidazioni ai redditi conseguiti durante il rapporto di lavoro»²¹³.

Proprio quella fase legislativa aveva inaugurato, appena qualche anno prima dell'emanazione della legge n. 297, un nuovo regime di concorrenza tra legge e autonomia privata che precludeva a quest'ultima, sia nella sua forma individuale che collettiva, non soltanto modifiche peggiorative – secondo lo schema classico dell'inderogabilità unilaterale – ma anche modifiche migliorative dei trattamenti legali²¹⁴. Si trattava della c.d. nderogabilità bilaterale, subito accolta dalla dottrina con preoccupazione come un «evento del tutto anomalo e sconvolgente per il diritto del lavoro»²¹⁵ ovvero di «inversione del suo corso storico»²¹⁶, artefice di una «profonda alterazione della normale dialettica intercorrente tra legge e contrattazione collettiva»²¹⁷.

Le norme lavoristiche, difatti, si erano preoccupate sino a quel momento, di garantire ai lavoratori una soglia di tutela minimale, assistita da un regime di nderogabilità unilaterale che consentiva all'autonomia individuale e collettiva di incidervi con qualsiasi modifica migliorativa. Ciò che, peraltro, aveva indotto la teorizzazione di un c.d. principio di favore, ovvero di prevalenza del regime di miglior favore in tutte le ipotesi

²¹³ Il virgolettato è di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 210. Più in generale sugli “strumenti” della legislazione della crisi si vedano, G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, specialm. p. 405 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in CESSARI- IE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, p. 1 ss.; nonché, ID, *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (spunti per una valutazione di costituzionalità)*, DE LUCA TAMAJO-VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, p. 151 ss..

²¹⁴ Si pensi, per tutti, al combinato disposto dagli artt. 1 e 4 della legge 91/1977 che, nell'escludere gli incrementi della contingenza dalla base di calcolo dell'indennità di anzianità, vietava alla autonomia privata di introdurre trattamenti migliorativi.

²¹⁵ Cfr. S. MAZZAMUTO-P. TOSI, *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *RGL*, 1977, I, p. 219 ss.

²¹⁶ G. GIUGNI, *Parlamento e sindacati*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 365.

²¹⁷ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi sul costo del lavoro ...*, cit., p. 151.

di concorrenza tra la disciplina legale e quella negoziale. Negli anni della crisi, tuttavia, l'originaria finalità protettiva, che pure aveva a lungo ispirato la legislazione del lavoro, veniva affiancata da finalità perequative e/o di contenimento del costo del lavoro che indussero il legislatore a superare le consuete frontiere, non più mosso dalla (sola) preoccupazione di garantire dei livelli di tutela "minima", ma altresì di fissare dei "tetti massimi" invalicabili.

Ne costituisce un'efficace esemplificazione il sistema di computo introdotto dall'art. 1, co. 1, della legge n. 297 secondo cui il nuovo trattamento di fine rapporto «si calcola sommando per ciascun anno una somma pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione dovuta per l'anno stesso divisa per 13,5 (...)». Il divisore 13,5, che riflette mediamente la struttura retributiva italiana divisa in 13 e, talvolta, anche 14 o più mensilità, applicato alla retribuzione annua, consente al singolo lavoratore di accantonare annualmente una quota di t.f.r. proporzionale alla propria retribuzione media. La necessità di arginare il fenomeno delle c.d. liquidazioni d'oro, introducendo un criterio che assolvesse, al contempo, una funzione egualitaria e calmieratrice, ha indotto il legislatore ad introdurre un coefficiente percentuale inderogabile, un «tetto massimo» che le parti collettive o individuali non sono autorizzate a modificare: l'eventuale determinazione di un dividendo inferiore determinerebbe, infatti, un incremento dell'accantonamento annuo in palese contrasto con il dettato normativo²¹⁸.

Questa nuova declinazione dell'inderogabilità, operante nei confronti sia dell'autonomia individuale sia di quella collettiva, e alla quale il legislatore della crisi ha fatto ricorso in più occasioni, apriva nuovi varchi

²¹⁸ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DLRI*, cit., p. 445.

alla politica del lavoro; solo per il versante collettivo, poi, si affacciarono più stringenti dubbi di costituzionalità fondate su risalenti dispute dottrinali relative alla portata della libertà sindacale costituzionalmente sancita e alla sua compatibilità con le stringenti limitazioni derivanti dal ricorso alla tecnica in parola.

Sul primo versante, era innegabile l'incidenza dell'inderogabilità assoluta sui «ruoli e sulle competenze degli agenti del sistema di relazioni industriali, (comportando, *ndr*) un rafforzamento del potere pubblico nel controllo di taluni processi economici e sociali e, nel contempo, una sia pur circoscritta delimitazione del potere sindacale ... ricondotto in un quadro di compatibilità con gli obiettivi di politica economica assunti dallo Stato»²¹⁹.

Tali valutazioni, espresse con toni timorosi all'indomani degli interventi sulla scala mobile, dinnanzi alla «evidente potenzialità diffusiva della tecnica in questione», non sembra abbiano trovato riscontro, però, tra le righe della legge 297/1982 che, pur ricorrendo talora alla tecnica della inderogabilità bilaterale, realizza una complessiva valorizzazione dell'autonomia contrattuale privata. Difatti, accanto alle limitazioni normativamente imposte, che blindano la disciplina legislativa in relazione a significativi profili dell'istituto, il legislatore del 1982 ha fatto largo uso di altri strumenti normativi che non solo compensano appieno le prime, ma consentono altresì un'ipotetica e progressiva riespansione dell'autonomia collettiva, attribuendole la possibilità di incidere sulla funzione dell'istituto e financo sulla sua stessa esistenza (attraverso la periodizzazione delle anticipazioni ovvero la progressiva riduzione delle voci retributive computabili nella base annua di calcolo). Ciò che ha consentito una più generosa valutazione degli interventi normativi ablatori, «più agevolmente

²¹⁹ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi sul costo del lavoro ...*, cit., p. 153.

giustificabili», sul piano politico come su quello tecnico giuridico, in ragione della recuperabilità, in altre direzioni, dei benefici perduti dall'autonomia contrattuale²²⁰.

Il ricorso alla tecnica dell'inderogabilità bilaterale riaprirebbe, però, anche un interessante dibattito sulla compatibilità delle limitazioni normative alla libera contrattazione con il principio sancito dal primo comma dell'art. 39 Cost..

Nell'impossibilità, in questa sede, di ricostruire i prodromi delle questioni interpretative sorte intorno alla più vasta tematica della libertà dell'organizzazione sindacale costituzionalmente sancita, ci limiteremo a dare brevemente conto, seguendo il percorso tracciato dalla più attenta dottrina²²¹, del delicato rapporto trilaterale instaurato tra legge, contratto e precetto costituzionale.

Muovendo dal significato attribuito dalla Consulta al primo comma dell'art. 39 Cost., inteso come garanzia della libertà di organizzazione e di azione sindacale, quest'ultima intesa soprattutto come piena libertà di contrattazione, occorre ricordare in via sintetica i limiti cui soggiacciono le suddette libertà:

- con riguardo alla Costituzionale formale, l'art. 39 afferma in maniera «perentoria e incondizionata»²²² la libertà di organizzazione-azione sindacale; l'affermazione trova riscontro nel confronto della norma medesima con altre previsioni costituzionali di portata analoga (si pensi, ad esempio, alla libertà di iniziativa economica, art. 41 Cost.) ma esplicitamente condizionate dal Costituente al rispetto di determinati limiti (l'utilità sociale, art. 41, 2° co., Cost.). La libertà sindacale in

²²⁰ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 212 ss..

²²¹ Si fa riferimento, in particolare, a R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva ...*, cit., p. 151 ss..

²²² Si rinvia alla ricostruzione offerta da R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi ...*, cit., 151 ss..

parola, viceversa, non è vincolata ad alcuna funzione sociale, né è sottoposta ad alcun controllo o coordinamento pubblico, essendo completamente affidata all'autocomposizione del conflitto industriale;

- con riguardo, poi, alla Costituzione materiale, l'incoercibilità dell'azione sindacale è confermata dall'istituzionalizzazione della dinamica libero-contrattuale e dal rifiuto (oggi ultracinquantennale) di qualsiasi forma di regolamentazione della rappresentanza contrattuale.

Sembrava, alla luce di tali valutazioni, che non vi fosse modo di legittimare la completa paralisi dell'autonomia privata collettiva nella disciplina di alcuni istituti lavoristici. E tuttavia i commentatori della "emergenza", consapevoli della crisi che l'aveva resa necessaria, ne proposero il riscatto mediante la stessa Carta costituzionale. Si sostenne, in particolare, che il principio contenuto nell'art. 39 Cost., pur essendo incomprimibile da parte di valori ad esso pariordinati all'interno della Costituzione, resterebbe comunque «condizionato da taluni precetti fondamentali dell'ordinamento giuridico e, in particolare, dal principio cardine sancito nell'art. 3 Cost. in tema di parità formale e sostanziale dei cittadini»²²³. Risultavano, così, legittime le limitazioni imposte all'autonomia privata per finalità di perequazione tra le varie categorie di lavoratori. Un'argomentazione del tutto analoga veniva ripresa anche a fronte degli eventuali dubbi di legittimità costituzionale²²⁴ della l. 297/1982 suscetibili dai profili di inderogabilità bilaterale ivi previsti.

Altri, invece, approdavano allo stesso risultato appellandosi alla presunta funzione previdenziale dell'istituto e, dunque, richiamando l'art. 38 Cost.:

²²³ R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi e ...*, cit., p. 161. Si ricordi che la l. n. 91/1971 fu sottoposta al vaglio della Consulta che concluse (cfr. sent. n. 142 del 30 luglio 1980, cit.) per la legittimità (temporanea) della stessa pur eludendo, nella sostanza, le problematiche di compatibilità col disposto dell'art. 39 Cost. (cfr. cap. I).

²²⁴ Ne avanzò, in dottrina, D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Lavoro '80*, 1983, p. 15 ss.

in tale ottica, l'inderogabilità assoluta del divisore, ad esempio, si giustificava in quanto non relativa ad un istituto retributivo, bensì finalizzata ad impedire che «l'istituto venisse ridisciplinato in una logica differenziata ingiustificabile con la sua funzione»²²⁵.

Ma la legittimità della l. n. 297 sarebbe forse sostenibile anche abbracciando la teoria di Gino GIUGNI²²⁶ secondo il quale la compatibilità costituzionale delle leggi che pongono un “tetto” all'autonomia collettiva è subordinata alla condizione che esse recepiscano un preventivo accordo sindacale. Le leggi che istituiscono un regime di inderogabilità *in melius* resterebbero, dunque, esonerate da dubbi di costituzionalità solo se ed in quanto recettive di un accordo che, appunto, legittimi il legislatore a introdurre misure calmieratici o perequative sindacalmente condivise. Ora: non può dirsi che l'emanazione della legge n. 297 sia stata preceduta dalla formalizzazione di un accordo in merito alle limitazioni da imporre alla contrattazione collettiva; e tuttavia la stessa legge reca senz'altro i segni di quella che abbiamo già ricordato²²⁷ come una delle prime forme concertative seppur “mascherate” dall'intento della classe sindacale di preservare, agli occhi degli iscritti, un'immagine non troppo accondiscendente rispetto alle scelte governative.

b) Il divieto di inserimento di altri istituti aventi la medesima natura e funzione dell'indennità di anzianità (art. 4, commi 4 e 5).

I commi 4 e 5 (insieme ai successivi da 9 a 12) dell'art. 4 tracciano il campo di applicazione oggettivo della legge n. 297 e, al contempo, pongono un altro limite invalicabile alla libera contrattazione. Il comma 4°

²²⁵ Cfr. M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, in *RTDPC*, 1983, p. 91 ss.

²²⁶ Illustrata, *ex plurimis*, nel *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1991.

²²⁷ Cfr. pp. 30-32 del presente lavoro.

sancisce, infatti, l'applicabilità del art. 2120 c.c. «a tutti i rapporti di lavoro subordinato per i quali siano previste forme di indennità di anzianità, di fine lavoro, di buonuscita, comunque denominate e da qualsiasi fonte disciplinate». La norma impone quindi la sostituzione di tutte le indennità rientranti nel novero di cui al comma 4° con il nuovo trattamento di fine rapporto, mentre il successivo comma 5° fa salve le sole indennità che, pur essendo corrisposte alla cessazione del rapporto, hanno tuttavia «natura e funzione diverse da quelle delle indennità di cui al comma precedente».

Il combinato disposto delle due norme citate appare del tutto coerente alle finalità perequative e di livellamento dei trattamenti di fine rapporto perseguite dal legislatore: alla predisposizione di limitazioni quantitative all'ammontare dell'emolumento (v. la derogabilità anomala del divisore e l'inderogabilità assoluta del dividendo), si affianca l'estensione del campo di applicazione del nuovo istituto chiamato a sostituire le preesistenti indennità di fine lavoro in tutti i rapporti di lavoro subordinato. Il divieto di introdurre emolumenti di fine rapporto diversi dal t.f.r. o che potessero costituire un mero duplicato di quest'ultimo costituisce, in effetti, un passaggio obbligato onde evitare che i contrastati fenomeni di superliquidazione, usciti dalla porta, potessero "rientrare dalla finestra", assumendo le più svariate forme indennitarie di matrice contrattuale, individuale o collettiva: in definitiva, «l'ammissibilità di un sistema diverso di trattamento di fine lavoro, seppure equivalente a quello legale, sarebbe incompatibile con l'obiettivo di generalizzazione di un modello unitario»²²⁸. Sicché, qualsiasi eventuale trasgressione al divieto in parola

²²⁸ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 191.

«andrebbe considerata in frode alla legge, essendo diretta ad aggirare la norma imperativa»²²⁹.

Nonostante il fermo impegno del legislatore, deve darsi atto, in ogni caso, della difficile giustiziabilità di un imperativo di tal fatta e, più in generale, delle fattispecie normative inderogabili *in melius*. La predisposizione di indennità aggiuntive al t.f.r., aventi natura e funzioni analoghe all'istituto medesimo (*rectius*: all'indennità di anzianità) e che costituirebbero un miglioramento delle condizioni contrattuali del lavoratore, difficilmente potrebbero essere poste nel nulla in vigenza della volontà contrattuale che le ha prodotte. La loro compiuta applicazione, infatti, dipende esclusivamente dalla permanenza del consenso raggiunto tra le parti. Solo la sottoposizione al giudice, in ragione di un'eventuale ma difficilmente ipotizzabile controversia, consentirebbe a quest'ultimo di rilevare il contrasto con l'art. 4, comma 5°, della legge 297 del 1982 e porre nel nulla la relativa previsione contrattuale.

Resta, in ogni caso, da stabilire quali siano i confini del divieto contenuto nel comma 5° ovvero quali tipologie di indennità possa considerarsi esterne al campo di applicazione della norma. Anche sotto tale profilo, è ancora la dottrina a offrire interessanti spunti di riflessione²³⁰.

In *primis* sarebbero salve le indennità, comunque denominate, non corrisposte al momento della cessazione del rapporto; in secondo luogo, l'individuazione del termine di comparazione nelle «indennità di anzianità» e non nel nuovo t.f.r. esprime la specifica rilevanza attribuita all'evoluzione dell'istituto, restando legittime le indennità che hanno

²²⁹ Cfr., in tal senso, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 187, ma v., più in generale, pp. 185-194 dove gli Autori individuano i vari "effetti" (perequativo, abrogativo, correttivo, integrativo) prodotti dall'art. 4, l. 297/1982.

²³⁰ Si rinvia all'analisi condotta da G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, ne *Il trattamento...*, cit..

conosciuto un diverso percorso evolutivo; inoltre, l'ampiezza della formula utilizzata (indennità di anzianità, di buonuscita e di fine lavoro comunque denominate e da qualsiasi fonte disciplinate) lascia intendere che le indennità da preservare «rientrano in una categoria eccezionale e del tutto residuale»²³¹; infine, il riferimento congiunto alla natura e alla funzione dei suddetti emolumenti fa salve solo le indennità che presentano caratteri sia funzionali che strutturali differenti rispetto ai primi. Proprio in relazione a tale ultimo tassello, però, è necessario stabilire quali siano la natura e la funzione delle indennità di cui al comma 4°, art. 4, l. 297/1982. A tal fine, e visto il carattere per nulla unanime dell'interpretazione relativa alla natura e funzione dell'indennità di anzianità, conviene affidarsi, in via di buona approssimazione, alla tesi abbracciata dalla giurisprudenza, specie della Corte costituzionale, secondo la quale l'indennità di anzianità riveste carattere retributivo, costituendo parte del compenso dovuto per il lavoro prestato, la cui corresponsione viene differita al momento della cessazione del rapporto per agevolare il lavoratore nel superamento delle difficoltà economiche derivanti dalla perdita del salario²³². In questo modo possono considerarsi salve, a titolo esemplificativo, le indennità la cui corresponsione sia prevista: alla cessazione del rapporto, a seguito della stipula di una polizza assicurativa volta a garantire eventi particolari (invalidità, premorienza rispetto all'età pensionabile); alla risoluzione anticipata del rapporto di lavoro (si pensi alle varie forme di incentivo all'esodo)²³³; per la maturazione di un elevata

²³¹ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 195

²³² Così Corte cost. n. 75 del 1968, cit.

²³³ Cfr. Cass. 6 dicembre 2002, n. 17418, in *GC*, 2002, p. 12. Una risalente giurisprudenza ne estende, peraltro, il discorso alle ipotesi di indennità per anticipato collocamento a riposo in caso di malattia, infortunio o inabilità (cfr. Pret. Milano, 28 febbraio 1987, in *DPL*, 1987, p. 2246; in senso contrario si veda Pret. Milano 11 luglio 1986, in *DPL*, 1986, p. 2813).

anzianità di servizio (c.d. premio di fedeltà o di anzianità); al fine di evitare la disaffezione al lavoro nell'ultimo anno di servizio²³⁴; in ragione della particolare qualificazione professionale dei prestatori di lavoro²³⁵ ovvero per la copertura di un rischio professionale specifico.

La ricostruzione sin qui offerta non può tuttavia considerarsi esaustiva: ciascuna singola ipotesi andrà, piuttosto, valutata singolarmente, indagando, di volta in volta, la funzione perseguita e i bisogni tipicamente tutelati dall'indennità da sottoporre al vaglio dell'art. 4, comma 5° della legge n. 297/1982.

Andranno esaminati con particolare attenzione, ad esempio, gli istituti collegati, alle ragioni della cessazione del rapporto. Si pensi ad un'indennità contrattualmente esclusa nei casi di dimissioni o di giusta causa: il carattere apparentemente difforme, retributivo nell'indennità di anzianità e premiale nell'esempio appena coniato, non lascia quest'ultimo esente da più accurate censure mosse dalla consapevolezza che l'indennità di anzianità svolgeva, tra le altre, anche una funzione premiale o di controllo del personale.

Sempre sul piano funzionale, peraltro, si è ritenuto che sia conservabile solo l'indennità finalizzata ad un evento particolare o connessa alla condizione professionale del soggetto interessato²³⁶. Né tantomeno, nella lettura offerta dalla dottrina, è possibile ritenere certamente legittimo un istituto in ragione del relativo carattere «promiscuo, composito o

²³⁴ Si pensi alla c.d. indennità di lealtà attribuita in base ad alcuni accordi sindacali. In giurisprudenza, si veda: Cass. 25 marzo 1996, n. 2627, in *RIDL*, 1997, II, p. 487, con nota di CAVAGGIONI.

²³⁵ Si veda, per i giornalisti, il CCNL 11 aprile 2001. Ed inoltre, tra le pronunce dei giudici Cass. 3 novembre 1998, n. 11002, in *MGL*, 1999, n. 1-2, p. 160; Cass. 29 novembre 1996, n. 10681, in *NGL*, 1997, p. 418.

²³⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 17.

misto»²³⁷: in tal caso, si renderebbe necessaria l'individuazione della funzione prevalente o maggiormente caratterizzante l'istituto, legittimo soltanto laddove tale funzione, così individuata, presenti dei profili di specialità rispetto a quella propria dell'indennità di anzianità.

Dando coerente seguito, poi, alla rilevata enfaticizzazione, nel testo dell'art. 4, comma 5°, delle trasformazioni che hanno interessato l'indennità di anzianità, sarà la ricostruzione in chiave evolutiva delle singole indennità contrattuali ad offrirne il più concreto indice di legittimità.

1.2. La derogabilità in melius del regime delle anticipazioni.

I commi da 6 a 11 dell'art. 2120 c.c. disciplinano la possibilità, per il lavoratore, di ottenere una anticipazione, in costanza di rapporto, sulle somme accantonate a titolo di trattamento di fine rapporto. La norma indica le condizioni e le tassative ipotesi giustificative in presenza delle quali è possibile ottenere l'anticipazione, attribuendo, però, «alla contrattazione collettiva e ai patti individuali» la possibilità di predisporre condizioni di miglior favore. Si tratta di una classica ipotesi di vigenza del principio di favore che, come accennato, permea il diritto del lavoro sin dall'epoca della sua evoluzione garantista.

Sulla portata della possibilità di deroga attribuita all'autonomia privata e sulle disposizioni oggetto della medesima, come già osservato ai fini della rilevazione dell'evoluzione funzionale dell'istituto, la dottrina si è subito divisa.

Mattia PERSIANI, che, peraltro, considerava tale modificabilità riferita all'intero testo del novellato art. 2120 c.c., riteneva tuttavia che il regime delle anticipazioni fosse limitatamente derogabile da parte dell'autonomia privata, paventando che un'apertura illimitata avrebbe finito per snaturare

²³⁷ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJÓ-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 198.

la funzione previdenziale tipica attribuita dal legislatore all'istituto, funzione riscontrabile, del resto, nelle causali c.d. titolate di anticipazione²³⁸.

Con un analogo percorso argomentativo, Antonio VALLEBONA delimitava la modificabilità in meglio del regime delle anticipazioni a tutela delle finalità proprie dell'istituto e della stessa possibilità di ottenere delle anticipazioni; finalità «consistenti nella imposizione del risparmio di una quota di retribuzione per fronteggiare esigenze di consumo essenziali di carattere straordinario»²³⁹: la legge n. 297 sarebbe assistita, infatti, da un generale principio di inderogabilità assoluta, la cui eccezione, in relazione al regime delle anticipazioni, va delimitata per evitare che venga utilizzata «per stravolgere il significato dell'intera legge»²⁴⁰.

Dalla premessa abbracciata, VALLEBONA traeva una serie di limiti al potere derogatorio dell'autonomia privata: alcuni oggettivamente deducibili dalla logica espressa nel dettato normativo; altri, più opinabili, ricostruiti

²³⁸ Cfr. *Relazione*, cit., p. 16 del dattiloscritto che leggo in G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento ...*, 1995, cit., p. 102. Lo stesso PERSIANI, come accennato, sosteneva che la legge n. 297 sarebbe permeata da una generale derogabilità sancita proprio dal comma 11 dell'art. 2120 c.c.; derogabilità che riguarderebbe, peraltro, anche il divisore 13,5, comunemente classificato dalla dottrina maggioritaria come assolutamente inderogabile. In effetti, la posizione del comma 11, a chiusura dell'art. 2120 c.c., potrebbe, a prima lettura, trarre in inganno, potendo essere sistematicamente riferito all'intero corpo della norma. E tuttavia, è sufficiente ricordare le vicende di emanazione della legge n. 297/1982 per correggere immediatamente il tiro. Nell'originario disegno di legge, infatti, la norma sulle condizioni di miglior favore chiudeva l'articolo dedicato esclusiva,ente alle anticipazioni; tuttavia, la difficile fase di approvazione parlamentare procedette ad un maldestro accorpamento di tutte le previsioni normative nell'unico art. 2120 c.c. novellato, ciò che generò la falsa ipotesi di una derogabilità *in melius* riferibile a tutto il corpo della norma in parola.

²³⁹ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 170.

²⁴⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 166-167; in senso del tutto analogo, quanto all'inconfigurabilità di clausole patrizie che ledano la situazioni soggettive di singoli dipendenti v. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 124.

proprio alla luce di una presunta funzione tipica, aprioristicamente attribuita all'istituto in via interpretativa.

Quanto ai primi, appare giustificata l'interdizione di previsioni contrattuali che ledano la *par condicio* tra gli interessati²⁴¹: l'abbassamento dell'anzianità di servizio minima per ottenere l'anticipazione, la possibilità di ottenere l'anticipo per più di una volta ovvero l'ampliamento delle cause di giustificazione legali non possono essere considerate condizioni migliorative poiché rischierebbero di escludere (almeno alcuni) dei soggetti aventi titolo per legge. I criteri legali, infatti, delimitano i possibili concorrenti all'anticipazione: un ampliamento di tale bacino privo di un corrispondente aumento della percentuale di prestazioni anticipabili, non tutelerebbe l'interesse della generalità dei lavoratori, bensì quello di alcuni o di una categoria soltanto di essi, provocando una contestuale lesione degli interessi dei dipendenti legislativamente titolati.

Meno condivisibili risultano, invece, i vincoli fondati su una presunta preordinazione funzionale del t.f.r.: secondo VALLEBONA, l'eventuale deroga migliorativa potrebbe consistere nell'introduzione di nuove causali solo se «collegate alla soddisfazione di bisogni fondamentali». Viceversa, l'autonomia collettiva non potrebbe arrivare al punto di «escludere la necessità di qualsiasi giustificazione, poiché ciò contrasterebbe con le finalità dell'istituto del trattamento di fine rapporto e delle relative anticipazioni consistenti nella imposizione del risparmio di una quota di retribuzione per fronteggiare esigenze di consumo essenziali di carattere straordinario»²⁴². Si è già rilevato, tuttavia, come l'opzione metodologica accolta nella conduzione della presente ricerca e basata sull'analisi della

²⁴¹ Ne danno conto altresì G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 123-124.

²⁴² Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 170.

disciplina positiva dell'istituto mostri l'attitudine della prevista ampia sfera di derogabilità, attribuita all'autonomia privata, ad incidere e modificare la natura e la funzione del trattamento. Va da sé che una regolamentazione normativa di tal fatta rende l'istituto strutturalmente incompatibile con una funzione rigidamente predeterminata ed intangibile.

Allo stesso modo l'AUTORE considerava nulla l'eventuale clausola che prevedesse una periodica reiterazione acausale dell'anticipo, con il conseguente sostanziale trasferimento delle somme accantonate in busta paga: l'apertura alla deroga da parte dell'autonomia privata di un singolo settore della disciplina non potrebbe essere utilizzata, infatti, per «ottenere la pratica cancellazione dell'istituto legale attraverso questa via indiretta»²⁴³. Costituirebbe conferma di tale interpretazione la attribuzione all'autonomia collettiva della modificabilità della base di calcolo, «per cui ove volesse temporaneamente comprimere o addirittura eliminare il trattamento di fine rapporto potrebbe farlo in via diretta»²⁴⁴.

Alla ricostruzione, offerta nella nota monografia dedicata al trattamento di fine rapporto, sia consentito, tuttavia, obiettare che:

- in *primis*, come si è evidenziato in precedenza, il regime delle anticipazioni non può definirsi settoriale: se il legislatore lo ha

²⁴³ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit. p. 170. Si pronunciano in tal senso anche L. MENGONI, *L'indennità in caso di morte del prestatore di lavoro dopo la legge 29 maggio 1982, n. 297*, in *MGL*, 1983, p. 80 ss.; M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto: configurazione...*, cit., p. 30; A. GARILLI, *Prime riflessioni ...*, cit., p. 356; G. ZANGARI, *Problemi e prospettive ...*, cit., p. 2001; nonché G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento...* cit., 1995, p. 102, secondo cui l'anticipazione presupporrebbe «ontologicamente l'unicità della prestazione» mentre clausole di periodica anticipazione derogherebbero alla modalità temporale di esercizio del diritto, inderogabilmente fissata dall'art. 2120 c.c. al momento della cessazione del rapporto. Inoltre uno slittamento in busta paga dell'accantonamento maturato annualmente che prescindesse dalla richiesta effettuata di volta in volta dal lavoratore finirebbe per abolire lo stesso accantonamento (ma in tal senso si era già pronunciato anche MENGONI, op. ult. cit.) impedirebbe la stessa maturazione del diritto al t.f.r..

²⁴⁴ A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit. p. 170.

disciplinato a quel modo vuol dire che intendeva attribuirvi ben altra rilevanza nell'economia complessiva della disciplina dell'istituto;

- in secondo luogo, proprio la predisposizione legislativa di una ulteriore strumento di trasformazione e/o compressione dell'istituto (la derogabilità della base di calcolo) conferma la generale volontà del legislatore di “costruire” un istituto flessibile e (almeno potenzialmente) polivalente.

Del resto, depone in senso contrario all'esistenza di una funzione ontologicamente preordinata del t.f.r. la notevole evoluzione funzionale subita dall'istituto: accanto al *coté* retributivo, più accentuato nella veste di trattamento di fine rapporto, l'istituto continuava a conservare una vocazione previdenziale, propria dell'originaria indennità di anzianità, e tipizzata, dalla nuova disciplina, in specifiche ipotesi di “bisogno” del lavoratore in ragione delle quali è possibile ottenere delle anticipazioni sulle somme accantonate; ipotesi modificabili (come altri profili del relativo regime) sino a declinare nuovamente l'istituto, con varia intensità, in senso retributivo.

Quanto dedotto dall'analisi giuspositiva trova puntuale riscontro, peraltro, nei lavori parlamentari²⁴⁵ e negli atti della Commissione Giugni²⁴⁶, a riprova del fatto che la flessibilizzazione dell'istituto risponde ad una precisa *voluntas* del legislatore e non è solo il frutto dell'interpretazione offerta da una certa dottrina.

²⁴⁵ Si veda la *Relazione Romei* al Senato della repubblica del 21 aprile 1982 in *Appendice a Il trattamento...*, cit., di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO.

²⁴⁶ «Viene infine previsto che i contratti collettivi e i patti individuali possano prevedere limiti più ampi nella corresponsione delle anticipazioni. Tale norma tende in primo luogo a consentire un eventuale evoluzione dell'istituto in base al consenso delle parti sociali...», *Relazione al Disegno di legge n. 1830 concernente la «disciplina del trattamento di fine rapporto»*, presentato dal Presidente del Consiglio al Senato in data 17 marzo 1982, reperibile in G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, *Allegati – Atti della Commissione Giugni*, specialm. p. 316.

L'osservazione degli elementi normativi positivi, insieme ad alcuni suggerimenti dottrinali, induce a trarre conclusioni difformi rispetto alle tesi prospettate. Sembra, infatti, che la lettera dell'art. 2120 c.c. contenga una norma di più ampio respiro che consente all'autonomia privata, sia collettiva che individuale, di incidere in maniera pressoché illimitata sul regime normativo delle anticipazioni. Sembra, in altre parole, che la contrattazione possa dilatare le ipotesi di anticipazione «in direzione di una più ampia soddisfazione degli interessi dei lavoratori»²⁴⁷ sino al punto di determinare uno slittamento in busta paga di tutte o buona parte delle quote accantonate a titolo di t.f.r.; e che possa configurare anticipazioni che, superando la misura massima legislativamente fissata nel 70% del trattamento maturato, «integrino un vero e proprio prestito del datore di lavoro garantito sul t.f.r.»²⁴⁸. Vero è che abbiamo scelto esempi piuttosto lontani (a quanto consta) dalla realtà; ma, del resto, si tratta di ipotesi, seppure di confine, la cui mera configurabilità completa il complesso quadro normativo della l. 297 restituendo un istituto vincolato nell'*an* e (nella sua misura massima) nel *quantum*, ma «del tutto flessibile nel *quando*»²⁴⁹.

La “capacità” di deroga riconosciuta alla contrattazione individuale e la conseguente possibilità che le parti si accordino per un cadenzato godimento del trattamento in pendenza di rapporto, lascia dedurre, poi, che l'istituto non risponda «ad un interesse generale o collettivo, bensì possieda una rilevanza meramente individuale, potendo ciascun lavoratore concorrere a disegnare una propria storia personale quanto al godimento

²⁴⁷ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 123.

²⁴⁸ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, p. 123.

²⁴⁹ *Ibidem*.

del t.f.r. e alle sue modalità temporali»²⁵⁰. Se l'inderogabilità della precedente disciplina conferiva all'indennità di anzianità una finalità sostanzialmente previdenziale e, dunque, generale, l'apertura della disciplina del t.f.r. all'autonomia contrattuale rivela l'attribuzione, al nuovo istituto, di una maggiore sensibilità ad opzioni individuali. Anche attraverso il regime delle anticipazioni, infatti, il legislatore sembra tendere ad abbandonare la classica posizione paternalistica e garantista nei confronti dei lavoratori ed a favorire, per converso, una progressiva riesplorazione dell'autonomia privata (specie collettiva, ma, in questa sede, anche individuale).

Il lavoratore può, dunque, scegliere di conservare l'istituto, così come disegnato nei suoi tratti essenziali dal legislatore, abdicando al proprio potere di deroga e sfruttandone i risvolti di natura previdenziale, ovvero di "autogestire" contrattualmente (almeno in parte) il proprio t.f.r., in ipotesi sviluppandone la matrice retributiva. La più recente riforma della previdenza complementare, peraltro, sembra confermare (come accennato *ante*) tale capacità di sviluppo bidirezionale dell'istituto introducendo una nuova modalità di utilizzo del t.f.r. con finalità squisitamente previdenziali.

Con l'emanazione della riforma della previdenza complementare, tuttavia, la possibilità, offerta dalla derogabilità del regime delle anticipazioni, di incidere sulla funzione svolta dall'istituto, pur conservata intatta insieme all'intero impianto normativo del 1982, viene subordinata all'esercizio "a monte" di una scelta da parte del lavoratore. Solo conservando il diritto al tradizionale emolumento di fine rapporto potrà attivarsi la "valvola" funzionale disciplinata dall'art. 4 della l. n. 297/1982. Viceversa, aderendo alla previdenza complementare, il lavoratore rinuncerà per sempre alla

²⁵⁰ *Ibidem.*

possibilità di gestire contrattualmente le quote accantonande di t.f.r., accettando il nuovo regime introdotto dal d. lgs. 252 del 2005.

Quest'ultimo ha introdotto, peraltro, la possibilità di ottenere altresì delle prestazioni anticipate dai fondi di previdenza complementare.

Si è già sommariamente illustrato, al par. 2.5 di questo capitolo, quali siano le condizioni di accesso a tale beneficio; alla luce, inoltre, della valenza funzionale della disciplina delle anticipazioni nell'ambito della legge n. 297/1982, nella stessa sede si è indagato il regime delle anticipazioni erogate dai Fondi pensione per valutare se anche quest'ultimo avesse delle ricadute funzionali sul t.f.r. ormai devoluto alla previdenza complementare. Rinviando a quella sede per lo svolgimento di più ampie valutazioni, sia consentito soltanto ricordare che dalla *ratio* complessiva del decreto legislativo n. 252 nonché dalla lettura combinata dell'art. 11, commi 1° e 7°, del medesimo decreto, sembra si possa concludere per il carattere inderogabile, da parte della contrattazione collettiva ed individuale, del regime delle anticipazioni erogate dai fondi pensione. Trattandosi, infatti, di ipotesi in cui eccezionalmente il fondo eroga prestazioni *una tantum*, restituendo al t.f.r., che ne costituisce fonte di finanziamento, una sua vecchia prerogativa, il legislatore sembra non consentirne la deroga da parte della autonomia privata. In tal senso, si rivela anzitutto come, diversamente dalla legge del 1982, che contempla esplicitamente la possibilità di deroga da parte della autonomia privata (individuale e collettiva), la riforma del 2005 non contiene alcuna norma di tenore analogo. Coerentemente, l'art 11, comma 1° che disciplina le prestazioni erogate dalle forme pensionistiche complementari e, tra queste, anche le anticipazioni, afferma esplicitamente al che soltanto le suddette forme possono definire «i requisiti e le modalità di accesso alle prestazioni».

Un regime diversificato è destinato, invece, alle imprese con più di 50 dipendenti per i casi in cui siano tenute a versare le quote di t.f.r. maturate dai dipendenti che abbiano optato per la conservazione del trattamento al nuovo Fondo per l'erogazione del t.f.r.²⁵¹ istituito presso l'INPS. Si è già illustrato in precedenza che la suddetta istituzione non ha comportato altresì una modifica della disciplina relativa al t.f.r., che resta sostanzialmente quella contenuta nella l. 297/1982, anche quanto al regime delle anticipazioni. Ciò vuol dire che i lavoratori hanno ancora la possibilità di modificare, in via contrattuale, il suddetto regime con una piccola particolarità: le erogazioni relative ad accantonamenti successivi alla data di entrata in vigore della riforma resterebbero a carico del Fondo medesimo. In altre parole, datore di lavoro e lavoratore possono accordarsi circa le modalità di erogazione anticipata dell'emolumento retributivo il cui onere economico grava, tuttavia, su un soggetto terzo rispetto ai contraenti, ovvero sul Fondo in cui confluiscono mensilmente gli accantonamenti di t.f.r..

È immaginabile che questo anomalo rapporto trilatero possa generare svariati ordini di problemi e controversie, se solo si pensa, tra le altre cose, alla cennata perdita di qualsiasi interesse da parte datoriale in relazione alle quote di t.f.r. da versare al fondo e alla conseguente trasformazione delle medesime in un'ottima posta di scambio a livello contrattuale.

La ricostruzione sin qui offerta suggerisce, in definitiva, che la derogabilità *in melius* da parte della autonomia privata individuale e collettiva sia sostanzialmente illimitata, con la possibilità di integrare ed ampliare le condizioni di accesso e di godimento delle anticipazioni purché

²⁵¹ Si veda la sintetica descrizione di cui al capitolo IV della presente ricerca.

nell'interesse di tutto il personale e col solo limite del rispetto della posizione dei lavoratori legislativamente titolati.

1.3. La derogabilità “anomala” del dividendo.

Nell'ambito di un'ideale classificazione delle tipologie di derogabilità “concesse” dal legislatore dell' '82 all'autonomia privata particolarmente complessa è la definizione del regime riservato alla contrattazione collettiva nella definizione del dividendo, ovvero delle voci di retribuzione annua ricadenti nella base di computo del trattamento. L'art. 1, co. 2, l. 297/1982 consente, infatti, l'applicazione di deroghe “collettive” sia migliorative che peggiorative alla nozione di retribuzione legislativamente offerta. Depone in tal senso innanzitutto l'ampiezza della formula normativa adottata, che si limita a fare salve le «diverse previsioni dei contratti collettivi», mentre laddove il legislatore ha voluto consentire solo deleghe *in melius* lo ha chiarito in maniera espressa, come nel regime delle anticipazioni modificabile solo a fronte di «condizioni di miglior favore». Dunque, tale “salvezza”- che secondo alcuni avrebbe ad oggetto una mera «libertà»²⁵² di intervento da parte dell'autonomia collettiva, mentre secondo altri costituirebbe un rinvio che lascia alla definizione legale «carattere meramente suppletivo»²⁵³ - si estende in due diverse direzioni: per un verso consente ai contratti collettivi di derogare illimitatamente *in peius* alla nozione onnicomprensiva di retribuzione accolta al legislatore; per altro verso ed entro il tetto massimo costituito dalla retribuzione base annua, permette alla contrattazione di incidervi *in melius*, fino ad estendere

²⁵² Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 60.

²⁵³ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit. p. 147 ss.

la base di calcolo del t.f.r. ad ogni voce retributiva corrente, comprese quelle occasionali²⁵⁴.

Sul piano modellistica siamo in presenza di una norma “semimperativa”, cioè derogabile solo dalla autonomia collettiva e non da quella individuale, norma cui l’ordinamento ricorre allorché intende rendere flessibile il precetto legale, mediante delega alla dialettica intersindacale, ma non lasciarlo alla mercé di pericolose dinamiche dell’autonomia individuale, implicanti il rischio di “sopraffazioni” contrattuali del datore di lavoro. La peculiarità, nel caso di specie, è però data dal riconoscimento all’autonomia collettiva di un potere di deroga bidirezionale, mentre in genere le norme semimperative contemplan soltanto il potere di intervento migliorativo dell’autonomia collettiva.

a) La *ratio* dell’attribuzione all’autonomia collettiva della possibilità di derogare in peius la disciplina legale della base di computo del t.f.r. va rinvenuta nelle finalità perseguite dalla novella: contrastare gli effetti nefasti derivanti dagli automatismi retributivi e, al contempo, restituire al confronto collettivo la più ampia gestione delle dinamiche retributive.

Sul punto avevano convenuto anche le parti sociali che, nelle occasioni di confronto con la Commissione Giugni²⁵⁵, manifestavano l’ambizione di riconquistare potere contrattuale in materia salariale, conservando la nozione onnicomprensiva di retribuzione, cara alla giurisprudenza dell’epoca²⁵⁶, ma smobilitando «il mito della sua intangibilità»²⁵⁷.

²⁵⁴ Sulla derogabilità sia *in melius* che *in peius* della retribuzione presa a base di computo si vedano le recenti Cass. 8 giugno 2005, n. 11960, in *GD*, 2005, n. 28, p. 76; Cass. 5 settembre 2003, n. 13010, in *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1854.

²⁵⁵ I cui Atti leggo oggi in appendice al commentario di G. GIUGNI-R.DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit..

²⁵⁶ Il contrasto sull’esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale di onnicomprensività fu portato all’attenzione della S.C. che a Sezioni Unite lo risolse in senso critico (sentenza n. 5887 del 7 novembre 1981, in *FI*, 1982, I, p. 2183 con nota di DE LUCA e in *MGL*, 1982, I, p. 42 con nota di PERSIANI). La successiva Cass. 13 febbraio

Un'ambizione che, peraltro, si sposava bene con un altro intento del legislatore: quello di introdurre un sistema che consentisse la risoluzione in via convenzionale delle eventuali questioni inerenti la composizione della base di calcolo²⁵⁸, in modo tale da evitare vertiginosi incrementi di contenzioso e, al contempo, dare «un'implicita risposta negativa»²⁵⁹ alla presunta esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale e inderogabile di onnicomprensività della retribuzione. Ne è derivata la sicura possibilità per la contrattazione collettiva di espungere, dalla

1982, n. 914, in *SGL*, 1982, II, p. 18 e 50, tuttavia, sembrò subito disattendere l'orientamento; in seguito recuperato (si vedano la nota Cass. S.U. 13 febbraio 1984, n. 1069, *LPO*, 1984, p. 818, nonché la rassegna giurisprudenziale di V. DI NUNCIO, *Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di retribuzione: onnicomprensività, parità, indennità di contingenza*, in *QDL*, 1988, n. 4, p. 139), può dirsi oggi consolidato: Cass. 23 maggio 1990, n. 4635, in *RFI*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1244; Cass. 2 dicembre 1991, n. 12913, in *RIDL*, 1992, II, p. 883 con nota di GRAGNOLI; Cass. 13 febbraio 1992, n. 1786, in *OGL*, 1992, p. 315; Cass. 1 aprile 1993, n. 3888; Cass. 25 ottobre 1993, n. 10586, in *RFI*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1023; Cass. 5 novembre 1998, n. 11137, *ivi*, 1998, voce *cit.*, n. 1188. Più di recente, v. Cass. 5 marzo 1999, n. 1883; Cass. 9 dicembre 1999, n. 13780. In dottrina sulla questione dell'onnicomprendività della retribuzione si vedano M. PERSIANI, *I nuovi problemi della retribuzione*, Padova, 1982, T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *DLRI*, 1980p. 24 ss.; M. DELL'OLIO, *La retribuzione tra legge, contrattazione collettiva e giurisprudenza*, in *Ind. e sind.*, 1980, n. 38; F. BIANCHI D'URSO, *Omnicomprendività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in *DLRI*, 1984, p. 269 ss.; M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, 1986; PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989, p. 76.

²⁵⁷ Lo ricordano G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il Trattamento...*, cit., p. 60. In tema di trattamento di fine rapporto, la giurisprudenza continua a riconoscere che l'art. 2120 c.c., nel testo novellato dalla legge 297 del 1982, accoglie, benché derogabile, un principio di onnicomprensività della retribuzione: così Cass. 5 novembre 2003, n. 16618, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, nonché Cass. 5 settembre 2003, n. 13010, *ivi*.

²⁵⁸ In tale ottica la Commissione lavoro della Camera introdusse la nuova definizione della base di calcolo, nell'intento, appunto, «di evitare ogni contenzioso» (cfr. *Relazione Cristofori alla Camera dei deputati*, del 12 maggio 1982 che leggo in *Appendice a Il trattamento ...*, cit., di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, p. 335 ss.).

²⁵⁹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento ...*, 2007, cit., p. 64, che rileva parallelamente che la scelta fatta dal legislatore, oltre a restituire alla contrattazione collettiva la funzione di governare la retribuzione in generale, ha altresì ridimensionato il potere di intervento del giudice nella determinazione della retribuzione utile al calcolo del t.f.r..

retribuzione annualmente presa a base di computo, una molteplicità di indennità o voci retributive e stabilire, di volta in volta, se privilegiare la retribuzione diretta ovvero gli istituti indiretti, adeguando la “portata” dell’istituto alle contingenti condizioni di politica economica e sindacale. Trattandosi, poi, di una derogabilità sostanzialmente illimitata, essa consente, in via ipotetica, alla contrattazione collettiva di spingersi sino ad un sostanziale svuotamento dell’istituto²⁶⁰, con una notevole incidenza, come accennato, sul profilo funzionale del trattamento stesso.

b) Nella stessa ottica della restituzione all’autonomia collettiva della questione retributiva, la legge ammette altresì la modificabilità *in melius* della base di computo²⁶¹, per esempio facendovi confluire anche le somme corrisposte a titolo occasionale. In questa seconda direzione, tuttavia, la possibilità di deroga incontra un vincolo forte nel primo comma dell’art. 2 (legge n. 297) che, imponendo che gli accantonamenti siano «pari e comunque non superiori alla retribuzione dovuta per l’anno stesso divisa per 13,5», vieta di inserire nella base di computo compensi fittizi o

²⁶⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento* ..., cit., p. 148.

²⁶¹ Sembra andrebbe di diverso avviso G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO che, nella ben nota opera di commento alla legge n. 297/1982, affermano che «dividendo e divisore .. sono assistiti da un regime di inderogabilità assoluta». In realtà l’affermazione, che, come si accennerà tra breve, non è passata inosservata, è seguita da un inciso di pari rilievo che fa «salvo quanto previsto nel comma secondo in ordine alla nozione di retribuzione annua». La contraddizione si ripete nuovamente nelle medesime pagine e, successivamente, nel commento alle norme del citato comma 2°, dove si analizza, tra le altre cose, «La derogabilità da parte dei contratti collettivi» (cfr. cap. 3°, par. 2°, p. 58 ss.). La particolare vicinanza degli Autori alla redazione stessa della legge e, al contempo, la probabile diversità dei rispettivi approcci interpretativi, suggerisce che la contraddizione in parola testimoni la dialettica scientifica che ha accompagnato la stesura del commentario. Vi da risalto, in maniera critica, G. SANTORO PASSARELLI, che anche nella più recente edizione della sua opera dedicata al *Trattamento di fine rapporto* (cit.), ritiene che i tra Autori siano caduti in un «equivoco piuttosto diffuso» (cfr. p. 61).

figurativi²⁶² e, in definitiva, di incrementare il trattamento di fine rapporto oltre un certo limite, determinato in proporzione fissa (1: 13,5) rispetto al salario corrente. L'imposizione di tale "tetto massimo" invalicabile, in luogo delle consuete soglie minime di tutela garantite in materia di lavoro, evidenzia la volontà del legislatore di vietare la crescita, oltre certi limiti, del salario differito. Volontà che rispecchia appieno le finalità calmieratrici perseguite dal legislatore, il quale, come più volte accennato, fu chiamato a riformare l'allora indennità di anzianità proprio allo scopo di arginare il fenomeno delle superliquidazioni che contribuiva ad aggravare la crisi economica attraversata dal paese²⁶³.

c) La previsione di un "tetto massimo" alla facoltà di deroga collettiva completa ulteriormente la collocazione della fattispecie normativa in esame all'interno dei classici modelli concernenti i rapporti tra legge e autonomia privata. La possibilità, infatti, di apportare deroghe limitatamente peggiorative e limitatamente migliorative, attribuita peraltro alla sola contrattazione collettiva, delinea un regime "anomalo", anch'esso frutto delle sperimentazioni mediatriche del legislatore, spinto, dall'onda dell'emergenza, a forzare gli originari strumenti del diritto del lavoro. A voler inquadrare la tipologia in esame, potremmo dire che si tratta di una semimperatività bilaterale dove così la facoltà di miglioramento come quella di peggioramento trovano specifiche limitazioni nella impossibilità di gonfiare fittiziamente la complessiva retribuzione annua (base di computo), alla quale non possono aggiungersi voci figurative ad esse estranee e, per converso, nell'impossibilità di azzerare del tutto la

²⁶² Tale conclusione è confermata del resto dalla previsione del terzo comma dello stesso articolo 1 che indica tassativamente i casi di inserimento di retribuzioni figurative nella base di calcolo.

²⁶³ Questa stessa volontà, tuttavia, costituisce secondo Vallebona, una conferma della inderogabilità generale della legge, le cui limitate eccezioni – tra le quali annovera anche la derogabilità del dividendo – costituiscono un'ulteriore conferma.

retribuzione base sino a cancellare l'istituto così nelle sue declinazioni previdenziali che in quelle retributive.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO NELLA LEGGE N. 297 DEL 29 MAGGIO 1982

1. Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della legge n. 297 del 1982.

La legge 29 maggio 1982, n. 297, ha riformato completamente l'istituto trasformandone, per l'ennesima volta, sia la denominazione che la disciplina e restituendo al lavoratore italiano un novello "trattamento di fine rapporto" che sostituisce *in toto* la vecchia indennità di anzianità.

Difatti, l'art. 1, comma 1, della legge citata, modificando il testo dell'art. 2120 c.c., ha confermato e generalizzato il principio della attribuzione dell'indennità «in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro»²⁶⁴, a prescindere dalla causa

²⁶⁴ L'estensione oggettiva del campo di applicazione del trattamento – sottoforma di indennità di anzianità – a tutte le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro era già stata operata dalla legge n. 604 del 1966, nonché dall'intervento della Corte costituzionale (per il quale si rinvia al capitolo I): sotto tale profilo la riforma appare «meramente confermativa», come ben rilevano G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984), evidenziando tuttavia, con altrettanta pregnanza, il rilievo sul piano della politica legislativa laddove il collegamento del trattamento di fine rapporto con l'anzianità di servizio maturata dal lavoratore presso il singolo datore di lavoro «contraddice subito le proposte di far riferimento alla complessiva anzianità di lavoro (e non di azienda) del dipendente, con eventuali processi di mutualizzazione dell'istituto e di allocazione dei fondi fuori dell'azienda». La questione appare oggi di rinnovato interesse, all'indomani dell'entrata in vigore di una riforma che, superando antiche reticenze, ha infranto il tentativo di gelosa conservazione della gestione dell'istituto in ambito endoaziendale, privando così le aziende di un importante canale di investimento e di auto-finanziamento.

estintiva, dalla durata e dal tipo di rapporto (purché subordinato) – ivi compresi quelli speciali, quali il lavoro a domicilio, quello sportivo²⁶⁵, a termine²⁶⁶ e alcuni settori particolari come gli esattoriali e gli autoferrotranviari – ne ha esteso la portata mediante l'introduzione di un unico criterio di computo dell'indennità applicato indistintamente a tutti i lavoratori.

In particolare, il legislatore, con evidenti finalità perequative, ha disposto la fruizione del t.f.r. da parte di «tutte le categorie di lavoratori» (art. 5, co. 5°), ivi compreso il personale navigante con la qualifica di sottufficiale comune (art. 5, co. 6°). Lo stesso articolo di legge (art. 5) individua, inoltre, un termine finale entro il quale la suddetta equiparazione avrebbe dovuto ricevere attuazione, lasciando intendere che tale attuazione fosse rimessa alla contrattazione collettiva. La scelta di indicare una data *ad hoc*, differente rispetto a quella di entrata in vigore della legge, è stata dettata da quel diffuso spirito di compromesso sul quale si fonda l'intera disciplina: difatti ai timori espressi dagli ambienti imprenditoriali, relativi ai costi dell'operazione di perequazione, si opponeva la comprensibile aspettativa sindacale di un'immediata generalizzazione del nuovo sistema. La soluzione adottata dal legislatore intendeva, dunque, andare incontro alle legittime aspettative di entrambe le parti.

La citata norma di cui all'art 5, comma 5°, va poi coordinata con l'art 4, comma 4° che sancisce l'applicazione della disciplina del t.f.r. a «a tutti i rapporti di lavoro subordinato per i quali siano previste forme di indennità di anzianità, di fine lavoro, di buonuscita, comunque denominate e da qualsiasi fonte disciplinate»: entrambe rispondono alla medesima finalità «di razionalizzazione

²⁶⁵ Cfr. D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, Milano, 1988, p. 166 ss..

²⁶⁶ Cfr. Cass. 11 gennaio 1988, n. 72, in *NGL*, 1988, p. 232; Cass. 17 novembre 1987, n. 8420, in *OGI*, 1988, p. 827.

e di perequazione del trattamento di fine lavoro»²⁶⁷, ma mentre la prima norma realizza tali obiettivi a livello intercategoriale, la seconda agisce in ambito intersettoriale. In tal modo, la riforma sembra completare quel processo di progressiva espansione dell'indennità di fine lavoro, a cui il legislatore aveva precedentemente provveduto mediante interventi legislativi mirati²⁶⁸, attribuendole un campo di applicazione soggettivo senza dubbio più ampio rispetto al previgente disposto dell'art. 2120 c.c..

Quanto al profilo “oggettivo” di tale applicazione, è il caso di sottolineare che, a fronte della generalizzata estensione dell'istituto, l'art. 4, al successivo comma 5°, fa salve le indennità erogate alla cessazione del rapporto di lavoro che abbiano natura e funzione differenti rispetto alle indennità di anzianità, di fine lavoro e di buonuscita comunque denominate. Per identificare le indennità conservabili è necessario, dunque, quanto alla natura, che non sia retributiva, e quanto alla funzione, che l'indennità sia finalizzata ad un evento particolare o connessa alla condizione professionale del soggetto interessato²⁶⁹. La giurisprudenza ha chiarito che il lavoratore conserva il diritto a percepire, accanto al t.f.r. e senza alcuna decurtazione, le somme aventi un titolo diverso ed autonomo rispetto al suddetto trattamento²⁷⁰. In tal senso, sono fatte salve le indennità la cui corresponsione sia prevista dalla contrattazione collettiva, ad esempio, nelle ipotesi di risoluzione anticipata del rapporto di lavoro: si pensi

²⁶⁷ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 245.

²⁶⁸ Vedi capitolo I.

²⁶⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 17.

²⁷⁰ Cfr. Cass. 17 maggio 2002, n. 7210, in *NGL*, 2002, p. 821; Cass. 1 agosto 1998, n. 7456, in *NGL*, 1998, p. 604; Cass. 25 marzo 1996, n. 2627, in *RIDL*, 1997, II, p. 487; Cass. 1 febbraio 1994, n. 988, in *DPL*, 1994, p. 1174; Cass. 2 aprile 1992, n. 4038, in *DL*, 1992, II, p. 450, per la nullità delle clausole dei contratti collettivi che dispongano prestazioni integrative o duplicative del t.f.r.; Trib. Torino, 11 luglio 2000, in *GL*, 2000, n. 45, p. 36; Trib. Milano 4 marzo 1989, in *OGL*, 1989, p. 1088.

alle varie forme di incentivo all'esodo²⁷¹ oppure al collocamento a riposo in caso di malattia, infortunio o inabilità, specie a seguito della stipula di una polizza assicurativa volta a garantire il lavoratore di fronte a eventi di questo tipo. Ma anche alla eventuale risoluzione per la maturazione di un'elevata anzianità di servizio (c.d. premio di fedeltà o di anzianità) o per evitare la disaffezione al lavoro nell'ultimo anno di servizio²⁷². Restano, infine, legittime le indennità erogate in ragione della particolare qualificazione professionale dei prestatori di lavoro²⁷³ ovvero per la copertura di un rischio professionale specifico.

Viceversa, in relazione ai trattamenti integrativi gli interpreti hanno prospettato differenti soluzioni: l'obbligo di corresponsione immediata²⁷⁴, ovvero di restituzione ai lavoratori dei contributi versati rivalutati²⁷⁵ oppure la necessità di accantonare i suddetti contributi al 31 maggio 1982, insieme all'anzianità già maturata²⁷⁶.

2. Il sistema di computo degli accantonamenti.

Il trattamento si calcola sommando per ciascun anno di servizio «una quota pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione annua divisa per il coefficiente 13.5»: l'ammontare determinato dalla somma di tali quote annuali (opportunamente rivalutato alla luce dei criteri normativi che andremo ad

²⁷¹ Cfr. Cass. 6 dicembre 2002, n. 17418, *GCmass.*, 2002, p. 12. Il discorso è esteso, peraltro, alle ipotesi di indennità per anticipato collocamento a riposo per malattia, infortunio o inabilità: cfr. Pret. Milano, 28 febbraio 1987, in *DPL*, 1987, p. 2246; in senso contrario si veda Pret. Milano 11 luglio 1986, in *DPL*, 1986, p. 2813.

²⁷² Si pensi alla c.d. indennità di lealtà attribuita in base ad alcuni accordi sindacali. In giurisprudenza, vedi: Cass. 25 marzo 1996, n. 2627, in *RIDL*, 1997, II, p. 487, con nota di CAVAGGIONI.

²⁷³ Si veda, per i giornalisti, il CCNL 11 aprile 2001. Cass. 3 novembre 1998, n. 11002, in *MGL*, 1999, n. 1-2, p. 160; Cass. 29 novembre 1996, n. 10681, in *NGL*, 1997, p. 418.

²⁷⁴ Si veda la pur risalente Pret. Roma, 16 maggio 1983, in *GI*, 1984, I, 2, p. 349.

²⁷⁵ In tal senso, cf. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit. p. 202.

²⁷⁶ Cass. 6 maggio 1987, n. 4213, in *Rep. FI*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2831; Pret. Milano, 10 marzo 1983, in *GI*, 1984, I, 2, p. 349, e in dottrina D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 169; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Milano, F. Angeli, 1984, p. 142.

illustrare) costituisce la somma dovuta dal datore di lavoro al dipendente al momento della cessazione del rapporto di lavoro. La locuzione «per ciascun anno di servizio» fa riferimento all'anno solare (e non all'anno di anzianità in senso stretto), con ciò intendendosi che per il lavoratore assunto il 20 giugno l'accantonamento a titolo di dovrà essere calcolata in misura proporzionale all'anzianità di servizio maturata al 31 dicembre dello stesso anno. Il principio, non esplicitato dal legislatore, è tuttavia agevolmente deducibile dal successivo comma 4° dello stesso art. 1, secondo cui «il trattamento di cui al comma 1°, con esclusione della quota maturata nell'anno, è incrementato, su base composta, al 31 dicembre di ogni anno ...»: diversamente opinando risulterebbe del tutto insensato calcolare l'accantonamento in base all'anno di anzianità e applicare poi la rivalutazione al termine di ciascun anno solare²⁷⁷.

Gli elementi di computo individuati dal 1° comma dell'art. 2120 c.c., come riscritto dalla legge 297 del 1982, potrebbero apparire, di primo acchito, entrambi retti da un regime di inderogabilità assoluta laddove la norma stabilisce che la quota da accantonarsi annualmente debba essere quantificata in misura «pari e comunque non superiore» alla retribuzione annua divisa per 13,5. Tale principio, tuttavia, viene ammorbidito in maniera parziale ma significativa nel successivo 2° comma che restituisce alla autonomia collettiva la sua propria funzione contrattuale attraverso la possibilità di ridisegnare, almeno in parte, la struttura qualitativa del parametro retributivo²⁷⁸.

La retribuzione annua presa a base di calcolo (dividendo) dalla lettera dell'art. 2120 c.c. è quella “dovuta” per ciascun anno di servizio, dovendosi considerare

²⁷⁷ Del resto, non si comprenderebbe altrimenti in che modo il datore di lavoro potrebbe adempiere all'obbligo di comunicare entro il 31 marzo di ogni anno agli Istituti previdenziali «i dati relativi all'accantonamento effettuato nell'anno precedente» (cfr. art. 2, l. 297/1982).

²⁷⁸ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 59. Sul regime che assiste le diverse componenti del criterio di computo introdotto dalla legge n. 297 del 1982, sia consentito rinviare al cap. II della presente ricerca.

“dovute” non soltanto le somme di fatto percepite dal lavoratore a titolo di retribuzione, ma anche quelle divenute liquide ed esigibili durante l’anno anche se non corrispostegli materialmente dal datore di lavoro inadempiente. Il legislatore, in altre parole, si è discostato dal criterio di cassa (premile rispetto ai possibili inadempimenti datoriali), preferendo adottare un criterio di competenza, volto a computare il t.f.r. su tutto quanto è entrato a far parte del patrimonio del lavoratore a prescindere dall’effettiva corresponsione del datore di lavoro. Di conseguenza, a titolo esemplificativo, le eventuali pronunce giudiziali che riconoscano retroattivamente al lavoratore il diritto a percepire determinate spettanze retributive comportano l’imputazione delle medesime somme all’anno in cui sarebbero originariamente spettate (al netto di interessi e rivalutazione disposti dal giudice) o, più precisamente, al momento in cui la relativa obbligazione retributiva si è perfezionata. Ciò vuol dire che occorre verificare il momento in cui il credito del lavoratore è divenuto liquido ed esigibile: l’emolumento sarà riconducibile al relativo anno, dovendosi prendere in considerazione il momento del perfezionamento dell’obbligazione retributiva in capo al datore di lavoro. solitamente tale momento coincide con quello di esecuzione della prestazione medesima e tuttavia in molte ipotesi tale principio viene derogato: un premio di produzione proporzionale alla produttività annua del lavoratore sarà quantificabile solo dopo il 31 dicembre e dunque diventerà liquido ed esigibile solo nell’anno successivo, anche se formalmente e casualmente imputato all’anno lavorativo in corso²⁷⁹.

I caratteri di certezza e liquidità non sono sufficienti, com’è ovvio, a mettere in discussione il momento di esigibilità del trattamento, che, come accennato al cap. I, par. 3.3., coincide con la cessazione del rapporto e non è anticipabile (se

²⁷⁹ Lo stesso criterio è ripetibile per le provvigioni, le partecipazioni agli utili, le mensilità aggiuntive. Per queste ultime in particolare è opportuno precisare che, in ragione della loro maturazione di mese in mese, nel caso di cessazione del rapporto nel corso dell’anno solare esse sono attribuite in dodicesimi.

non nelle ipotesi e con le modalità normativamente previste) e tuttavia la giurisprudenza ha ammesso l'esercizio di azioni accertamento del credito durante il rapporto di lavoro²⁸⁰.

Quanto al divisore 13,5, si tratta di un numero scelto per rispecchiare nel modo più fedele possibile la struttura retributiva italiana, ripartita generalmente in 13 mensilità, ma talora anche per 14 o più (sotto forma di premio o gratifica), tal che la divisione della retribuzione annua per questo numero dovrebbe indicare una somma pari all'incirca ad una mensilità media annua.

Il legislatore ha provveduto a "blindare" il sistema di computo rendendo il divisore inderogabile da parte sia della autonomia collettiva sia di quella individuale; un'inderogabilità che, quanto al relativo "segno", deve intendersi decisamente bi-direzionale, essendo immodificabile sia *in melius* che *in pejus*.

Non sembrava possibile, invece, estendere l'inderogabilità assoluta al tasso di rivalutazione delle quote che, secondo accorta dottrina, sarebbe rimasto alla mercé delle migliorie convenzionali²⁸¹.

L'effetto perequativo del nuovo trattamento di fine rapporto, cui si accennava in apertura, non rappresenta, peraltro, l'unica conseguenza vantaggiosa della riforma. Il nuovo criterio di computo, in particolare, incide positivamente su alcuni profili patologici del rapporto di lavoro prodotti, viceversa, dal precedente assetto dell'indennità di fine lavoro. Si fa riferimento al frequente ricorso ad interruzioni fittizie del rapporto, finalizzate a frodare la disciplina dell'indennità di anzianità frazionando la durata del servizio e impedendo, di fatto, che

²⁸⁰ Cfr. Cass. 9 aprile 1992, n. 4329, in *OGL*, 1992, p. 734; Cass. S.U. 15 dicembre 1990, n. 11945, *id.*, 1991, p. 957; Cass. 6 febbraio 1990, n. 825, in *DPL*, 1990, p. 1568; Cass. 17 novembre 1989, n. 4933, *cit.*; Pret. Ancona, 2 novembre 1990, in *RIDL*, 1991, II, p. 806. Viceversa non è stata ammessa l'azione di accertamento in costanza di rapporto circa la computabilità di una specifica voce retributiva ai fini del T.F.R.: cfr. Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *FI*, 1990, 1, p. 1229 e in *DPL*, 1990, p. 1231.

²⁸¹ Così G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, *cit.*, p. 47.

l'ammontare dell'emolumento potesse aumentare con quella progressione geometrica propria del criterio di computo previsto dall'originario art. 2120 c.c.²⁸². Dal punto di vista dei lavoratori, poi, l'istituto dell'indennità di anzianità favoriva un attaccamento alle anzianità di mestiere senza dubbio ostativa della mobilità esterna della forza lavoro che avrebbe inevitabilmente penalizzato i lavoratori²⁸³.

Anche la mobilità interna verticale trae giovamento dalla riforma dell'indennità di anzianità poiché nel nuovo assetto la progressione di carriera non si traduce in una immediata moltiplicazione della futura indennità di fine rapporto del lavoratore, producendo effetti solo sugli accantonamenti a venire e non anche su quelli relativi al pregresso periodo lavorativo. Ciò si traduce peraltro in una maggiore prevedibilità complessiva dei costi per le imprese²⁸⁴, poiché la commutabilità del trattamento anno per anno elimina le incertezze legate alla verifica dell'ultima retribuzione percepita dal lavoratore quale base di computo per l'indennità.

D'altra parte, accanto alle ricadute positive del nuovo sistema di computo, occorre dar conto anche di alcuni degli svantaggi prodotti dal nuovo regime. In merito al divisore 13,5, per esempio, si rilevava²⁸⁵ un peggioramento per gli

²⁸² Ne rende conto, tra gli altri, P. TOSI, *Inquadramento unico e indennità di anzianità*, in *RTDPC*, 1973, p. 804. Ci si aspettava, peraltro, che tale argine al fenomeno delle interruzioni fittizie di rapporto avrebbe deflazionato il contenzioso in materia di determinazione dell'emolumento di fine rapporto e, tuttavia, come previsto dalla dottrina, molti nuovi profili problematici avrebbero ben presto sostituito degnamente il problema. Tra i lungimiranti, A. CESSARI, *Ascesa e declino di un istituto*, in *RIDL*, 1982, I, p. 427; P.G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982*, in *GDLRI*, 1982, p. 532; G. PERA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DL*, 1983, I, p. 9.

²⁸³ Cfr., *ex plurimis*, R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *GDLRI*, 1982, pp. 440-441; A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 29; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 50;

²⁸⁴ Così R. DE LUCA TAMAJO-G. GIUGNI, *Commento all'art. 1 della legge 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 262, e successivamente G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 51.

²⁸⁵ Cfr. P.G. ALLEVA, *Legislazione...*, cit., p. 534; R. DE LUCA TAMAJO-G. GIUGNI, *Commento...*, cit., p. 261; D'AVOSSA, *Il trattamento...*, cit., p. 15.

interessi dei lavoratori rispetto al coefficiente 12 adottato per la vecchia indennità di anzianità. Sul punto, però, Antonio VALLEBONA replicava condivisibilmente che non è «proponibile un confronto tra i due istituti limitato ad un solo elemento, dovendosi all'uopo tener conto di tutti i vantaggi e gli svantaggi derivanti al lavoratore dal nuovo sistema rispetto al precedente»²⁸⁶. Un più diretto svantaggio sembra interessare, invece, i lavoratori più virtuosi, con una rapida crescita professionale, che risultano senz'altro danneggiati dall'abolizione del moltiplicatore dell'ultima retribuzione percepita.

In piena coerenza con il descritto sistema di computo, fedele al monte retribuzione percepito, l'ultima parte del comma 1°, art. 2120 c.c. specifica che “la quota annuale è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno”. La precisazione sarebbe stata forse deducibile anche in via interpretativa dal tenore complessivo della norma, ragion per cui alcuni non hanno esitato a definire la previsione in parola “superflua” alla luce del fatto che il proporzionamento introannuale del trattamento deriverebbe, in ogni caso, «dalla sua stessa struttura, fondata su di un meccanismo di calcolo che ne consente l'automatico adeguamento a qualsiasi periodo di lavoro, anche minimo, prestato nell'anno»²⁸⁷. Altri, di diverso avviso, hanno attribuito alla norma una sostanziale coerenza sistematica riconoscendole di aver eliminato *in nuce* l'insorgenza di eventuali dubbi sia in ordine alla rilevanza della sola retribuzione relativa ai mesi di effettivo svolgimento del rapporto, e non anche di quella astrattamente dovuta per l'intero anno²⁸⁸, sia in merito alla spettanza del t.f.r.

²⁸⁶ Così A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 30.

²⁸⁷ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 74.

²⁸⁸ Sul punto si veda A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori*, in *GC*, 1982, X, p. 376. Lo stesso autore (v. *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, cit. p. 74) considera “inaccettabile” l'attribuzione di tale funzione alla previsione normativa in esame, anche perché renderebbe inutile la successiva disposizione sulle frazioni di mese. In giurisprudenza si veda la pur risalente Cass. 18 febbraio 1987, n. 1778.

anche in caso di cessazione di rapporti di durata inferiore all'anno. Tale principio²⁸⁹, tutt'altro che pacifico prima dell'entrata in vigore della legge 604 del 1966, venne cristallizzato quanto all'indennità di anzianità solo dall'art. 9 della predetta legge che ne attribuiva il relativo diritto "in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro". con la successiva modifica dell'art. 2120 c.c. ad opera della legge 297/1982, il principio si ritenuto automaticamente estensibile al nuovo trattamento di fine rapporto.

L'ultima parte dell'art. 1, l. 297/1982, detta, infine, le modalità di arrotondamento delle frazioni di mese stabilendo che, quando i giorni lavorati sono pari o superiori a 15, la frazione deve computarsi come mese intero. È evidente che per il tempo non effettivamente lavorato la norma impone di riconoscere egualmente una retribuzione figurativa come se il dipendente avesse prestato attività per l'intero mese. Non sembra godere di altrettanta evidenza la deduzione, formulata *a contrario* rispetto al criterio di arrotondamento enunciato dalla norma, che considera irrilevanti, ai fini del computo del t.f.r., le frazioni di mese inferiori a 15 giorni.

Affidandosi, infatti, al classico brocardo latino *ubi lex voluit, dixit*, si potrebbe agevolmente concludere che, se la norma si è limitata a disciplinare l'arrotondamento a mese di un numero di giorni lavorati uguale o superiore a 15, nulla di più intendeva stabilire neppure per quanto attiene alle frazioni di mese inferiori a 15 giorni. Se è vero infatti che tale norma introduce «un'eccezione rispetto alla regola generale del computo nella base di calcolo delle sole somme effettivamente corrisposte», poiché dispone a favore del lavoratore, l'inserimento in tale base anche della retribuzione figurativa relativa a giorni del mese non lavorati, allora trattandosi di norma speciale «occorre limitarne la portata ... a quanto espressamente previsto dal legislatore, mentre per quanto non è detto deve continuare ad operare il principio generale»; di tal che «per le

²⁸⁹ Come si è avuto modo di accennare al capitolo I.

frazioni di mese inferiori a quindici giorni, non espressamente disciplinate, occorre applicare la regola generale che impone il computo di “tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto”²⁹⁰. Tale approccio interpretativo, è stato di recente “recuperato” dalla Corte di Cassazione²⁹¹ che, ribaltando la posizione assunta, ben quindici anni prima, con sentenza del 27 aprile 1987, n. 4057²⁹², ha sostenuto, la rilevanza e conseguente computabilità dei periodi di lavoro inferiori a quindici giorni con gli stessi criteri di proporzionalità che permeano l’interop meccanismo di computo introdotto dalla legge 297/1982.

Con la citata pronuncia n. 4057/1987 la Suprema Corte negava il diritto del lavoratore al t.f.r. per frazioni di rapporto di lavoro ovvero per rapporti di lavoro di durata inferiore ai quindici giorni ritenendo in particolare che gli unici elementi “temporali” presi in considerazione dal legislatore nell’art. 1 della l. 297/1982 fossero «solo gli anni e i mesi»²⁹³, identificando l’arco temporale minimo, affinché possa maturare il diritto al t.f.r., inderogabilmente nel mese intero, al quale, in modo altrettanto espresso vengono equiparate le frazioni di mese eguali o superiori a quindici giorni²⁹⁴.

In dottrina, anche i sostenitori di tale orientamento manifestarono apertamente le proprie perplessità sull’argomento notando che, nella scelta perseguita, il legislatore sembrava «non essersi liberato fino in fondo dell’idea della retribuzione differita», collegata al computo dell’indennità di anzianità e alla specifica rilevanza, al suo interno, del fattore temporale. Viceversa, il nuovo

²⁹⁰ Il virgolettato è tratto da A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 75.

²⁹¹ Si fa riferimento alla sentenza n. 13934 del 25 settembre 2002 leggibile in *RIDL*, II, 2003, p. 320 con nota di ROSSI, e in *OGL*, 2002, p. 871 con nota di BOSSONO.

²⁹² *OGL*, 1988, p. 246.

²⁹³ Così Cass. n. 4057 del 1987, cit.

²⁹⁴ Cfr. E. M. ROSSI, *Rapporti di durata inferiore a quindici giorni e t.f.r.*, nota a Cass. 13934/2002, cit., il quale ricorda che accanto a tale ordine di ragioni, la Corte ritenne, nel 1987, di sposare tale orientamento anche sulla base di argomentazioni letterali, ovvero enfatizzando il tenore letterale dell’ultima proposizione dell’art. 1, l. 297/1982 che espressamente riferimento alle frazioni di mese pari o superiori a quindici giorni, nulla dicendo in merito alle frazioni inferiori.

meccanismo di computo introdotto dalla l. 297/1982 rende del tutto irrilevante la durata del rapporto di lavoro poiché parametrata (e proporziona) il trattamento spettante al lavoratore direttamente alla retribuzione percepita, privando il fattore temporale di qualsiasi capacità moltiplicatoria. Del resto, i commentatori che rinvennero nel dettato normativo un principio di irrilevanza dei periodi lavorati inferiori a 15 giorni hanno dovuto fare i conti con le conseguenze, logiche quanto problematiche, di una simile chiave di lettura. Affermare infatti la non commutabilità dei periodi lavorative di durata inferiore a 15 giorni induce a concludere che i rapporti di lavoro che hanno una pari durata complessiva non attribuiscono affatto al prestatore di lavoro il diritto al trattamento di fine rapporto. Questa conclusione, però, non solo configgerebbe con il primo comma dello stesso art. 1, l. 297/1982, che afferma la spettanza del t.f.r. «in ogni caso di cessazione del rapporto» e, dunque, qualunque ne sia la durata, ma solleverebbe anche inevitabili dubbi di costituzionalità²⁹⁵. L'unico modo per uscire da quest'*empasse* era, dunque, ridurre la portata della norma disciplinante l'arrotondamento dei periodi di lavoro superiori a 15 giorni a mera modalità di computo del trattamento di fine rapporto. Dopo aver deliberatamente privato la norma di qualsivoglia portata sostanziale, si impedivano, di fatto, le conseguenze problematiche derivante dall'opzione interpretativa prescelta: a tale approccio autoreferenziale, allora, sembra preferibile concludere che la norma, in maniera più lineare e coerente con l'intero meccanismo di calcolo adottato dalla legge 297/1982, affermi implicitamente la commutabilità in proporzione anche dei periodi di lavoro inferiori a 15 giorni.

Sembra pacifica, invece, la impossibilità di arrotondare l'eventuale periodo di lavoro inferiore a quindici giorni, sia nell'ambito di un più ampio rapporto di

²⁹⁵ Si ricordi, peraltro, che in relazione all'indennità di anzianità la Corte costituzionale si era già pronunciata sul punto, con sentenza n. 204 del 1971, *cit.*, dichiarando l'illegittimità dell'art. 2120 c.c. nella parte in cui escludeva che l'indennità fosse dovuta al prestatore con un'indennità di servizio inferiore all'anno (cfr. cap. I, nt. 59).

lavoro (per coloro che ritengono tali frazioni di mese computabili nel trattamento di fine rapporto), sia nell'ipotesi in cui il periodo in questione copra per intero il rapporto²⁹⁶; né tantomeno è prefigurabile una cumulabilità della eventuale frazione di mese lavorate nel mese di assunzione con quella lavorate nel mese di cessazione del rapporto: i due periodi vanno valutati singolarmente alla luce della norma sugli arrotondamenti cui si è accennato poc'anzi.

2.1. Il dividendo.

Il comma 2° dell'art. 2120 c.c. detta i criteri di individuazione della retribuzione annua che costituisce la base di computo per la determinazione della quota annuale da accantonare a titolo di T.F.R.. Condivisibilmente, all'indomani della riforma, la dottrina evidenziò che se da un lato la nuova struttura del t.f.r. presentava un forte potenziale di «litigiosità interpretativa»²⁹⁷, poiché potrebbe proporsi un autonomo contraddittorio in relazione alle voci computabili in ciascun singolo accantonamento annuale, per altro verso, la medesima struttura appariva in grado di «sdrammatizzare»²⁹⁸ tale potenziale litigioso in ragione del fatto che gli esiti di un'eventuale controversia si sarebbero in ogni caso riverberati solo sul computo della singola quota annuale e non più moltiplicati a ritroso, come accadeva per l'indennità di anzianità, sull'intera durata del rapporto. Ciononostante, il timore che si sviluppasse un ricco contenzioso in ordine alle voci computabili nel dividendo si sono poi rivelate fondate, diversamente da quella attesa «sdrammatizzazione», derivante dall'indipendenza del computo relativo a ciascuna singola annualità, che ha mostrato ben scarsa efficacia. Piuttosto può rilevarsi l'effetto parzialmente deflativo del contenzioso

²⁹⁶ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 55.

²⁹⁷ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 58.

²⁹⁸ *Ut supra.*

prodotto dal carattere, inevitabilmente seriale, di alcune controversie: ciò che ha influito, alternativamente, sul comportamento aziendale, in modo da prevenire futuri giudizi, nonché sulle scelte dei lavoratori, demotivati ad intraprendere un'azione legale in presenza di un consolidato orientamento contrario al riconoscimento delle loro pretese²⁹⁹.

Prima di entrare nel merito del criterio di computo individuato dall'art. 1, comma 2, della legge n. 297, va rilevato che la più importante novità introdotta in merito dalla novella del 1982 consiste senz'altro nella derogabilità del medesimo criterio ad opera dell'autonomia collettiva: una derogabilità che presenta plurimi risvolti di notevole rilevanza sia sulla funzionalità dell'istituto, in relazione alla quale si rinvia alla parte prima della ricerca, sia sulla nozione di retribuzione accolta ai sensi del suddetto art. 1, comma 2.

In effetti, all'epoca della stesura della l. 297, all'esigenza di liberare il mercato del lavoro dagli automatismi retributivi, restituendo alla contrattazione collettiva quella capacità plenipotenziaria nel tempo sommersa da meccanismi involontari di lievitazione delle voci salariali, faceva eco una parte ancora significativa della giurisprudenza sostenendo l'esistenza nel nostro ordinamento di una intangibile nozione onnicomprensiva di retribuzione, contenuta, si asseriva, nell'art. 2121 c.c.³⁰⁰. Tant'è che neanche le Sezioni Unite della Cassazione erano riuscite a "scardinare" tale convincimento: la sentenza n. 5887 del 7 novembre 1981³⁰¹ era stata subito disattesa³⁰² e solo nel 1984 una ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite riuscirà a consolidare il principio dell'inesistenza, nell'ordinamento

²⁹⁹ Vedi giurisprudenza riportata nelle successive note.

³⁰⁰ In dottrina si veda A. TURSI, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *DLRI*, 1980, p. 28 ss.; P. TOSI, *La retribuzione ...*, cit., p. 522, M. PERSIANI, *Problemi in tema di retribuzione*, Cedam, Padova, 1982; A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 31 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, p. 65 ss.

³⁰¹ In *MGL*, 1982, p. 42 con nota di M. PERSIANI.

³⁰² Si veda la successiva sentenza n. 914 del 13 febbraio 1982 con cui la cassazione, a sezione semplice, ripiegava sul concetto di onnicomprensività della retribuzione.

italiano, di una generale nozione onnicomprensiva di retribuzione³⁰³. Nelle more, intanto, era stata emanata la riforma dell'indennità di anzianità, la cui nozione di retribuzione accolta costituisce l'ennesima forma di compromesso rinvenibile tra le righe del provvedimento.

Se è vero infatti che, nella individuazione della base annuale di computo del t.f.r., il legislatore resta ancorato ad una nozione sostanzialmente “onnicomprensiva” di retribuzione, è altrettanto vero che la nuova formula incide sulla intangibilità di tale nozione ad opera della contrattazione collettiva, autorizzando quest'ultima a ridisegnare la struttura qualitativa del parametro legislativo, derogandovi sia *in melius* che *in pejus*³⁰⁴.

Attraverso la possibilità di derogare al criterio di computo della base di calcolo degli accantonamenti, il legislatore affida, dunque, la “gestione” annua del monte t.f.r. al tavolo delle trattative, consentendo la esclusione di una singola voce o indennità mediante consapevole accordo tra le parti³⁰⁵. Le deroghe possono essere stabilite, però, solo da contratti collettivi successivi all'entrata in

³⁰³ Cass. S.U. 13 febbraio 1984, n. 1069, in *LPO*, 1984, p. 818.

³⁰⁴ La previsione si fonda sul presupposto che la legge “consente alle parti collettive di concordare anche una delimitazione della retribuzione computabile, in eventuale - ma non necessaria - contropartita di altri patti vantaggiosi per il prestatore d'opera”: così Cass. 19 dicembre 1986, n. 7755, in *MGL*, 1987, p. 246, e successivamente, *ex plurimis*, Cass. 3 novembre 1998, n. 11002, in *MGL*, 1999, p. 160; Cass. 5 settembre 2003, n. 13010, in *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1854; Cass. 8 giugno 2005, n. 11960, in *GD*, 2005, n. 28, p. 76. La libertà di apprestare un regime differenziato delle varie componenti retributive e di concordare nuovi compensi o indennità, senza che questi producano effetti automatici sul T.F.R., restituisce all'autonomia collettiva ampi margini di manovra in materia salariale, consentendole, di volta in volta, di ridimensionare il T.F.R. in favore della retribuzione corrente o, viceversa, di incrementare la quota di retribuzione differita penalizzando quella diretta. La stessa clausola di salvezza, peraltro, riflette il duplice intento del legislatore di rinviare alla sede più congeniale la soluzione dei conflitti di carattere salariale e di favorire una struttura salariale elastica e meno appesantita da automatismi: cfr. parte I.

³⁰⁵ Evidenziano la necessità che la deroga risulti in modo chiaro ed univoco, Cass. 5 novembre 2003, n. 16618, in *AC*, 2004, p. 1094; Cass. 23 marzo 2001, n. 4251, in *Rep. FI*, 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1610; App. Bologna 27 ottobre 2000, in *GL*, 2001, n. 15, p. 45.

vigore della riforma³⁰⁶, anche perché l'art. 4, penultimo comma, della l. 297/1982 sancisce espressamente la nullità e la sostituzione di diritto di tutte le clausole dei contratti collettivi anteriormente regolanti, in qualunque modo, la materia del T.F.R.³⁰⁷.

Se, dunque, può affermarsi che il motivo ispiratore della possibilità di deroga attribuita alla contrattazione collettiva è stato quello di consentire alle controparti sindacali una delimitazione della retribuzione-base rispetto alla definizione legalmente sancita (ad es. il rinnovo del CCNL metalmeccanici del 1997 escludeva dal computo la tredicesima mensilità), nulla esclude in via di ipotesi che i contratti collettivi possano anche dilatare i criteri di computo della retribuzione³⁰⁸, pur sempre nel rispetto dei limiti costituiti da quanto effettivamente percepito o dovuto in dipendenza del rapporto di lavoro e dalla non occasionalità delle relative somme.

Si ritiene che la dizione "somme corrisposte in dipendenza del rapporto", oltre a testimoniare il citato ancoraggio alla nozione onnicomprensiva di retribuzione, comprenda ogni erogazione legata al rapporto di lavoro da un vincolo di causalità³⁰⁹, con esclusione dei fattori meramente «eventuali, imprevedibili e fortuiti»³¹⁰ rispetto alla normale vicenda lavorativa, ovvero - utilizzando l'aggettivazione propria del legislatore - occasionali. La stessa nozione sembra abbracciare, dunque, non soltanto le voci retributive in senso stretto, ma anche la zona grigia che si colloca tra queste ultime e i rimborsi spese (espressamente

³⁰⁶ Cass. 5 settembre 2003, n. 13010, cit.; Cass. 4 maggio 1994, n. 4301, in *DPL*, 1994, p. 2642.

³⁰⁷ In giurisprudenza si vedano Cass. 17 maggio 2002, n. 7210, *cit.*; Cass. 16 giugno 1994, n. 5841, in *DPL*, 1994, p. 3205; Cass. 1 febbraio 1994, n. 993, *id.*, p. 1251.

³⁰⁸ Una deroga migliorativa, in senso più lato, si registrò in merito alla perequazione impiegati-operai disposta dall'art. 5, c. 4, legge n. 297/1982, che doveva essere attuata entro il 31. dicembre 1989 ma fu anticipata da taluni contratti, come ad esempio dal CCNL 11 maggio 1987 per l'industria dell'abbigliamento (di cui si veda l'art. 67)

³⁰⁹ In tal senso si veda D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 56.

³¹⁰ La definizione è di G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità ...*, cit., p. 92.

espunti dal computo) e nella quale si rinvengono corresponsioni a carattere risarcitorio o indennitario (come le somme percepite in seguito a conciliazione o pronuncia giudiziale, ovvero in conseguenza di una declaratoria di illegittimità del licenziamento ai sensi dell'art. 18 Stat. Lav., anche a titolo di risarcimento³¹¹), nonché tutte le voci di risarcimento attribuite giudizialmente per violazione di norme giuslavoristiche³¹², che, se erogate in dipendenza esclusiva del rapporto di lavoro, divengono elementi del computo. Vanno quindi computate tutte le somme che rinvengono esclusivamente nel rapporto di lavoro l'elemento causale dell'erogazione: si fa riferimento, ad esempio, all'indennità sostitutiva del preavviso, in ragione della sua «inerenza (quasi istituzionale) alla normale vicenda del rapporto di lavoro»³¹³, ovvero alla c.d. indennità i cuffia che, nonostante l'eventuale discontinuità della corresponsione dovuta alle assenze del lavoratore, costituisce in ogni caso una variabile tipica della prestazione lavorativa, omogenea al normale svolgimento del rapporto³¹⁴. Viceversa, non vanno ricomprese nella retribuzione base annuale le corresponsioni che hanno matrici estrinseche o estranee alla vicenda lavorativa³¹⁵ o alla condizione professionale del dipendente ovvero trovano

³¹¹ In tal senso cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJÓ-G. FERRARO, *Il trattamento...* cit., p. 64; G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, in *FI*, V, 1986, p. 211.

³¹² A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 57.

³¹³ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJÓ-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 73.

³¹⁴ Al contrario, l'ipotetica corresponsione di indennità corrisposte in ragione dell'attività lavorativa prestata, ma in circostanze del tutto occasionali ed atipiche rispetto alla normale prestazione di lavoro del dipendente, dovuta ad esempio alla adibizione a mansioni superiori per un mese soltanto, deve essere considerata eccezionale ed occasionale (cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJÓ-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 70. In particolare, con riferimento alle mansioni ordinariamente svolte, quale criterio di ricognizione della occasionalità del titolo, gli Autori che il concetto di non occasionalità possa essere identificato con quelli di "certezza" e "prevedibilità" della relativa corresponsione.)

³¹⁵ Giurisprudenza recente ha considerato non computabili i versamenti effettuati dal datore di lavoro, in osservanza di un obbligo derivante da contratto collettivo, per la costituzione di un fondo pensionistico integrativo (Cass. 14 ottobre 2002, n. 14591, in *OGL*, 2002, p. 895; *contra*, Trib. Trieste 4 gennaio 2001, in *LG*, 2001, p. 670) sulla base della considerazione che

origine in un titolo autonomo ed ulteriore rispetto al rapporto di lavoro³¹⁶. Si fa riferimento, ad esempio, alle agevolazioni riconosciute con riguardo ai beni o servizi prodotti dall'azienda (si pensi allo sconto offerto al lavoratore sull'acquisto dell'automobile prodotta dall'azienda per cui lavora): in tal caso l'elemento causale dell'erogazione va rinvenuto in una circostanza esterna al rapporto, eventuale e comunque lasciata all'iniziativa del lavoratore.

L'ulteriore requisito selettivo individuato dal legislatore ai fini della computabilità nella base di computo del T.F.R. è costituito dal carattere non occasionale delle somme prese in considerazione. Per "prestazione occasionale", secondo la recente interpretazione della Corte di Cassazione, deve intendersi «solo quella collegata a ragioni aziendali del tutto eventuali, imprevedibili e fortuite, mentre, all'opposto, la prestazione espletata con frequenza, ma non necessariamente con periodicità assoluta, e che sia connessa alla particolare organizzazione del lavoro, rileva ai fini del calcolo suddetto»³¹⁷. L'approccio interpretativo era stato adottato già dai primi commentatori della riforma, evidenziando che il richiesto carattere non occasionale della prestazione computabile «evoca il profilo causale dell'attribuzione, il motivo o la ragione che hanno determinata»³¹⁸ e può intendersi, indipendentemente dalla frequenza della corresponsione, riconnesso ad una modalità non eccezionale bensì normale

tali emolumenti abbiano funzione previdenziale e non retributiva (nel senso proprio di corrispettivo della prestazione lavorativa resa).

³¹⁶ In senso contrario, si veda G. PERA, *Retribuzione e trattamento di fine rapporto*, Relazione al Convegno svoltosi a Siena il 22 aprile 1983 su "*Retribuzione, indennità speciali e rimborso spese*", a cui rinviano G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 64.

³¹⁷ Cass. 19 giugno 2004, n. 11448, in *LG*, 2004, p. 1301; Cass. 22 agosto 2002, n. 12411, in *FI*, 2002, I, p. 3313; Cass. 28 maggio 2002, n. 12441, in *GI*, 2003, I, p. 1593 con nota di VITALETTI, *Una conferma della Corte di Cassazione sul significato della nozione di "non occasionalità"*. In dottrina, aveva già sostanzialmente la nozione di prestazione occasionale con gli emolumenti "eventuali, imprevedibili e fortuiti", G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità ...*, cit., p. 92: cfr. nota 52.

³¹⁸ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 67.

o almeno stabilizzata della posizione professionale del dipendente³¹⁹. In tal senso, il requisito risulta certamente meno rigoroso di quello del «carattere continuativo» previsto dall'art. 2121 c. c., poiché una erogazione può essere non occasionale pur senza raggiungere la continuità³²⁰.

Entro i confini di tale accezione, rientrano nel computo anche indennità corrisposte *una tantum*, se trovano causa nel vincolo sinallagmatico del rapporto di lavoro, in ragione del fatto che nel trattamento di fine rapporto la base retributiva rispecchia quanto effettivamente corrisposto e/o spettante al lavoratore nell'arco di ogni singolo anno ed attinente «in modo non occasionale al trattamento retributivo, in modo non atipico alla prestazione lavorativa»³²¹. Andranno, invece, espunte dal computo le somme o indennità «legate a cause o prestazioni del tutto eventuali, atipiche, casuali o addirittura fortuite rispetto alla normale vicenda lavorativa»³²², ovvero a tutto ciò che, «non essendo riconducibile ad una volontà preordinata – in quanto frutto di eventi esteriori e contingenti più o meno prevedibili – esula dagli scopi e dal disegno che l'agente si è originariamente prefisso di perseguire ed ottenere»³²³.

Quanto alla opportunità del requisito selettivo scelto dal riformatore³²⁴, che si distaccava dal più immediato requisito della “continuità” utilizzato per determinare l'ammontare della indennità di anzianità, all'indomani dell'emanazione della legge si ritenne che «sarebbe stato più saggio fare riferimento a tutto il percepito nell'anno, con la sola esclusione dei rimborsi

³¹⁹ E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982, p. 26.

³²⁰ Per tutte Cass. n. 809 del 1988; Cass. 7 marzo 1990, n. 1796.

³²¹ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 68.

³²² G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 67.

³²³ Così M. PERSIANI, *Trattamento ...*, cit., p. 9.

³²⁴ Si ricordi che il requisito della “non occasionalità” fu introdotto dalla Camera dei deputati, nella seduta del 15 maggio 1982, apportando una modifica al testo del disegno di legge governativo già approvato in prima istanza dal Senato.

spese in senso rigorosamente tecnico»³²⁵. L'osservazione, che evidenziava l'innegabile incremento di difficoltà applicative legate all'adozione del nuovo criterio selettivo, non teneva però conto delle differenze strutturali tra la pregressa indennità di anzianità e il nuovo trattamento di fine rapporto. Quest'ultimo, nel disegno del legislatore, è chiamato a rispecchiare, con la maggiore fedeltà possibile, quanto corrisposto al lavoratore in ciascun anno di lavoro ovvero quanto "di competenza" del lavoratore in ragione dell'attività lavorativa prestata: sicché appare coerente che vengano esclusi da tale computo solo i compensi che «per l'eccezionalità del titolo non appaiono rappresentativi della vicenda retributiva, bensì si pongono rispetto a questa in un ambito di casualità ed occasionalità»³²⁶.

Quanto alla verifica del carattere occasionale o meno di un determinato emolumento, essa va svolta con riguardo a ciascun singolo dipendente e in relazione a ciascun anno lavorativo (sebbene la Cassazione abbia affermato altresì la possibilità «che la corresponsione di una somma ritenuta occasionale in un singolo anno possa invece rivelarsi non occasionale, se riferita ad un arco temporale maggiore»³²⁷), anche perché prestazioni originariamente accidentali possono venire successivamente attratte con aspetti di ordinarietà nell'oggetto o nelle modalità dell'impegno contrattuale, modificando l'esito della suddetta valutazione. In effetti, la genericità del requisito della "non occasionalità" non consente una aprioristica elencazione delle voci che lo soddisfano e lascia ampi margini di intervento al lavoro dell'interprete.

In linea di massima, tuttavia, possono considerarsi ricomprese nella retribuzione annuale tutte le voci o indennità legate a caratteristiche e variabili topografiche,

³²⁵ Così G. PERA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, saggio destinato agli scritti per Dante Gaeta, che rinvegno nel commentario di G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO .

³²⁶ Giustificano, in tal modo, l'accoglimento di una nozione "dilatata" di retribuzione base, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 68.

³²⁷ Così Cass. 5 giugno 2000, n. 7488, in *NGL*, 2001, p. 121.

modali (come l'indennità per lavoro straordinario non occasionale, ovvero richiesto continuativamente³²⁸, nonché, ad esempio, l'indennità di turno) ed ambientali della ordinaria prestazione del dipendente (indennità di rischio, di disagiata sede di maneggio denaro, ecc..). Sono analogamente computabili le indennità di missione o di trasferta o estero³²⁹ (naturalmente nella parte in cui non costituiscono un rimborso spese): in tali ipotesi occorre accertare se nell'economia del singolo rapporto l'invio in missione o all'estero rappresenti una modalità eccezionale ed accidentale o, viceversa rientrino tra le eventualità possibili ed ordinarie, dovendosi considerare il relativo titolo, in quest'ultimo caso, non occasionale.

Deve ritenersi computabile nella retribuzione annua anche il premio di produttività stabilmente inserito nella gestione del rapporto, sì da poterlo considerare ordinariamente connesso al rapporto di lavoro, anche indipendentemente dal carattere continuo della relativa corresponsione al singolo dipendente. Insomma - possiamo sintetizzare - purché si tratti di una modalità premiale o indennitaria ordinariamente adottata nell'ambito del rapporto di lavoro³³⁰. Va computata altresì l'indennità sostitutiva del preavviso³³¹: la sua

³²⁸ In giurisprudenza si veda, per la commutabilità del lavoro straordinario continuativo Cass. 5 agosto 1996, n. 7177 e Cass. 21 novembre 1998, n. 11815.

³²⁹ La c.d. indennità estero acquista natura retributiva sia quando esplica «una funzione compensativa della maggiore gravosità e del disagio morale ed ambientale della prestazione all'estero» (cfr. M. N. BETTINI, *Commento agli artt. 2120-2122 c.c.*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, I, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 938-939), sia laddove la stessa sia correlata «all'insieme di qualità e condizioni personali che concorrono a formare la professionalità eventualmente indispensabile per prestare lavoro fuori dei confini nazionali» (così, Cass. 19 febbraio 2004, n. 3278, in *AC*, 2004, p. 1466; Cass. 22 ottobre 2003, n. 15841, in *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1851; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15656, in *NGL*, 2002, p. 376; Cass. 24 febbraio 1993, n. 2255, in *DL*, 1993, II, p. 504, con nota di PILEGGI, *Indennità estero in dollari, trattamento di fine rapporto e principio nominalistico*) svolgendo altresì una «funzione incentivante» (in tal senso si veda Cass. 3 novembre 2000, n. 14388, in *GL*, 2001, n. 11, p. 82).

³³⁰ Sul punto si è pronunciata favorevolmente giurisprudenza piuttosto risalente nel tempo (cfr. Cass. 21 agosto 1987, n. 6986, in *MGI*, 1987) relativa altresì al premio di rendimento e di

inerenza alla normale vicenda del rapporto lavorativo e del suo regime giuridico la rende annoverabili tra le voci concorrenti a formare la base di computo del t.f.r., specie alla luce del cennato principio per cui la eventuale natura risarcitoria non ne preclude l'inclusione (v. *supra*).

Vi sono, infine, alcune indennità che risultano neutre rispetto alla occasionalità e, viceversa, «si colorano e si qualificano rispetto a tale dicotomia solo per effetto della frequenza temporale della relativa corresponsione»³³². Ad esempio il lavoro avvicendato o straordinario³³³ o notturno può integrare sia una modalità

produzione, anche se variabili (Cass. 21 agosto 1987, n. 6986, *cit.*) e anche se non corrisposti tutti gli anni (P. Milano 19 dicembre 1986, in *DPL*, 1987, p. 2019).

³³¹ Cfr. per tutti Cass. 12 ottobre 1993, n. 10086, in *MGI*, 1993; Cass. 22 febbraio 1993, n. 2114, in *MGL*, 1993, p. 244, con nota di SBROCCA; Cass. 21 marzo 1990, n. 2328, in *OGL*, 1990, p. 235; Trib. Torino 10 febbraio 2005, in *GD*, 2005, n. 15, p. 90; Pret. Milano 5 ottobre 1993, in *OGL*, 1993, p. 973.

³³² G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 74.

³³³ Sulla computabilità nella retribuzione base annua dei compensi percepiti per lavoro straordinario, svolto non occasionalmente, si vedano, *ex plurimis*: Cass. 14 agosto 2004, n. 15889, in *Rep. FI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1823; Cass. 26 maggio 2004, n. 10172, *id.*, n. 1830; Cass. 3.9.2003, n. 12851, in *Rep. FI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*; Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, in *GL*, 2003, n. 11, p. 24; Cass. 25 agosto 1997, n. 7966, in *FI Rep.* 1997, n. 1900; Cass. 5 agosto 1996, n. 7177, in *FI Rep.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 103; nonché Trib. Napoli 5 gennaio 2005, a quanto consta *ined.*; Trib. Milano 23 dicembre 2004, in *LG*, 2005, p. 491; Trib. Napoli 22 gennaio 2001, in *GL*, 2001, p. 27; Trib. Parma 12 gennaio 2000, in *RCDL*, 2000, p. 431. Un più risalente orientamento aveva concluso, viceversa, che «il carattere fisso e continuativo della prestazione di lavoro straordinario non fa venir meno il carattere straordinario di essa e non trasforma il relativo compenso in retribuzione ordinaria e normale computabile nel T.F.R., ove manchi una precisa volontà anche tacita delle parti volta ad includere detto prolungamento della prestazione lavorativa nell'orario normale» (Pret. Milano 16 ottobre 1990, in *OGL*, 1990, p. 200). In particolare vengono in considerazione l'abitudine ovvero la rispondenza ad esigenze aziendali sistematiche (Cass. 16 ottobre 1987, n. 7676, in *Rep. FI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2681) nonché il carattere non saltuario delle prestazioni rese oltre il normale orario di lavoro (Cass. 28 settembre 1988, n. 5261, in *Rep. FI*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2306). Il che significa che le stesse non devono essere svolte per soddisfare esigenze aziendali eventuali, imprevedibili e fortuite (Cass. 5 febbraio 1994, n. 1202, in *Rep. FI*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1644). Anche in tal caso, dunque, si valorizza nuovamente la cadenza temporale, sotto forma di frequenza e prevedibilità, quale elemento determinante per valutare la occasionalità (Cass. 1 settembre 2003, n. 12851, *Rep. FI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1855; Cass. 29 gennaio 2001, n. 1211, in *DPL*, 2001, p. 1850). Sebbene di recente la Cassazione (con sentenza n. 16618 del 5 novembre 2003, in *Rep. FI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*) abbia confermato che «il principio di onnicomprensività della retribuzione accolto

tipica ed ordinaria del rapporto di lavoro, sia rispondere ad un'esigenza episodica ed eccezionale dell'azienda. Di conseguenza, il relativo corrispettivo potrà computarsi nella retribuzione base annua solo nell'ipotesi in cui la frequenza e la prevedibilità lo rendano "non occasionale": si tratta di una tipica ipotesi in cui la cadenza temporale (e quindi la continuità) dell'emolumento acquista nuovamente rilievo, sia pure in via sintomatica, per determinare la occasionalità o meno del titolo³³⁴.

Resta escluso dal novero delle voci retributive computabili nella base di calcolo per il t.f.r. il rimborso spese, inteso come restituzione di somme anticipate dal lavoratore per effettuare spese nell'interesse del datore di lavoro, mentre le erogazioni corrisposte per soddisfare una esigenza del prestatore di lavoro hanno natura retributiva. La qualificazione, necessaria a determinare la computabilità o meno di una determinata voce nella base di computo del t.f.r., va effettuata valutando la struttura e la funzione della medesima e non appellandosi al *nomen iuris* attribuitogli. Sono fatte salve, tuttavia, le voci qualificate dal contratto collettivo come "rimborso spese", dovendosi ritenere che in tal modo le parti collettive abbiano voluto espungerle dal computo degli accantonamenti di t.f.r., utilizzando il potere di deroga loro attribuito dal dettato normativo³³⁵. Alcune

dal 2 comma dell'art. 2120 c.c., nel testo novellato dalla legge 297 del 1982, benché derogabile, comporta che se la prestazione di lavoro non è occasionale, la relativa retribuzione debba essere compresa nel trattamento di fine rapporto», salvo, naturalmente che «la contrattazione collettiva apporti una eccezione a tale regola in modo chiaro e univoco», va rilevato che in seguito alla negazione, anche giurisprudenziale, dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di onnicomprensività della retribuzione, molti contratti collettivi hanno effettivamente sottratto il compenso per straordinario dalla base di calcolo del T.F.R. (v. il CCNL metalmeccanici del 1994, art. 20 ed il c.c. telecomunicazioni del 2000, art. 51).

³³⁴ Cfr. Cass. 25 settembre 2004, n. 19303, in *MGL*, 2005, p. 60 ma anche la ben più datata Cass. S.U. 24 febbraio 1986, n. 1102., nonché, in sede di merito, Trib. Napoli 22 gennaio 2001, in *GL*, 2001, n. 26, p. 27; Pret. Monza, 15 ottobre 1996, in *RCDL*, 1997, p. 375; esplicitano il requisito della regolare periodicità del lavoro notturno Cass. 1 settembre 2003, n. 12760, in *MGL*, 2004, 6, p. 33; Cass. 2 dicembre 1999, n. 13440, in *MGI*, 1999.

³³⁵ Lo evidenziano, in maniera piuttosto tranchant, M. N. BETTINI, *Commento agli artt. 2120-2122 c.c.*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 942 e

indennità, poi, come l'indennità di trasferta, hanno natura ibrida: di esse sarà computata, nella base di computo del t.f.r., solo la parte che costituisce corrispettivo per la maggiore spendita morale e materiale affrontata dal lavoratore e non anche le quote costituenti mero ristoro delle spese sostenute fuori sede.

Infine, il legislatore ha implicitamente incluso nella base di computo del t.f.r. "l'equivalente delle prestazioni in natura" (art. 1, comma 2, l. 297/1982), dovendosi intendere per prestazioni in natura quei benefici aggiuntivi rispetto alla retribuzione in senso stretto, ma anch'essi di carattere remuneratorio, volti ad agevolare il lavoratore nella soddisfazione di alcuni bisogni o esigenze di vita. In relazione a tali emolumenti, bisogna innanzitutto espungere quelli non corrisposti "in dipendenza del rapporto"; inoltre, occorrerà distinguere tra benefici riconosciuti nell'interesse del lavoratore (computabili) e agevolazioni funzionali all'interesse del datore o, al più, al soddisfacente svolgimento della prestazione lavorativa (non computabili). Ad esempio l'automobile concessa in uso al lavoratore andrà computata per equivalente solo se e per la parte in cui è destinata ad uso personale del lavoratore; non sarà computabile, invece, se e per la parte in cui serve al lavoratore per gli spostamenti di servizio³³⁶. Possono

tuttavia, si potrebbe obiettare che una deroga di tal fatta cozzerebbe con quella giurisprudenza che richiede che le deroghe risultino in modo chiaro e univoco. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento...*, cit., p. 76) avevano rilevato questa discrasia, auspicando che le parti collettive avrebbero espressamente individuato in sede di contrattazione, i compensi esclusi dal computo del t.f.r., eliminando, in tal modo, ogni imbarazzo. Gli stessi AUTORI, tuttavia, riconoscono che se la contrattazione collettiva non dovesse dar corso ad una prassi del genere, la questione ricadrebbe inevitabilmente sui giudici che non potendo riconoscere nella sola denominazione di "rimborso spese" una chiara manifestazione di volontà derogatrice, dovrebbero indagare in concreto la natura dell'emolumento corrisposto.

³³⁶ Utilizzano questa esemplificazione G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 77. Tale distinzione non sussiste, naturalmente, se la autovettura è concessa esclusivamente quale forma di retribuzione in natura: in tal caso si computerà nella retribuzione annua il controvalore in denaro dell'uso e della disponibilità (cfr. Cass. 15 novembre 2002, n. 16129, in *NGL*, 2003, p. 175 e in *Rep. FI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2004, n. 1484).

rientrare nella definizione di retribuzione in natura anche alcuni *fringe benefits*, ovvero quei benefici di carattere remuneratorio, aggiuntivi rispetto alla retribuzione, volti ad agevolare il lavoratore nella soddisfazione di alcuni suoi bisogni come ad esempio la concessione in uso della casa di abitazione³³⁷ o il pagamento dei trasporti, ecc..

2.2. Il divisore (rinvio).

Si è già detto che il divisore indicato dal legislatore ai fini della determinazione della somma annuale da accantonar a titolo di t.f.r. è costituito dal numero fisso 13,5: un coefficiente sul cui regime di inderogabilità assoluta abbiamo avuto ampiamente modo di soffermarci, specie nell'ambito del capitolo II. Rinviando, dunque, alla ricostruzione offerta e alle considerazioni sin qui svolte in relazione al suddetto divisore, ci limiteremo ad un breve cenno riassuntivo al solo fine di offrire un'omogenea prospettiva di insieme del criterio di computo introdotto dalla legge dell'82.

Va subito ricordato, in tale prospettiva, che sul regime di inderogabilità assoluta del divisore non v'è stata unanimità di vedute, all'indomani dell'emanazione della legge 297. Tra i primi commentatori, infatti, un'autorevole voce³³⁸ dissentiva sull'estensibilità dell'inderogabilità dell'elemento di computo anche all'autonomia collettiva. Ragioni di carattere testuale, fondate sul carattere non sufficientemente esplicito dell'ipotetica deroga al generale

³³⁷ Andrà computato, ad esempio, l'equivalente dei canoni di locazione dell'abitazione concessa in uso in via continuativa (Cass. 22 aprile 1987, n. 3914, in *Rep. FI*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2724), a meno che per tale uso non sia versato un corrispettivo, configurandosi, in tal caso, un rapporto di locazione (Cass. 21 gennaio 1988, n. 466). Si veda altresì la più recente Cass. 27 febbraio 1998, n. 2187, in *RIDL*, 1998, II, p. 643, secondo cui, per includere nella base di calcolo del T.F.R. voci come il godimento di il lavoratore ha "l'onere di indicare e provare le circostanze di fatto che stanno alla base della sua pretesa, tanto più se la stessa è oggetto di specifica contestazione".

³³⁸ Si fa riferimento a M. PERSIANI che manifestò tali perplessità nella Relazione tenuta al seminario svolto a Roma il 24-25 marzo 1983 e di cui è leggibile un dattiloscritto a quanto consta inedito.

principio di trattamento più favorevole per il lavoratore, nonché ragioni di carattere interpretativo-sistematico, suggerite dalla successiva attribuzione alla stessa autonomia collettiva della competenza esclusiva a determinare la retribuzione-dividendo, mal si concilierebbero con l'impossibilità delle controparti sindacali ad incidere sul divisore. A tali osservazioni, immediatamente suggerite dal telaio della novella, si replicò percorrendo gli stessi piani di indagine: quanto al dettato normativo, evidenziando l'inconfutabile presenza di un dato testuale, e quanto all'approccio sistematico, enfatizzando l'esistenza di una precisa volontà di paralizzare l'autonomia collettiva proprio in relazione ad un parametro che, diversamente, avrebbe prodotto variazioni quantitative autonome e discriminanti. attraverso un'insistita valorizzazione della ratio della norma e delle finalità politiche perseguite. Già la emanazione della legge n. 297, certamente ascrivibile a quell'epoca così puntualmente definita di emergenza, era chiaramente finalizzata a risistemare l'area delle indennità di fine rapporto e, tuttavia, la piena apertura dei relativi termini alla contrattazione collettiva avrebbe privato la novella di buona parte della sua effettiva funzionalità. Il nuovo t.f.r. avrebbe effettivamente contribuito a riportare ordine ed equità nella "giungla retributiva" soltanto rendendo imm modificabile il dividendo e attribuendo alle sole controparti sindacali la possibilità di incidere (e, dunque, soltanto collettivamente) sulla determinazione della retribuzione base: ciò ha evitato qualunque forma di discriminazione e/o, viceversa, di favoritismo, cristallizzando un meccanismo quantomeno collettivamente equo.

Le medesime argomentazioni, valorizzanti la funzione sia della norma che del vincolo di inderogabilità assoluta, furono utilizzate dalla dottrina prevalente³³⁹ per arginare ulteriori "attacchi alla diligenza". Accadde, per esempio, quando si

³³⁹ Si veda E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine rapporto*, Milano, 1982.

dubitò della legittimità costituzionale della norma rispetto al 1° comma dell'art. 39 della Carta, poiché impedire all'autonomia collettiva di incidere su «di un istituto non certo trascurabile nell'economia di un rapporto»³⁴⁰ sembrava porsi in contrasto con la libertà sindacale intesa come libertà di azione contrattuale del sindacato. A tale censura, si rispose anche per altra via, ovvero attribuendo al trattamento di fine rapporto funzione previdenziale: in tale ottica il vincolo di inderogabilità imposto dalla legge appariva funzionale ad evitare che l'istituto venisse «ridisciplinato in una logica differenziata ingiustificabile con la sua funzione»³⁴¹.

2.3. *Le ipotesi di sospensione della prestazione.*

Il 3° comma dell'art. 2120 c.c. disciplina la rilevanza dei casi di sospensione della prestazione di lavoro ai fini del computo del t.f.r.. La norma in parola stabilisce che nelle ipotesi di sospensione dell'attività derivante dall'esercizio di un diritto (ex art. 2110 c.c.) ovvero in caso di sospensione «per la quale sia prevista l'integrazione salariale», rientra nella base annuale di computo del t.f.r. quanto il lavoratore avrebbe percepito se avesse regolarmente svolto la propria attività³⁴². La più attenta dottrina ha ritenuto che tale norma andasse interpretata come «indicazione tassativa ed eccezionale dei casi di sospensione (totalmente o parzialmente retribuiti dal datore) “utili” ai fini del computo» ovvero «assistiti dal beneficio dell'accantonamento figurativo»³⁴³. Tale interpretazione, in effetti, si rivela più fedele al sistema di computo introdotto dalla legge n. 297 ed imperniato sulla proporzione degli accantonamenti a quanto effettivamente percepito dal (*rectius*: effettivamente di competenza del) lavoratore in relazione a ciascun anno. Il nuovo criterio di computo, quindi, non attribuisce rilevanza

³⁴⁰ Così D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Lavoro '80*, 1983, pp. 15-16.

³⁴¹ Così M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, cit., p. 91 ss.

³⁴² In giurisprudenza si veda Cass. 19 aprile 2003, n. 6375, in *GD*, 2003, n. 23, p. 53.

³⁴³ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 79.

diretta alla anzianità in sé considerata: quest'ultima diviene elemento di computo solo se ed in quanto sia accompagnata da una erogazione retributiva. Deve concludersi, pertanto, che la norma dell'art. 1, comma 3°, della l. n. 297/1982 abbia carattere eccezionale e che i casi a cui fa riferimento siano tassativi, sebbene la loro interpretazione possa dirsi «aperta all'applicazione del metodo analogico»³⁴⁴. Per un verso, infatti, un'interpretazione di tal fatta appare coerente con la struttura del t.f.r., per altro verso, il metodo analogico può consentire di ammettere al beneficio anche ipotesi di sospensione di immediata attinenza o assimilabilità rispetto a quelle indicate dall'art. 2110 c.c. (si pensi alle ipotesi di sospensione previste in favore della lavoratrice madre³⁴⁵, alle assenze per cure termali³⁴⁶, ai congedi per donatori di sangue³⁴⁷). La dottrina sembra ritenere, tuttavia, che eventuali ipotesi di sospensione non contemplate dall'art. 2120 c.c., comma 3°, che comunque comportano una retribuzione totale o parziale (ad esempio, un'aspettativa con conservazione parziale della retribuzione), possano essere computate in proporzione nel t.f.r., proprio in ragione della fedeltà dell'istituto al monte retribuzione effettivamente percepito

³⁴⁴ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 81.

³⁴⁵ Si fa riferimento ai congedi previsti dagli artt. 7, comma 2, e 3, legge n. 1204/1971 e dall'art. 7, comma 1, legge n. 903/1977: si vedano, in tal senso, A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 78 e G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 82. La giurisprudenza, tuttavia, si è divisa sulla computabilità dell'astensione facoltativa *post partum* e dei permessi per allattamento. In senso favorevole si vedano: Cass. 22 febbraio 1993, n. 2114, in *MGL*, 1993, p. 244, con nota di SBROCCA, *Sulla computabilità dell'assenza facoltativa "post partum" agli effetti del trattamento di fine rapporto*; Trib. Milano 17 maggio 2001, in *RCDL*, 2001, p. 745; Pret. Milano 7 gennaio 1998, in *LG*, 1998, p. 614; Trib. Milano 26 marzo 1991, in *OGL*, 1991, p. 439; in senso contrario: Trib. Milano 18 settembre 1999, in *LG*, 2000, p. 80; Pret. Milano 5 dicembre 1992, in *DPL*, 1992, p. 1959; Trib. Milano 3 luglio 1991, in *OGL*, 1991, p. 722.

³⁴⁶ C. cost. 29 ottobre 1987, n. 355, in *GC*, p. 1987; Cass. 6 settembre 1993, n. 9340, in *DPL*, 1993, p. 2978.

³⁴⁷ Disciplinati dalla legge 4 maggio 1990, n. 107, art. 13. In relazione ad essi si veda la sentenza della Corte costituzionale del 18 febbraio 1992, n. 52 (in *FI*, 1992, I, p. 1036).

dal lavoratore³⁴⁸. Viceversa si è ritenuto, sempre in via interpretativa, che la contrattazione collettiva non possa prevedere che nella base di computo del t.f.r. confluiscono retribuzioni figurative relative a periodi diversi dalle sospensioni tassativamente indicate dal 3° comma dell'art. 2120 c.c.³⁴⁹: tale norma, infatti, diversamente dal 2° comma, non contiene una esplicita clausola di salvezza per le diverse determinazioni raggiunte in sede di contrattazione collettiva³⁵⁰. Altra parte della dottrina, in maniera più possibilista, osservando che il divieto di pattuizioni di miglior favore contenuto nel comma 1° «non può essere ampliato fino a consolidare un principio di inderogabilità assoluta di tutti i disposti della legge»³⁵¹, conclude che eventuali diverse pattuizioni migliorative, previste dai contratti collettivi potrebbero considerarsi valide nella misura in cui non siano finalizzate a frodare la norma che impone un tetto quantitativo massimo al trattamento, bensì realizzino un'eccezione al principio di irrilevanza della anzianità di servizio *tout court*³⁵².

Ritornando alla possibilità di estendere analogicamente la portata dell'art. 2120, 3° comma, c.c., deve ritenersi che per effetto del rinvio indiretto alla suddetta norma vadano computate nella retribuzione base annua anche i periodi di sospensione per richiamo alle armi e per l'addestramento degli iscritti al ruolo volontario del Corpo Nazionale dei Vigili del fuoco³⁵³, mentre è stata oggetto di

³⁴⁸ Cfr., in tal senso, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 84.

³⁴⁹ In tal senso si esprime G. FERRARO, *Commento all'art. 4 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, pp. 296, 303.

³⁵⁰ Cfr., in tal senso, A. VALLEBONA, *Il trattamento ...*, cit., p. 158.

³⁵¹ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 86.

³⁵² Oltre agli Autori citati, sostengono la possibilità del contratto collettivo di ampliare le ipotesi di retribuzione c.d. figurativa P.G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982*, in *DDLRI*, 1982, p. 537 ss., F. LISO, *Intervista*, in *Trattamento di fine rapporto in 46 domande*, a cura di ODOARDI, Roma, 1983, p. 50-51; D'AVOSSA, *Il trattamento ...*, cit., p. 25 (in nota); FILADORO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *LPO*, 1982, p. 1589.

³⁵³ Cfr. D'AVOSSA, *Il T.F.R. ...*, cit., p. 83 e G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 85.

un certo dibattito dottrinale e giurisprudenziale la commutabilità del servizio di leva militare. Quest'ultimo, se equiparato al richiamo alle armi, a sua volta ricondotto, ex art. 2111 c.c., alle ipotesi di sospensione contemplate dall'art. 2110 c.c., dovrebbe rientrare nel beneficio di cui al comma 3° dell'art. 1, l. 297/1982. Tuttavia, poiché la legislazione anteriore e financo la Costituzione, all'art. 52, comma 3°, tutelano la conservazione del posto e l'anzianità di servizio maturanda nel corso del servizio di leva, ciò aveva fatto paventare, all'indomani dell'entrata in vigore della l. 297, il possibile contrasto dell'art. 1, comma 3, proprio con il cennato art. 52 della Costituzione³⁵⁴. Chiamata effettivamente a pronunciarsi sulla questione, la Consulta concluse per la legittimità dell'art. 1, comma 3 (*rectius*: art. 2120 c.c., comma 3) nella parte in cui non prevede il periodo del servizio militare di leva tra i periodi di sospensione della prestazione computabili nel t.f.r., in quanto «la correlazione del T.F.R. alle retribuzioni effettivamente percepite, esclude la computabilità dei periodi di sospensione della prestazione di lavoro durante i quali il lavoratore non conserva la retribuzione né direttamente, né in forme equivalenti di previdenza»³⁵⁵.

Vanno presi in considerazione, infine, i periodi di sospensione della prestazione assistiti da intervento straordinario o ancora i periodi di riduzione dell'orario di lavoro a seguito di contratti di solidarietà: la Cassazione ha affermato la

³⁵⁴ Il dubbio di incostituzionalità della norma, avanzato, tra gli altri, da FRANCESCHELLI, *I principali punti controversi della l. 297*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 9 e A. GARILLI, *L'applicazione della l. 297*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 46, trovava un precedente rilevante nella questione di costituzionalità della l. 303 del 1946 nella parte in cui prevedeva che i contratti collettivi potessero rendere computabile il periodo di leva agli effetti dell'indennità di anzianità: rimessa alla Corte costituzionale, la questione fu risolta dalla Consulta con sentenza n. 8 del 16 febbraio 1963 dichiarativa della incostituzionalità della norma in questione.

³⁵⁵ C. cost. 7 novembre 1989, n. 491, in *OGI*, 1989, p. 1084. In dottrina si erano già pronunciati in tal senso D'AVOSSA, *Il T.F.R. ...*, cit., p. 76 e G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 82; e in giurisprudenza Cass. 5 aprile 1991, n. 3570, in *DPL*, 1991, p. 1698; Cass. 11 giugno 1990, n. 5660, *id.*, 1990, p. 2710. *Contra*, G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità...*, p. 130, P. G. ALLEVA, *Trattamento...*, cit., p. 151.

computabilità nel t.f.r. delle quote maturate in tali periodi, considerati alla stregua di lavoro effettivo³⁵⁶.

2.4. *La rivalutazione delle quote.*

Il nuovo sistema di accantonamento delle quote annuali, in attesa dell'erogazione complessiva alla cessazione del rapporto, ha reso necessaria la previsione di un adeguato meccanismo di indicizzazione ad evitare che, in un periodo di inflazione, dal momento del calcolo all'erogazione si determinasse una diminuzione del valore reale delle quote stesse.

La disciplina del T.F.R. ha quindi previsto un sistema di rivalutazione al 31 dicembre di ogni anno su base composta nel senso che non solo le quote (con esclusione di quella maturata nell'ultimo anno sola re), ma anche ciascun incremento diviene successivamente oggetto di rivalutazione.

Il tasso di rivalutazione previsto è unico, ma consta di due componenti - una fissa e una variabile - costituite rispettivamente dall'1,5% in misura fissa e dal 75% dell'aumento dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, accertato dal l'ISTAT, rispetto al mese di dicembre dell'anno precedente³⁵⁷.

³⁵⁶ In tal senso, M. MISCIONE, *La cassa integrazione. Come funziona, come si utilizza*, Ediesse, Roma, 1983, p. 188. In giurisprudenza, più di recente, si è pronunciata la cassazione con sentenze n. 2398 del 26 febbraio 1992, in *OGL*, 1992, p. 483 e n. 3410, del 19 marzo 1992, in *OGL*, 1992, p. 488.

³⁵⁷ La giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità, per i lavoratori, di ottenere il risarcimento del maggior danno per svalutazione monetaria, verificatosi fra l'estinzione del rapporto ed il saldo effettivo (cfr. Cass. 15 aprile 1991, n. 4005, in *MGL*, 1991, p. 268), risarcimento che compete anche nell'ipotesi di intervento del Fondo di garanzia per il T.F.R. (Cass. 15 maggio 2003, n. 7601, in *GD*, 2003, n. 23, p. 41; Cass. 23 marzo 2001, n. 4261, in *RIDL*, 2002, II, p. 795, con nota di PILATI, *Sull'obbligo del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria fino al saldo*. Si veda inoltre App. Roma 4 agosto 2005, a quanto consta inedita.

La scelta di un tasso misto al posto di una indicizzazione pura garantisce una copertura piena del valore reale delle quote solo in caso di inflazione pari al 6% mentre in caso di inflazione superiore a tale livello la copertura diviene parziale ed in caso di inflazione inferiore viene assicurata al lavoratore una piccola rendita³⁵⁸. In tal modo l'adeguatezza della garanzia risulta inversamente proporzionale all'andamento dell'inflazione, concorrendo a contenere il costo del lavoro e, quindi, l'inflazione stessa allorché questa superi il livello considerato tollerabile.

Al paventato dubbio di illegittimità costituzionale del criterio di rivalutazione in relazione al principio di retribuzione sufficiente sancito dall'art. 36 della Costituzione si è opposto il rilievo che la valutazione circa il rispetto della suddetta norma costituzionale va operata con riguardo al risultato finale e cioè non al momento dell'accantonamento, ma a quello dell'erogazione del trattamento, poiché è solo in tale fase che si attua il trasferimento della somma nel patrimonio del lavoratore³⁵⁹.

Il nuovo criterio presenta degli indubbi vantaggi rispetto al diverso meccanismo previsto per l'indennità di anzianità. La differenza consiste nel fatto che nel vecchio sistema la rivalutazione della somma da corrispondere era realizzata con l'incremento del l'ultima retribuzione da moltiplicarsi per gli anni precedenti, mentre nella nuova disciplina l'incremento è affidato ad un parametro esterno alla dinamica retributiva ed uguale per tutti quale il tasso legale di rivalutazione da applicarsi sulle quote accantonate. Si è in tale modo evitata quella dilatazione automatica e rilevante dei fondi di anzianità, conseguenza del vecchio sistema,

³⁵⁸ Ad esempio con un tasso di inflazione del 16% la rivalutazione si attesta su una percentuale del 13,5% (75% di 16 = 12 + 1,5 = 13,5), con un tasso del 6% su una uguale percentuale del 6% (75% di 6 = 4,5 + 1,5 = 6), con un tasso del 4% sul 4,5% (75% di 4 = 3 - 4 - 1,5 = 4,5).

³⁵⁹ Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento* ..., cit., p. 94 ss.

con la scelta di un meccanismo di rivalutazione che, non incidendo sulla base di computo, ma sulle quote già calcolate e accantonate, consente una maggiore prevedibilità delle somme da corrispondere alla cessazione del rapporto.

3. Il regime delle anticipazioni.

A fronte della inesigibilità, in costanza di rapporto, delle somme accantonate a titolo di t.f.r., l'art. 2120 c.c., «coerentemente con la natura retributiva dell'istituto, con la sua funzione economica e con le esigenze del lavoratore»³⁶⁰ attribuisce al lavoratore il diritto di ottenere una anticipazione sugli accantonamenti qualora si realizzino determinate condizioni previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Tale possibilità, del tutto originale ed inedita rispetto alla disciplina della precedente indennità di anzianità, costituisce una «essenziale caratteristica»³⁶¹ del nuovo trattamento di fine rapporto; ne costituisce forse riprova il fatto che anche Autori³⁶² attestati su posizioni interpretative antitetiche, specie in merito al profilo funzionale dell'istituto, riconoscono concordemente che il regime delle anticipazioni contrassegni, «in maniera netta»³⁶³, la funzione del t.f.r..

L'istituto estende la propria rilevanza anche alla soluzione della questione inerente il momento di maturazione del diritto, ben potendosi ritenere che la disciplina delle anticipazioni configuri un diritto potestativo ad ottenere il pagamento anticipato, rispetto al termine di adempimento coincidente con la cessazione del rapporto, di un credito già maturato. Tale lettura, in effetti, è in linea con l'interpretazione dottrinale secondo cui il diritto al T.F.R. matura in

³⁶⁰ M. N. BETTINI, *Commento...*, op. cit. p. 946, che rinvia, a sua volta, a A. PANDOLFO, *Il trattamento di fine rapporto: i primi interventi dei giudici*, in *RGL*, 1983, II, cit., p. 270 ss.; M. PAPALEONI, *Le anticipazioni sul trattamento di fine rapporto*, in *GC*, 1983, II, p. 363 ss.; SORESINA, *Le anticipazioni sul trattamento di fine rapporto*, in *CG*, 1983, p. 353 ss..

³⁶¹ A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 90.

³⁶² Si veda il Capitolo I della ricerca.

³⁶³ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento.....*, cit., p. 90.

corso di rapporto³⁶⁴ poiché attribuisce al lavoratore un ulteriore ed autonomo³⁶⁵ diritto a percepire una parte delle somme già accantonate a titolo di t.f.r. che viene detratta “a tutti gli effetti” (art. 1, c. 9, legge n. 297/1982)³⁶⁶ dall'erogazione del trattamento e, dunque, ne estingue parzialmente l'obbligazione. Deporrebbe in tal senso la previsione, da parte del legislatore, di alcune cause giustificative in presenza soltanto delle quali il lavoratore può accedere all'anticipazione; tale previsione, tuttavia, è derogabile³⁶⁷ da parte della contrattazione collettiva e individuale³⁶⁸ attraverso la predisposizione di «condizioni di miglior favore» a vantaggio dei lavoratori³⁶⁹.

Parte della dottrina ha sostenuto, viceversa, che l'autonomia del diritto all'anticipazione poggerrebbe su argomentazioni differenti³⁷⁰. In particolare la necessaria sussistenza di specifici presupposti nella disciplina legale, induce ad escludere che il diritto all'anticipazione sia espressione della maturazione del diritto in corso di rapporto, dovendosi piuttosto ritenere che «la disciplina legale dell'istituto sia, sul piano tecnico, eccezionale rispetto alla generale non spettanza del T.F.R. se non alla cessazione del rapporto stesso»³⁷¹.

³⁶⁴ Cfr. retro, capitolo I, e in dottrina, fra tutti, P. G. ALLEVA, *Trattamento...*, cit., p. 8.

³⁶⁵ Cass. 21 gennaio 1988, n. 448, in *DPL*, 1988, p. 503 (in motivazione).

³⁶⁶ Si vedano, sul punto, M. NAPOLI, *Il quadro giuridico-istituzionale*, in G. CELLA-T. TREU (a cura di), *Relazioni industriali: manuale per l'analisi dell'esperienza italiana*, Bologna, 1982, p. 219 ss. e G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità ...*, cit., p. 79 ss..

³⁶⁷ P. G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982*, cit., p. 536; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità*, cit., p. 145; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento*, cit., p. 124.

³⁶⁸ M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, Torino, 1998, vol. III, p. 598 ss..

³⁶⁹ Sull'interpretazione offerta della derogabilità della norma sia consentito richiamare le considerazioni svolte nel capitolo II della presente ricerca.

³⁷⁰ E. GHERA-G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 34; R. DE LUCA TAMAJO, *Il T.F.R.*, in *DLRI*, 1982, p. 440-441.

³⁷¹ M. MARIANI, *Le anticipazioni del T.F.R.*, in *RIDL*, 1988, II, p. 659 ss.; contro la qualificazione della disciplina delle anticipazioni in termini di eccezionalità A. VALLEBONA, *op. cit.*, 90.

Senza indugiare ulteriormente sulle problematiche inerenti la qualificazione funzionale e il momento di maturazione del diritto al t.f.r., più accuratamente sviluppate nei primi due capitoli della presente ricerca, ci si limita in questa sede ad evidenziare che la disciplina delle anticipazioni costituisce il risultato della serrata dialettica tra il principio, finora indiscusso, della totale disponibilità da parte del datore di lavoro dei fondi accantonati e le contrapposte istanze dei lavoratori a forme di godimento anticipato³⁷²: il primo attuato attraverso la predisposizione di limiti quantitativi sia al numero di ammessi alla anticipazione, sia all'ammontare della stessa, le seconde soddisfatte mediante la valorizzazione, tra le finalità tipiche del trattamento, delle destinazioni tipiche del risparmio³⁷³, con la disposizione di causali giustificatrici e la fissazione di un'anzianità di servizio minima per poter accedere al beneficio.

Con il consueto *aplomb* compromissorio, dunque, anche questa parte della disciplina del t.f.r. si fa carico di risolvere una serie di conflitti di interessi: non solo quello, cui si è appena accennato, tra le contrapposte istanze dai datori di lavoro e dei lavoratori, ma altresì gli insorgenti conflitti “tra lavoratori”, dettati dalla disattesa aspettativa di ottenere un'anticipazione in ragione del dettato normativo o, più sovente, della diversa disciplina contrattuale che, seppur complessivamente più favorevole per i lavoratori, si risolve di necessità nella introduzione di un filtro selettivo, lasciando egualmente delusi coloro cui è precluso l'accesso al beneficio.

³⁷² Cfr. Cfr. G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 102 ss., nonché, più in generale su tali profili A. GARILLI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1982, I, p. 352; D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *L80*, 1983, p. 26.

³⁷³ Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit. p. 90 ss.; A. CESSARI, *Ascesa e declino di un istituto*, in *RIDL*, 1983, p. 433.

Anche alle difficoltà sorte dalla eventuale sovrapposizione della disciplina contrattuale rispetto a quella normativa si è avuto modo di accennare nel capitolo II al quale sia consentito, per ragioni di sintesi, rinviare.

3.1. Criteri di priorità, condizioni di accesso e misura dell'anticipazione.

a) Il comma 11° dell'art 1, l. 297/1982 affida ai contratti collettivi la determinazione dei criteri di priorità di accesso all'anticipazione. Non si tratta di una forma di derogabilità, quanto piuttosto di una delega finalizzata al «riempimento di un vuoto legale»³⁷⁴ e che attribuisce all'autonomia collettiva il compito di «decidere con criteri normativi la distribuzione di vantaggi tra i lavoratori»³⁷⁵. In tale contesto la contrattazione collettiva «assolve esclusivamente alla tipica funzione di limitazione di un potere datoriale»³⁷⁶, sicché l'eventuale assenza di una previsione collettiva in materia fa riespandere il suddetto potere, ben potendo il datore di lavoro indicare dei propri criteri di priorità per l'accoglimento delle domande, «purché ovviamente tali criteri siano trasparenti, non celino discriminazioni o favoritismi ingiustificati e presentino un minimo di coerenza con l'impianto legislativo delle anticipazioni (in particolare con la definizione dei titoli giustificativi)»³⁷⁷. La dottrina sembra lasciare al datore di lavoro, entro i limiti di ragionevolezza, coerenza e non discriminazione appena indicati, piena libertà nell'individuazione dei criteri di priorità, anche «diversi da (o integrati con) quello cronologico»³⁷⁸: in tal caso, però, è necessario fissare dei criteri di prevalenza nell'ambito di ciascuna

³⁷⁴ Così A. VALLEBONA, *Trattamento di fine rapporto*, cit., p. 161.

³⁷⁵ M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, cit., p. 83.

³⁷⁶ A. VALLEBONA, *Il trattamento...*, cit., p. 161.

³⁷⁷ Così G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 126.

³⁷⁸ Ancora G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 126. *Contra*, in giurisprudenza si veda la sentenza del Pret. La Spezia, 8 agosto 1996, in *RIDL*, 1997, p. 368.

giustificazione causale come, ad esempio, l'anzianità di servizio, i carichi di famiglia, il livello di reddito, la necessità di trasferimento per lavoro, il livello di gravità della malattia *et similia*³⁷⁹. Alcuni accordi collettivi hanno preferito al criterio cronologico quello basato sul "tipo" di necessità del lavoratore attraverso la predisposizione di un ordine di precedenza: così, alcuni contratti collettivi hanno stilato una graduatoria tra le causali legali di accesso all'anticipazione nell'ambito della quale si dà solitamente priorità alle spese sanitarie³⁸⁰ sulla scia di quell'indirizzo dottrinale³⁸¹ che le colloca in posizione prioritaria rispetto all'acquisto della prima casa.

La contrattazione può introdurre dei termini di presentazione delle richieste oppure alla predisporre di una procedura di valutazione delle ipotesi di urgenza da parte di apposite commissioni³⁸²; in nessun caso, però, può «alterare la concorrenza tra i lavoratori interessati ... (ovvero, n.d.r.) ... pregiudicare la posizione degli aventi diritto secondo il sistema prefissato»³⁸³. Si è opportunamente rilevato, infatti, che la contrattazione collettiva non potrebbe, attraverso l'indicazione dei criteri di priorità nell'accesso alle anticipazioni, imporre il soddisfacimento di condizioni aggiuntive le quali costituirebbero

³⁷⁹ Si vedano, in tal senso, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 126-127, e A. VALLEBONA, *Trattamento...*, cit., p. 164.

³⁸⁰ Ne dà notizia F. LISO, *Intervista*, cit., p. 94-96 e A. VALLEBONA, *Trattamento ...*, cit., p. 162 ss., il quale ricorda che in accordi collettivi siglati in Olivetti, Enel e Aem all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 297 (risalgono tutti e tre al 1983), era riservato alle anticipazioni per l'acquisto della prima casa solo la parte del contingente annuo residuo a seguito della concessione delle anticipazioni per spese sanitarie.

³⁸¹ In tal senso, G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, in *FI*, cit., p. 220 ss.

³⁸² In tal senso cfr., *ex plurimis*, G. PERA, *Il trattamento*, cit., p. 13; MONTEMARANO, *Il trattamento di fine rapporto*, Roma, 1982, p. 49 ss..

³⁸³ Così, in termini, A. VALLEBONA, *Problemi in tema di anticipazioni sul trattamento di fine rapporto: la disciplina contrattuale*, nota a Pret. Firenze 8 giugno 1983, in *GC*, 1983, III, p. 3116; si vedano inoltre, ID., *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 164 ss.; D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 137 ss.

delle deroghe peggiorative rispetto alla disciplina legale «sicuramente illegittime»³⁸⁴.

Restano escluse dall'ambito di applicazione della disciplina delle anticipazioni le aziende in crisi, oggetto di esclusione espressamente sancita dall'art. 4, c. 3, legge n. 297/1982³⁸⁵.

Il più delicato problema posto dai criteri di priorità di accesso alle anticipazioni, però, non riguarda tanto la tipologia dei criteri adottati dalla contrattazione collettiva, quanto piuttosto l'ambito di applicazione dei criteri medesimi. Qualsiasi criterio di priorità è destinato, infatti, a creare delusione ed insoddisfazione nei lavoratori che ne risultano pregiudicati³⁸⁶. Tuttavia si può ritenere che «l'accordo regola l'esercizio di un potere dell'imprenditore»³⁸⁷ se non addirittura che il suddetto accordo costituisce condizione di legittimità all'esercizio di un tale potere³⁸⁸, configurandosi, in tal modo una sorta di procedimentalizzazione del potere datoriale, con la conseguente applicabilità a tutti i lavoratori, iscritti e non al sindacato, in ragione della comune appartenenza alla medesima impresa.

b) La disciplina legale contiene degli sbarramenti quantitativi e causali di portata notevolmente limitativa del diritto all'anticipazione e ciò a tutela del già richiamato interesse aziendale ad utilizzare le somme accantonate quale fonte d'autofinanziamento. In particolare, l'art. 2120 c.c. stabilisce che possono chiedere l'anticipazione i lavoratori «con almeno otto anni di servizio presso lo stesso

³⁸⁴ A. VALLEBONA, *Trattamento...*, cit. p. 164.

³⁸⁵ V. Cass. 15 luglio 1995, n. 7710, in *MGL*, 1995, p. 445.

³⁸⁶ Cfr., in tal senso, A. VALLEBONA, *Trattamento ...*, cit., p. 166; G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto ...*, cit., 2007, p. 72-73; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 126, i quali evidenziano che per tale motivo, il sindacato «ha mostrato notevoli remore ad aprire una trattativa sul punto».

³⁸⁷ Così G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 73.

³⁸⁸ In tal senso, F. LISO, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 1981, p. 571.

datore di lavoro» e che le richieste ricevute devono essere soddisfatte annualmente entro il limite³⁸⁹ del 10% degli aventi titolo e del 4% del numero totale dei dipendenti. L'esistenza di un doppio limite quantitativo, con prevalenza di quello più restrittivo e favorevole al datore di lavoro, è intesa a garantire il mantenimento dell'ammontare complessivo delle anticipazioni entro un'entità contenuta anche per le aziende ad elevata anzianità di servizio del personale: la previsione del solo limite del 10% dei lavoratori con almeno otto anni di servizio avrebbe infatti penalizzato le aziende con elevata anzianità del personale. Pertanto la dottrina, muovendo dal presupposto che tali limiti massimi³⁹⁰ siano posti a tutela dell'autofinanziamento aziendale, li ritiene operanti a favore del datore di lavoro nel senso che le domande andranno soddisfatte in base al risultato più basso derivante dall'applicazione dei due parametri³⁹¹.

³⁸⁹ Limite derogabile *in melius* da parte della contrattazione collettiva e/o individuale: cfr. Cass. 21 gennaio 1988, n. 488.

³⁹⁰ Cfr. D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p.129.

³⁹¹ Un problema si è posto per quanto concerne il possibile esonero delle aziende con meno di 25 dipendenti, nelle quali non si ottiene la frazione intera (ad es., nel caso di un datore con 20 dipendenti, il 4% di 20 sarebbe pari a 0,8). La dottrina ha escluso tale possibilità non rinvenendo nella ratio della norma alcun elemento che deponesse in tal senso. Si è ritenuto piuttosto che la percentuale del 4% dovrebbe operare come delimitazione del numero dei beneficiari ottenuto calcolando il 10% degli aventi diritto (In tal senso FRANCESCHELLI, *I principali punti controversi della legge 297*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, 7; M. NAPOLI, *Il quadro giuridico- istituzionale*, in G. CELLA-T. TREU (a cura di), *Relazioni industriali: manuale per l'analisi dell'esperienza italiana*; Bologna, 1982, p. 29). Nondimeno, le posizioni in proposito sono state varie: arrotondamento per ciascun anno all'unità (P. G. ALLEVA, *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG*, 1994, p. 777); arrotondamento iniziale ed esonero negli anni successivi finché la somma dei decimali non raggiunga l'unità (Pret. Milano 9 febbraio 1984, in *NGL*, 1984, p. 286; D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 132); attribuzione della somma anticipata soltanto quando il cumulo dei decimali di ogni anno raggiunga l'unità (Pret. Macerata 20 settembre 1984, in *OGL*, 1984, p. 1220). La Suprema Corte si è pronunciata nel senso della inapplicabilità dell'art. 2120 c.c., per la materia delle anticipazioni, nelle aziende con un numero ridotto di dipendenti, muovendo dal presupposto della ratio del provvedimento finalizzata a non privare le imprese di una fonte di finanziamento e solo in via secondaria a soddisfare una necessità del lavoratore mediante l'istituto della anticipazione. Con la conseguenza che lo stesso

Il limite di otto anni di anzianità presso lo “stesso datore di lavoro”³⁹², necessario per il diritto all’anticipazione, è stato variamente interpretato dalla dottrina, divisa, anche in tale ipotesi, tra i fautori della riferibilità alla mera anzianità di rapporto³⁹³ e coloro che attribuivano rilievo ai soli periodi di effettivo servizio³⁹⁴.

Quanto al profilo causale, le richieste di anticipazione devono presentare una delle giustificazioni previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva al fine dell’acquisizione del diritto a percepire un anticipo sul t.f.r già maturato. L’art. 2120 c.c. prevede due sole ipotesi giustificanti la richiesta di anticipazione: la necessità di sostenere “spese sanitarie per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche” (co. 8°, lett. a) e lo “acquisto di una nuova casa di abitazione per sé o per i figli, documentato con atto notarile” (co. 8°, lett. b). Successivamente, il legislatore ha legittimato la concessione di anticipazioni per le spese da sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi di maternità (art. 7, l. 8 marzo 2000, n. 53) e “ai fini del sostegno economico” per la formazione continua nonché per il conseguimento di un titolo di studio (art. 5, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

sarebbe applicabile alle imprese minori senza che vi sia lesione del principio di uguaglianza, entro il limite del 4%, che richiede una presenza di lavoratori di almeno 25 unità (Cass. 6 marzo 1992, n. 2749, in *DL*, 1992, II, p. 221).

³⁹² La condizione viene considerata soddisfatta anche nell’ipotesi di trasferimento d’azienda, senza che vi sia la liquidazione del T.F.R. pregresso. In particolare secondo G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO (*Il trattamento*, cit., p. 105) l’anzianità di servizio è conservata anche in caso di passaggio tra aziende dello stesso gruppo o collegate, diversamente da ciò che accade in ipotesi di novazione del rapporto.

³⁹³ In tal senso, A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 92.

³⁹⁴ G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, cit., p. 219.

La necessità³⁹⁵ delle spese sanitarie, la cui qualificazione medica va desunta dalla normativa sul S.s.n., va riferita ad interventi o terapie³⁹⁶ straordinari, sia personali dei lavoratori che, secondo la dottrina consolidata³⁹⁷, dei familiari del dipendente e presuppone, ai fini della concessione dell'anticipazione, l'attualità dell'esigenza³⁹⁸ medico-economica.

Si considerano straordinari i trattamenti sanitari percepiti in tal modo nella comune esperienza in base alla loro complessità e pericolosità, purché l'effettiva esigenza della terapia o dell'intervento³⁹⁹ si evinca da documentazione proveniente dalla competente struttura sanitaria pubblica⁴⁰⁰. Non è rilevante, viceversa, la carenza assoluta o relativa di strutture pubbliche idonee al

³⁹⁵ Si considerano necessari anche gli importi accessori, ivi compresi i costi di viaggio e di permanenza nei luoghi di cura dei soggetti che prestano assistenza al malato: se veda, in tal senso, la pur risalente sentenza della Pret. Firenze 21 dicembre 1982, in *RGL*, 1983, p. 220, nonché in dottrina D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 143; G. PERA, *Trattamento di fine rapporto...*, cit., p. 221).

³⁹⁶ La Cassazione ha chiarito che l'espressione "terapie e interventi" va letta in chiave disgiuntiva poiché per la concessione dell'anticipazione non è necessario l'intervento ma è sufficiente la sola terapia (cfr. sentenza n. 3046 del 11 aprile 1990, in *RIDL*, 1991, II, p. 78 con nota di VALLEBONA, nonché in *DPL*, 1990, p. 1556, con nota di D'AVOSSA. Nella medesima pronuncia la Cassazione ha chiarito che i "requisiti della necessità e della straordinarietà, richiesti dall'art. 2120 c. c., così come modificato dalla l. n. 297/1982, sono autonomi, ancorché interdipendenti, e si identificano, quanto alla necessità, nel riconoscimento da parte delle strutture pubbliche della necessità appunto della terapia o dell'intervento, nonché nella caratterizzazione di dette misure sanitarie sotto il profilo dell'entità della spesa, e, quanto alla straordinarietà, nella rilevanza dell'intervento sanitario sotto il profilo della sua importanza e delicatezza dal punto di vista medico ed economico".

³⁹⁷ Cfr. G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, cit., p. 220.

³⁹⁸ Cass. 21 gennaio 1988, n. 488, cit.; Pret. Milano 28 settembre 1984, in *NGL*, 1985, p. 349; Pret. Milano, 9 febbraio 1984, cit.. il requisito è stato anche interpretato, in dottrina, in termini di immediatezza tra richiesta e bisogno del lavoratore.

³⁹⁹ Il Tribunale di Torino (1 giugno 1998, in *LG*, 1998, p. 1064) ha affermato che "nell'ipotesi di spese sanitarie, che secondo il disposto del comma 8 lett. a), art. 2120 c.c., giustificano anch'esse l'anticipazione del trattamento di fine rapporto, l'onere probatorio consistente nel riconoscimento da parte delle competenti strutture pubbliche, è riferito alle "terapie e agli interventi straordinari", e non già alle spese sanitarie, sicché risulta inequivocabilmente esplicitata l'intenzione del legislatore di ritenere sufficiente che tali spese possano essere "eventuali" e che quindi l'erogazione dell'anticipazione possa precedere l'esborso delle prime".

⁴⁰⁰ Cfr. Trib. Firenze 30 settembre 1983, in *OGL*, 1984, p. 879.

trattamento, ben potendo il lavoratore optare per la cura presso strutture anche private di sua fiducia usufruendo dell'anticipazione sul T.F.R..

La richiesta di anticipazioni giustificata dalla necessità di acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli documentato con atto notarile va riferita sia all'ipotesi di compravendita, sia ad altre attività negoziali idonee a produrre l'acquisizione in proprietà di una casa di abitazione (compravendita, assegnazione di casa costruita in cooperativa, riscatto ecc.), fra le quali rientra anche l'ipotesi di costruzione in proprio della casa⁴⁰¹. In ogni caso per prima abitazione deve intendersi solo quella destinata a dimora stabile della famiglia, con esclusione di qualsiasi residenza secondaria. Riferendo l'espressione "prima casa" alla destinazione e non alla provenienza, costituirebbe un logico corollario l'attribuzione della possibilità di accedere all'anticipazione anche al lavoratore proprietario di abitazione sita in luogo diverso da quello della dimora abituale. Viceversa la dottrina prevalente sembra escludere tale possibilità in ragione di un preesistente diritto di proprietà su di un appartamento, ferma restando la possibilità, però, di motivare la richiesta di anticipazione con l'acquisto di una casa per il figlio⁴⁰². Emerge con particolare pregnanza la *vis* espansiva, giurisprudenzialmente orientata, delle condizioni normative di accesso al diritto

⁴⁰¹ Cfr. Pret. Tivoli 11 luglio 1995, in *RCDL*, 1995, 1021, p. 23. Il diritto all'anticipazione è stato riconosciuto anche nei casi di ristrutturazioni o ampliamenti, particolarmente se resi necessari da provvedimenti della pubblica amministrazione o da calamità naturali (D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 155), in quanto si ritiene sussistente la medesima finalità di acquisizione di un godimento stabile di un bene (in termini dubitativi, G. PERA, *Trattamento di fine rapporto...*, cit. p. 223; *contra*, A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto...*, cit., p. 110).

⁴⁰² Cfr. D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 20; ID., *Il T.F.R.*, cit., p. 152, G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 117-118; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 109. In giurisprudenza, la Cassazione (sent. 8 luglio 1997, n. 6189, in *MGL*, 1997, p. 641) ha riconosciuto al lavoratore già titolare di abitazioni, il diritto di richiedere l'anticipazione del t.f.r. per l'acquisto della prima casa di abitazione del figlio, affermando il principio della equivalenza dei presupposti indicati nella norma dell'art. 2120 c.c. laddove prescrive che la richiesta deve essere giustificata dall'acquisto della prima casa di abitazione "per sé o per i figli".

nelle pronunce che riconoscono l'anticipo anche qualora l'acquisto dell'immobile risulti formalmente concluso dal solo coniuge del richiedente, attraverso il richiamo alla disciplina sul regime patrimoniale di comunione dei beni: ai sensi dell'art. 177 c.c., infatti, entrano a far parte del patrimonio comune non solo i beni acquistati congiuntamente, ma anche quelli acquisiti separatamente da ciascuno di essi⁴⁰³.

Un delicato problema interpretativo si poneva in relazione alla richiesta di documentazione dell'acquisto «con atto notarile», la cui interpretazione formalistica configgeva con l'evidente impossibilità, per il lavoratore, di documentare un negozio giuridico al cui perfezionamento è finalizzata la richiesta anticipazione. Il presumibile contrasto della previsione normativa con gli obiettivi perseguiti dalla norma, già rilevato dalla dottrina⁴⁰⁴, fu sottoposto al vaglio della Consulta che si è pronunciata⁴⁰⁵ dichiarando costituzionalmente illegittimo il comma ottavo dell'art. 2120 c.c. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concessione dell'anticipazione in ipotesi di acquisto *in itinere*,

⁴⁰³ Cfr. Cass. 3 dicembre 1004, n. 10371, in *NGCC*, 1995, I, p. 1058, con nota di TOGNAZZI; Cass. 21 aprile 1993, n. 4666, in *OGL*, 1992, p. 971.

⁴⁰⁴ Cfr. D'AVOSSA, *Il T.F.R.*, cit., p. 157; A. VALLEBONA, *Il Trattamento...*, cit., p. 111; G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p. 118. Questi ultimi, in particolare, suggerivano, quale rimedio empirico per superare l'empasse interpretativa, il deposito della somma da parte dell'azienda presso un notaio, deputato a consegnarla al venditore al momento dell'acquisto. Parallelamente, la giurisprudenza si era orientata nell'ammettere documenti equivalenti all'atto notarile o, comunque, idonei a dimostrare l'acquisizione del bene ed il correlato pagamento del prezzo totale o parziale, sia nel caso di costruzione in economia (Cfr. per tutte Pret. Taranto 31 ottobre 1983, in *RGL*, 1984, II, p. 605; *contra*, Trib. Pavia 13 giugno 1984, cit.), che di acquisto mediante cooperativa (Cfr. per tutte Trib. Milano 23 marzo 1985, in *OGL*, 1985, p. 1251; Pret. Milano 22 maggio 1984, cit.). In particolare, si era ammessa la prova della serietà dell'operazione, tramite la produzione del preliminare d'acquisto o della dichiarazione dell'avvenuto acquisto mediante atto notarile (M. NAPOLI, *Il quadro giuridico-istituzionale...*, cit., p. 29; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto...*, cit. p. 112), oppure della dichiarazione da parte della cooperativa di assegnazione della casa e delle ricevute delle somme versate (Pret. Bari 29 ottobre 1982, cit.).

comprovato con mezzi diversi dall'atto notarile purché idonei a dimostrare l'effettività dell'operazione negoziale in corso.

Nel novero delle spese relative ai congedi parentali e per la formazione, legittimanti la concessione di anticipazioni sul t.f.r., possono rientrare anche i costi sostenuti per il sostentamento del lavoratore e della sua famiglia. Le ipotesi, normativamente introdotte ad ampliare l'area di accesso alle anticipazioni, sono finalizzate, infatti, "ad agevolare attraverso un supporto economico l'assolvimento della funzione genitoriale o la promozione professionale dei dipendenti". Sicché la richiesta economica va "misurata nei limiti della sua funzione di integrazione, o sostituzione, della retribuzione nonché di copertura degli oneri contributivi per l'eventuale riscatto del periodo di assenza non retribuita, sempreché detto onere sia documentato contestualmente alla domanda di anticipazione" (Circ. Min. lav. 29 novembre 2000, n. 85).

Non determina, invece, un'esigibilità di per sé anticipata del t.f.r. il trasferimento d'azienda, in perfetta linea con la disciplina complessiva della fattispecie che prevede la prosecuzione in capo al cessionario, senza soluzione di continuità, dei rapporti di lavoro imputati al cedente⁴⁰⁶). In particolare il 2° comma dell'art. 2112 c.c. prevede la responsabilità solidale del cessionario nei confronti del cedente per i crediti del prestatore di lavoro sussistenti alla data del

⁴⁰⁵ Sentenza n. 142 del 5.4.1991, in *MGL*, 1191, p. 15, con nota di VALLEBONA e in *RIDL*, 1994, II, p. 144, con nota di BANO.

⁴⁰⁶ Si vedano, sul tema, i contributi di S. CIUCCIOVINO, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, p. 893; FOGLIA, *Trasferimenti d'azienda...*, 330 ss.; FONTANA, *Trasferimento d'azienda...*, 133 ss.; ROMEI, *Trasferimento d'azienda...*; SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento d'azienda...*, 637 ss.; ID. *Ancora sul trasferimento d'azienda...*, 145 ss.. In particolare, sulla nuova formulazione dell'art. 2112 c.c., risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 18/2001 e dal d. lgs. 276/2003, v. C. CESTER, *Trasferimento d'azienda...*, 505; RUGGIERO, *Trasferimento d'azienda...*, 12; SCARPELLI, *Nuova disciplina ...*, 779; SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'azienda...*; BAGLIONI, *Trasferimento di ramo d'azienda...*, 930; FLAMMIA, *Le modificazioni della disciplina...*, 489

trasferimento d'azienda, offrendo un ulteriore motivo di interesse all'indagine relativa al momento di maturazione del t.f.r.: quest'ultimo, se individuato nella cessazione del rapporto, rende responsabile il solo cessionario; se, viceversa, viene collocato nel corso dello svolgimento del rapporto, rinnova la solidarietà tra cedente e cessionario⁴⁰⁷.

c) L'anticipazione può essere ottenuta una sola volta nel corso del rapporto e in misura comunque non superiore al 70% del trattamento che sarebbe spettato in caso di ipotetica cessazione del rapporto all'atto della richiesta⁴⁰⁸ ovvero delle quote già accantonate e rivalutate in applicazione del tasso introdotto dalla stessa legge n. 297/1982. La misura dell'anticipazione può altresì essere ridotta ove il lavoratore abbia già disposto di una parte della somma tramite cessione o allo scopo di prestare garanzia⁴⁰⁹, ovvero nell'ipotesi in cui l'esigenza indicata dal lavoratore sia inferiore alla causale della richiesta⁴¹⁰. Tuttavia, anche qualora l'anticipazione corrisposta sia di misura inferiore al 70% del t.f.r. maturato, resterà comunque preclusa al lavoratore la possibilità di ottenerne una seconda. Se, poi, l'anticipazione sia utilizzata in misura inferiore o diversa da quanto risulta dalla richiesta o anche in caso di ottenimento della somma con dolosa induzione in errore, sembra ammissibile, secondo la giurisprudenza prevalente, la ripetibilità delle somme eccedenti da parte del datore di lavoro⁴¹¹. La somma

⁴⁰⁷ In giurisprudenza si veda Cass. 3 maggio 2000, n. 5550, in *RGL*, 2001, II, p. 67, con nota di MADERA; nonché, sui risvolti legati al momento di maturazione del diritto, Cass. 9 agosto 2004, n. 15371, in *MGL*, 2004, p. 829; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15687, in *GP*, 2001, p. 150.

⁴⁰⁸ Secondo D'AVOSSA (*Il T.F.R.*, cit., p. 143), nel computo della somma va tenuto conto anche dell'indennità di anzianità maturata al 31 maggio 1982, nonché della rivalutazione degli anni precedenti alla domanda.

⁴⁰⁹ G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento ...*, cit., p. 106.

⁴¹⁰ Pret. Roma 22 ottobre 1982, in *OGL*, 1983, p. 392; diversamente Pret. Firenze 30 marzo 1983, in *GC*, 1983, I, p. 1852, con nota di G. PERA, *Dubbi interpretativi della nuova disciplina delle anticipazioni sul trattamento di fine rapporto*.

⁴¹¹ Pret. Napoli 4 aprile 1986, in *DPL*, 1986, p. 3213 e 24 gennaio 1986, *id.*, p. 1887; G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, cit., p. 219; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine*

anticipata viene detratta dal trattamento dovuto a tutti gli effetti, ivi compresa la rivalutazione delle quote dal cui computo sarà debitamente sottratto l'importo anticipato.

4. Il Fondo di garanzia.

A fronte del rischio di insolvenza del datore di lavoro, la l. 297/1982 ha istituito presso l'INPS un Fondo di garanzia destinato ad erogare il t.f.r. in sostituzione del datore di lavoro in alcune delle ipotesi in cui questi si renda inadempiente. L'istituto rispondeva alla pretesa costituzione, in base alla direttiva n. 80/987/CE, di un sistema di garanzia collettiva in grado di assicurare «il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratto di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione» (art. 3, Dir. n. 80/987/CE), con la funzione, dunque, di «socializzazione del rischio dell'insolvenza» datoriale, attraverso l'accollo dei rischi derivanti dalle lungaggini procedurali e dall'eventuale insufficienza dell'attivo fallimentare⁴¹². Ciò ha indotto a considerare l'attività del Fondo come una forma particolare di tutela previdenziale⁴¹³. Più di recente, però, il legislatore ha attribuito al Fondo

rapporto, cit., p. 101. «L'anticipazione sul trattamento di fine rapporto, quale prevista dall'art. 1, l. 29 maggio 1982, n. 297, concessa dal datore di lavoro per le spese sanitarie che avrebbe dovuto sostenere il lavoratore, ove non sia stata utilizzata (totalmente o parzialmente) per gli scopi per i quali era stata richiesta ed ottenuta, deve essere restituita (in tutto o in parte) al datore di lavoro, unitamente agli interessi legali, che decorrono dalla data fissata per la restituzione dallo stesso datore di lavoro», così Pret. Genova 19 febbraio 1986. In difformità, Pret. Firenze 30 marzo 1983, cit.; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto...*, p. 81.

⁴¹² V. P.G. ALLEVA, *Trattamento...*, cit. p. 59 e G. GIUGNI-R. DE LUCA TAMAJO-G. FERRARO, *Il trattamento...*, cit., p.139.

⁴¹³ Cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, 2001, Padova, p. 570, e, in giurisprudenza, Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in *MGL*, 2006, p. 377, con nota di MANNACIO, secondo cui il diritto del lavoratore nei confronti dell'Inps ha natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale, distinto ed autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro).

di garanzia l'ulteriore funzione di garantire l'anticipazione delle imposte sul trattamento di fine rapporto (art. 2, l. 140 del 1997).

Soggetti destinatari della tutela offerta dal fondo sono tutti i lavoratori subordinati appartenenti al settore privato e agli enti pubblici economici⁴¹⁴; restano esclusi, viceversa, i dipendenti degli enti pubblici non economici e delle pubbliche amministrazioni. Il d. lgs. 186 del 19 agosto 2005 ha inoltre introdotto, in attuazione della Direttiva 2002/74/CE, un comma 4 *bis* nell'art. 2, l. 297/1982, ai sensi del quale godono della tutela offerta dal Fondo di garanzia tutti i lavoratori che hanno svolto abitualmente la propria attività lavorativa in Italia, anche nel caso in cui il datore di lavoro eserciti attività di impresa anche in altri stati membri dell'UE e sia interessato da una procedura concorsuale in un stato diverso.

Il lavoratore potrà rivolgersi al Fondo di garanzia, *ex art.* 2, l. 297/1982, qualora il datore di lavoro sia interessato da fallimento (c. 2), concordato preventivo (c. 3), liquidazione coatta amministrativa (c. 4), nonché, ad opera del d. lgs. 270 del 1999, nel caso in cui l'impresa versi in amministrazione straordinaria, mentre continua a restare esclusa dalla gamma delle fattispecie "assistite" dal Fondo di garanzia, l'amministrazione controllata, che presuppone non l'insolvenza ma soltanto lo stato di «temporanea difficoltà» dell'impresa nell'adempimento delle proprie obbligazioni⁴¹⁵. In tutte le ipotesi menzionate, il lavoratore ha l'onere di insinuare nella procedura concorsuale l'accertamento relativo all'esistenza e all'ammontare del proprio credito. Decorsi 15 giorni dal deposito dello stato passivo o della sentenza di omologazione (termine che decorre, in

⁴¹⁴ Per i soci lavoratori di cooperative, si veda la pronuncia della Corte costituzionale del 20 luglio 1995, n. 334 (in *LG*, 1996, p. 235).

⁴¹⁵ V. A. LEPORE, *Il fondo di garanzia per il t.f.r.*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., p. 81.

caso di opposizione o impugnazione, dal deposito della sentenza che decide su di esse), il lavoratore può presentare la propria domanda al Fondo di garanzia⁴¹⁶.

Il quinto comma dell'art. 2, l. 297/1982 estende la garanzia del Fondo altresì alle ipotesi di inadempimento diverse dall'insolvenza, «sempreché, a seguito dell'esperimento della esecuzione forzata, ...le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti», offrendo tutela, in tal modo, anche ai lavoratori dipendenti da piccole imprese, non soggette a procedure fallimentari. In tal caso il lavoratore può presentare domanda per ottenere il pagamento del t.f.r. al Fondo di garanzia all'esito, parzialmente o totalmente negativo, dell'esperimento di una seria ed adeguata procedura di esecuzione forzata sui beni dell'impresa insolvente, senza dover compiere ulteriori attività di ricerca di beni mobili o immobili in luoghi di nascita o residenza del datore di lavoro, diversi da quello in cui ha sede l'impresa⁴¹⁷.

La giurisprudenza, infine, si è preoccupata di estendere la possibilità di ricorso al Fondo di garanzia ai dipendenti del datore di lavoro interposto, nonostante sia noto che, nell'ipotesi di interposizione illecita, i prestatori di lavoro sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'interposto⁴¹⁸.

Il Fondo - che è interamente finanziato dalle imprese mediante versamento, per ciascun dipendente, di un contributo di aliquota inizialmente pari allo 0,03 % della retribuzione e progressivamente modificata «al fine di assicurare il pareggio della gestione» (art. 2, c. 8, l. 297/1982) - provvede, entro sessanta giorni dalla richiesta, al pagamento della somma, della rivalutazione monetaria e

⁴¹⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 21 marzo 2000, n. 3340, in *DPL*, 2000, p. 791.

⁴¹⁷ cfr. Cass. 7 luglio 2005, n. 14282, in *RIDL*, 2006, II, p. 426; Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848, in *OGI*, 2004, p. 180 e in *NGL*, 2002, p. 380. *Contra*, sulla necessità che il lavoratore utilizzi tutti i mezzi a sua disposizione per il soddisfacimento del proprio credito, anche in cumulo tra loro, v. Cass. 11 luglio 2003, n. 10953, in *NGL*, 2004, p. 102, Cass. 28 marzo 2003, n. 4783, in *NGL*, 2003, p. 627.

⁴¹⁸ Cass. 3 marzo 2001, n. 3096, in *RIDL*, 2001, II, p. 699, con nota di G. SYLVAIN NADALET.

degli interessi legali fino all'effettivo pagamento⁴¹⁹. Il riferimento al lavoratore o ai suoi aventi diritto (c. 7) consente, inoltre, di estendere la garanzia del Fondo anche all'indennità a causa di morte di cui all'art. 2122 c.c.⁴²⁰. Con il versamento della somma, il Fondo si surroga al lavoratore nel privilegio spettante sul patrimonio del datore di lavoro ai sensi degli artt. 2751 *bis* e 2776 c.c..

⁴¹⁹ Cfr. v. Cass. 15 maggio 2003, n. 7604, in *Rep.FI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1863; Cass. S. U., 26 settembre 2002, n. 13988, in *Rass.Giur.Lav.*, 2002, II, p. 807, ma si veda altresì C. cost. 2 novembre 2000, n. 459, in *MGL*, 2001, p. 468, sulla illegittimità dell'art. 22, c. 36, l. 23 dicembre 1994, n. 724

⁴²⁰ A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori...*, op. cit., p. 384.

CAPITOLO IV

IL CONFERIMENTO DEL T.F.R. ALLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE NEL D. LGS. 252 DEL 5 DICEMBRE 2005

1. Premessa.

Alla fine degli anni '60 l'Italia conosceva un unico sistema previdenziale pubblico, c.d. a ripartizione, in cui i contributi versati dalla popolazione lavoratrice in un dato momento storico venivano immediatamente utilizzati per pagare le pensioni al contempo erogate ai lavoratori a riposo. Il sistema a ripartizione si basava, dunque, su una sorta di patto intergenerazionale, siglato dall'implicita garanzia, offerta dallo Stato, che le generazioni lavorativamente e contributivamente attive avrebbero goduto, in futuro, dei medesimi benefici⁴²¹. Quanto all'ammontare dei trattamenti pensionistici, risale ancora alla fine degli anni '60 l'adozione del criterio c.d. retributivo che si basava sulla commisurazione della pensione all'anzianità di lavoro e alle ultime retribuzioni percepite. Il sistema garantiva una prestazione pensionistica quasi allineata all'ultima retribuzione percepita dal lavoratore, consentendogli un tenore di vita non dissimile da quello goduto all'esito della carriera lavorativa. D'altra parte, tale criterio di computo comportava notevoli oneri a carico della previdenza pubblica a causa della sua evidente discrasia rispetto al meccanismo di

⁴²¹ Si veda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005.

finanziamento a ripartizione: vi era, infatti, una netta disparità tra l'ammontare contributivo corrisposto dai lavoratori giovani, ai loro primi anni di attività, e il livello delle prestazioni contestualmente erogate ai pensionati, significativamente più alto perché commisurato all'ultima retribuzione, percepita il più delle volte, all'apice della carriera e dell'avanzamento retributivo.

L'avvento della crisi economica conosciuta, negli anni a venire, dal nostro come da molti altri paesi industrializzati, in una con un insieme di altri fattori, ha reso ben presto insostenibili gli oneri gravanti sul sistema previdenziale pubblico: l'aumento della disoccupazione, il calo demografico e il contestuale allungamento dell'aspettativa di vita hanno ulteriormente acuito lo squilibrio tra risorse in entrata e prestazioni in uscita e richiesto un intervento del legislatore finalizzato al risanamento del sistema. In seguito, il fallimento dei molteplici tentativi, messi a punto dal legislatore, per bonificare la cassa previdenziale pubblica ha messo definitivamente in crisi quel genuino patto intergenerazionale, che per molti anni aveva accompagnato, con (apparente) equilibrio, il ricambio di forze all'interno del mercato del lavoro, suggerendo, con crescente urgenza, l'adozione di un sistema che inducesse ciascun lavoratore ad occuparsi in maniera diretta di almeno una parte delle proprie risorse pensionistiche. Si rendeva indispensabile una ristrutturazione del sistema previdenziale pubblico su basi diverse (realizzata, tra l'altro, l'introduzione del sistema c.d. contributivo, in base al quale l'ammontare del trattamento pensionistico veniva commisurato all'entità della contribuzione versata per il lavoratore) e, al tempo stesso, la valorizzazione della previdenza privata, già nota *sub specie* di strumento pensionistico integrativo di matrice sindacale-collettiva.

La mappatura normativa della materia mostra, *a posteriori*, un preciso disegno finalizzato ad incentivare, in maniera graduale e crescente, il ricorso a forme

pensionistiche (in seguito definite) complementari, a tutt'oggi suggerito come facoltativo e discrezionale, ma probabilmente destinato in prospettiva a divenire oggetto di un preciso obbligo "assicurativo". Difatti, la fortissima attenzione popolare alla gestione del *welfare* e la "(mala)educazione" assistenzialistica in materia, scongiavano – specie all'esito di continui quanto insufficienti ampliamenti dell'imponibile contributivo – una brusca *diminutio* delle garanzie previdenziali pubbliche, che sarebbe stata senz'altro foriera di contestazioni e malcontento, scontrandosi con l'innegabile inclinazione governativa nostrana alla c.d. politica del consenso. Sicché, forte di tale consapevolezza, con i primi organici interventi normativi in materia, il legislatore offriva la "opportunità" di aderire alla previdenza complementare con l'aspettativa che quest'ultima conoscesse una vasta diffusione sociale, funzionale al perseguimento dei fini dell'ordinamento⁴²².

Con d. lgs. 124 del 1993, dando attuazione alla delega contenuta nella legge n. 421 del 1992, all'art. 3, comma 1, lett. v), il governo "disciplinava le forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio pubblico, al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale" (art. 1). Prendeva forma, così, il sistema previdenziale c.d. multipilastro nell'ambito del quale la previdenza obbligatoria pubblica (c.d. primo pilastro) può (ma, in prospettiva, presumibilmente dovrà) essere integrata da altri strumenti pensionistici quali le prestazioni erogate dai fondi di previdenza complementare (c.d. secondo pilastro) e la pensione integrativa individuale, frutto degli investimenti effettuali dal singolo individuo a scopo previdenziale (c.d. terzo pilastro).

⁴²² Cfr. D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., p. 124.

Un contributo alla causa veniva offerto sia dai giudici di legittimità sia dalla Corte costituzionale che nell'ultimo decennio hanno contribuito al progressivo accostamento funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare.

Con la più recente riforma della materia (ex d. lgs. n. 252 del 2005), il legislatore ha tentato di formalizzare la suddetta "funzionalizzazione", non risolvendo, tuttavia, le ambiguità qualificatorie che accompagnano la previdenza complementare sin dall'avvento della Carta costituzionale e alle quali si dedicherà un breve cenno oltre.

Con la riforma in parola, il legislatore ha preso atto - nonostante i precedenti interventi legislativi contenessero svariati elementi di incentivazione - della limitata diffusione delle forme pensionistiche complementari ed ha cercato di porvi rimedio individuando nel trattamento di fine rapporto lo strumento elettivo di finanziamento dei fondi privati, modificandone la natura retributiva di compenso *una tantum* in risorsa destinata ad alimentare i suddetti fondi in vista di un trattamento pensionistico attribuito all'aderente alla fine della vita lavorativa.

Tale scelta è stata subito osteggiata dai diretti destinatari che, nella fase di gestazione normativa, hanno tentato di impedire che la riforma venisse alla luce con le prospettate fattezze: da un lato, i lavoratori si vedevano spossessati di un emolumento retributivo, il t.f.r., di propria spettanza e che, seppur differito quanto all'erogazione, costituiva in ogni caso un capitale di sicuro percepimento⁴²³ al momento della cessazione del rapporto; dall'altro lato gli imprenditori si vedevano spossessati, per il futuro, di somme, spesso ingenti, tradizionalmente lasciate alla loro disponibilità e che per alcuni di essi costituivano altresì un'importante fonte di autofinanziamento. Ciononostante, le

⁴²³ Anche grazie alla garanzia offerta dal Fondo di garanzia per il t.f.r. istituito dalla legge n. 297 del 1982; garanzia che non è altrettanto rinvenibile nella disciplina normativa dei fondi di previdenza complementare.

forze di governo uscivano dal braccio di ferro, condotto specialmente con gli industriali, concedendo, in cambio del sacrificio economico inferto, benefici in materia fiscale e ipotesi di vantaggi in tema di accesso al credito. Ai lavoratori è stata lasciata, invece, la possibilità di scegliere liberamente tra l'adesione alla previdenza complementare e la conservazione del tradizionale emolumento di fine rapporto: una libertà che, tuttavia, si rivela di poca sostanza dal momento che il legislatore ha affidato la diffusione delle forme pensionistiche complementari, tra l'altro, al discusso strumento del silenzio-assenso, persuadendo il cittadino-lavoratore di avervi volontariamente aderito mediante la manifestazione di un implicito (*id est* tacito) consenso.

Si delineano, così, in maniera ormai chiara, gli obiettivi di politica del *welfare* perseguiti dalla riforma attraverso la forzosa diffusione della previdenza privata e diventa più facile immaginare che, in un futuro non troppo lontano, la previdenza complementare potrebbe, come si è accennato, divenire oggetto di un preciso obbligo assicurativo. Basti pensare, in via esemplificativa, alle forme di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli: allo stesso modo il legislatore potrebbe domani imporre a tutti i cittadini, nel perseguimento dell'interesse generale alla liberazione dagli stati di bisogno, la sottoscrizione di una forma di previdenza complementare, formalizzando l'incapacità dello Stato di adempiere al compito (attribuitogli dall'art. 38, comma 2° della Costituzione) di garantire le prestazioni pensionistiche "adeguate" a soddisfare il predetto interesse. D'altra parte, la paventata obbligatorietà della previdenza complementare le offrirebbe finalmente una chiara qualificazione, risolvendo quella atavica ambiguità che rende ancora oggi difficile la collocazione giuridica e costituzionale della previdenza complementare e la verifica del conseguente rapporto intercorrente tra la stessa e la previdenza pubblica obbligatoria.

La risoluzione della questione, peraltro, rivela una particolare importanza anche ai fini della presente ricerca: se si ritiene⁴²⁴, infatti, che l'eventuale devoluzione del trattamento di fine rapporto ai fondi di previdenza complementare attribuisca all'istituto carattere prettamente previdenziale, si impone all'interprete, quale ulteriore piano di analisi, la determinazione della natura, pubblica o privata, delle forme pensionistiche alle quali il trattamento accede. Ciò consentirebbe di stabilire, infatti, se le quote accantonate di t.f.r. e devolute ai fondi pensionistici abbiano altresì mutato la propria natura da privata in pubblica, in quest'ultimo caso trasformandosi in contributi previdenziali assimilabili a quelli cc.dd. obbligatori con tutte le conseguenze del caso. Proviamo, allora, a ricostruire sommariamente le tappe più significative della *querelle* dottrinale e giurisprudenziale che ha animato, nel tempo, questa complessa ed articolata problematica, dovendosi necessariamente rinviare, per l'approfondimento relativo a ciascuna di esse, a più ampi spazi di indagine.

2. La natura della previdenza complementare (cenni).

a) Le prime forme di previdenza di matrice privatistica furono realizzate alla fine dell'800 mediante la costituzione di società cc.dd. di mutuo soccorso o mutue assicuratici, che rappresentarono, peraltro, una delle prime "creazioni" del nascente movimento sindacale. Le "mutue", interamente regolata per via contrattuale, erano espressione di una solidarietà limitata ai datori di lavoro e ai lavoratori, basate su un complesso di rapporti analoghi a quelli assicurativi (ma molto meno costosi e, dunque, più accessibili), che legavano contributi e prestazioni previdenziali in una stretta relazione di corrispettività. La finalità perseguita consisteva nella realizzazione di una tutela, inizialmente riservata ai lavoratori subordinati e poi gradualmente estesa a tutti i produttori di reddito, di

⁴²⁴ Cfr. capitolo I, par. 2.4.

fronte a situazioni di bisogno causate da una sopravvenuta menomazione della capacità lavorativa e/o di produzione della ricchezza⁴²⁵.

Anche le prime forme di previdenza obbligatoria⁴²⁶, del resto, perpetrarono questo regime: la previdenza pubblica, infatti, nelle sue prime declinazioni, non perseguiva l'interesse pubblico generale, bensì gli interessi delle categorie dei lavoratori e dei datori di lavoro nell'ambito di una solidarietà sempre limitata alla logica del rapporto di lavoro⁴²⁷. Nel sistema corporativo, dunque, sebbene convivessero due tipologie di previdenza, una pubblica statale e l'altra privata sindacale, esse perseguivano sostanzialmente i medesimi obiettivi: la distinzione andava rinvenuta, piuttosto, nella valutazione compiuta dall'ordinamento in ordine alla necessità di dare soddisfazione a determinati interessi invece che ad altri, interessi soltanto i quali divenivano oggetto della previdenza pubblica c.d. obbligatoria.

Solo con l'avvento della Costituzione repubblicana il "sistema previdenza sociale" esce dai binari produttivo-lavoristici e si estende all'intera collettività, attraverso l'individuazione nella cittadinanza dell'unico titolo necessario per accedere alle relative prestazioni. In particolare, la "nuova" previdenza costituzionalizzata persegue la soddisfazione, immediata e diretta, dell'interesse pubblico a che, mediante il ricorso alla solidarietà generale (art. 2 Cost.) siano garantite a tutti i cittadini le condizioni economiche e sociali indispensabili per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3 Cost.): la relativa tutela diviene, in altre parole, «espressione di una solidarietà estesa a tutti i cittadini, la

⁴²⁵ Cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, p. 3.

⁴²⁶ La prima forma di previdenza obbligatoria (ma ancora limitata agli operai e, solo successivamente, estesa agli impiegati appartenenti ad una bassa fascia reddituale) fu istituita con d. lgs. n. 603/1919 che introduceva la obbligatorietà della tutela per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

⁴²⁷ La XXVI disposizione della Carta del Lavoro chiarisce infatti che la realizzazione della tutela previdenziale è «compito delle categorie» e veniva realizzata sulla base di quella rigorosa corrispettività cui si è accennato tra contribuzione e successiva erogazione della prestazione.

cui realizzazione corrisponde alla soddisfazione di tutta la collettività»⁴²⁸. Tant'è che l'art 38 della Carta costituzionale attribuisce ad «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato» (comma 4°) il compito di garantire ai cittadini⁴²⁹ «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita» (comma 2°), mentre lascia le residue aree di previdenza alla libera iniziativa privata (comma 5°). Il disegno costituzionale contempla, quindi, diversamente dal sistema corporativo, due diversi sistemi previdenziali, quello pubblico e quello privato, distinti sia quanto alla struttura che quanto alla funzione e agli interessi perseguiti: da un lato, la previdenza pubblica, c.d. obbligatoria, destinata a realizzare l'interesse pubblico generale e basata sulla obbligatorietà e sulla necessità della tutela; dall'altro lato, la previdenza privata che, essendo funzionale alla realizzazione di interessi esclusivamente privati, individuali o collettivi, «è volontaria e, quindi, eventuale»⁴³⁰.

⁴²⁸ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2003, p. 4.

⁴²⁹ In realtà il dettato costituzionale stabilisce, ai commi 1° e 2°, che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» e che «i lavoratori hanno diritto a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». La norma contiene una distinzione tra cittadini e lavoratori, coerentemente alla distinzione, di origine corporativa, tra assistenza e previdenza sociale laddove la prima «assolveva ad una generica funzione di tutela degli indigenti e costitutiva espressione di una solidarietà... limitata alle disponibilità degli enti erogatori», mentre la seconda assolveva alla »specifica funzione di tutela dei lavoratori in quanto espressione di una solidarietà imposta esclusivamente ai datori di lavoro» (M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2003, p. 26). E tuttavia la migliore dottrina rileva che la stessa Costituzione repubblicana accoglie al contempo i più ampi principi della sicurezza sociale che, trovando attuazione «in quel complesso sistema attraverso il quale la pubblica amministrazione (realizza) il fine pubblico della solidarietà con l'erogazione di beni e di servizi ai cittadini che si trovano in condizioni di bisogno», conduce necessariamente ad un superamento della tradizione distinzione tra assistenza e previdenza sociale, dovendosi ritenere che l'art. 38 Cost. riguardi «allo stesso modo e allo stesso titolo, tanto i cittadini lavoratori che i cittadini in genere» (M. PERSIANI, *op. loc. cit.*, p. 26-27).

⁴³⁰ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, Relazione svolta in occasione delle Giornate di studio AIDLASS, Ferrara 11-13 maggio 2000, che leggo in *La previdenza complementare*, Cedam, Padova, 2008, p. 8. Cfr. inoltre G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *ADL*, 2006, p. 313 ss.

All'entrata in vigore della Costituzione non è seguita, tuttavia, la realizzazione di un coerente progetto di riforma che regolasse *ex novo* gli istituti previdenziali alla luce dei principi enunciati dalla Carta; di conseguenza, le principali forme di tutela previdenziale hanno conservato una disciplina almeno in parte corporativa. Ben si comprende, allora, la forte ambiguità che caratterizza l'intero sistema italiano di previdenza sociale, diviso tra norme di matrice corporativa e disposizioni di ispirazione costituzionale.

Ciononostante, fino alla fine degli anni '60 il sistema previdenziale pubblico si è sufficientemente adeguato al dettato costituzionale, limitandosi a garantire, nel rispetto dell'art. 38, 2° comma, «i mezzi essenziali alla liberazione dal bisogno»⁴³¹, peraltro contemplando un tetto massimo di pensione e commisurando le relative prestazioni esclusivamente a quanto versato nell'arco della vita lavorativa dal contribuente. Lo stesso sistema, però, rimasto strutturalmente immutato rispetto al periodo corporativo, finì per rivelarsi scarsamente efficiente in ragione non solo delle limitate risorse disponibili, ma soprattutto dell'intervenuta estensione del relativo ambito di tutela che, dagli originari confini corporativamente collegati all'esistenza di un rapporto di lavoro, si ampliava verso l'intera cittadinanza repubblicana. Di conseguenza coloro che potevano permetterselo continuarono a coltivare forme di previdenza privata, volte, almeno tendenzialmente, alla conservazione del tenore di vita raggiunto con l'attività lavorativa. Proprio per il soddisfacimento di tale interesse, nascevano, quale naturale evoluzione delle mutue assicuratrici di epoca corporativa, le prime forme di previdenza integrativa, istituite mediante accordi sindacali, aziendali o di categoria, e finanziate attraverso la destinazione ad esse di una quota della retribuzione. Il fenomeno, del tutto privo di regolamentazione e riferimenti normativi, si sviluppò in sede contrattuale, attraverso «la creazione di una solidarietà collettiva per far fronte agli eventi che

⁴³¹ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 12.

possono provocare situazioni di bisogno socialmente rilevanti in alcuni dei compartecipi»⁴³².

La matrice collettiva di queste forme di «previdenza sindacale»⁴³³ e dei bisogni al soddisfacimento dei quali erano volte, parallela rispetto alla portata generale delle finalità perseguite dal sistema di previdenza pubblica, comportò l'identificazione della previdenza integrativa (o complementare) con tali regimi pensionistici aziendali, ormai del tutto distinta dalle altre forme di previdenza privata.

b) Intanto, a partire dalla fine degli anni '60, il legislatore si è progressivamente discostato dal “progetto” costituzionale, assegnando al sistema previdenziale pubblico funzioni ulteriori rispetto alla sola “liberazione dal bisogno”, con l'ambizioso miraggio di creare una mutualità pubblica di consistenza tale da garantire al lavoratore il tenore di vita raggiunto all'esito della propria carriera, parametrandone il relativo trattamento pensionistico all'ultima retribuzione percepita.

L'operazione si traduceva in un improprio ampliamento del concetto di “adeguatezza” (ex art. 38, comma 2°, Cost.) dei trattamenti volti a garantire la liberazione dagli stati di bisogno; parallelamente, si attenuava il ricorso alla previdenza privata, resa pressoché inutile, specie per i lavoratori delle fasce di reddito più basse, in ragione proprio del notevole aumento dei trattamenti pensionistici pubblici⁴³⁴.

⁴³² R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *QDLRI*, 3, 1988, p. 70.

⁴³³ La definizione è di M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, in *La previdenza complementare*, Cedam, 2007, p. 41, nonché ID, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *La previdenza ...*, op. loc. cit., p. 141 ss..

⁴³⁴ Già la previdenza del pubblico impiego svolgeva una funzione analoga in ragione della concezione, ormai superata, che il pubblico impiego non si estingue con il collocamento a riposo e, di conseguenza, la pensione dell'impiegato doveva essere considerata alla stregua della retribuzione vera e propria.

L'ingiustificata estensione dell'area di tutela affidata alle casse pubbliche, ben oltre quei bisogni considerati "tipici" della generalità dei soggetti protetti, apriva, per altro verso, una illimitata caccia a nuove fonti di finanziamento della previdenza obbligatoria chiamata a sostenere livelli di spesa in crescita esponenziale⁴³⁵. La prima e più semplice fonte di incremento delle casse statali di previdenza era costituita dal gettito contributivo, il cui innalzamento, però, richiedeva la individuazione di nuove basi imponibili. Così, all'inizio degli anni '80, gli enti previdenziali pretesero di assoggettare a contribuzione obbligatoria anche le somme versate dai datori di lavoro per il finanziamento di regimi di previdenza aziendale. In particolare, si richiamava l'art. 12 della legge n. 153 del 30 aprile 1969, che considerava i suddetti contributi datoriali come somme erogate ai lavoratori "in dipendenza" del rapporto, sicché, offrendone una qualificazione sostanzialmente retributiva (o equiparabile, dal punto di vista strutturale alla retribuzione), si pretendeva che tali somme fossero assoggettate a contribuzione come qualsiasi altra voce salariale. L'opzione normativa adottata produceva, tuttavia, un innegabile attrito tra la previdenza pubblica e quella privata: l'individuazione, quale nuova base imponibile, del finanziamento alle forme pensionistiche integrative, da un lato aumentava gli oneri finanziari a carico dei datori di lavoro che avevano accettato di istituire tali fondi e di finanziarli, e, dall'altro lato, si poneva in aperto contrasto con la libertà costituzionalmente garantita alla previdenza privata (art. 38 ultimo comma, Cost.), nonché con il principio che incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme (art. 47 Cost.). Difatti, se le somme versate ai fondi integrativi di previdenza aziendale venivano considerate contributi previdenziali, versati, anziché alle casse pubbliche, ad una cassa privata, l'assoggettamento delle

⁴³⁵ Cfr. M. PERSIANI, *La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, in *INPDAP*, 1994, p. 273 ss., nonché in *La previdenza complementare*, cit., p. 59 ss.

medesime somme a contribuzione obbligatoria non poteva che apparire come «l'irrazionale imposizione di un “contributo sul contributo”»⁴³⁶.

Sul punto, la dottrina si divide in maniera netta:

- secondo alcuni, la previdenza integrativa, munita dei connotati essenziali della solidarietà collettiva o della mutualità, sarebbe finalizzata a soddisfare bisogni potenzialmente riguardanti tutti gli appartenenti ad un gruppo e dotati, quindi, del carattere «della rilevanza sociale»⁴³⁷. Sicché le due forme di previdenza, quella pubblica e quella integrativa, concorrerebbero entrambe a garantire quella «prestazione adeguata»⁴³⁸ la cui realizzazione è affidata viceversa, nel disegno del Costituente, esclusivamente ad «organi e istituti predisposti o istituiti dallo Stato» (art. 38, 4° comma, Cost.). Questa complementarietà di funzioni, oltre che di prestazioni, della previdenza integrativa sindacale rispetto a quella pubblica rendeva ingiustificabile l'assoggettamento dei relativi finanziamenti a contribuzione pubblica. - secondo altra parte della dottrina, invero minoritaria⁴³⁹, la previdenza integrativa-sindacale andrebbe ricondotta all'ultimo comma dell'art. 38 Cost. in ragione degli interessi squisitamente privatistici da essa perseguiti. Tesi, quest'ultima, certamente più persuasiva per ragioni di «coerenza» rispetto al disegno costituzionale poiché «se si riconosce che la conservazione del tenore di vita raggiunto al momento della pensione non può rientrare nel novero degli interessi pubblici, ne consegue che il suo soddisfacimento non può che essere affidato ad un'iniziativa volontaria, e cioè

⁴³⁶ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, op. cit., p. 12.

⁴³⁷ Cfr. R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 70.

⁴³⁸ R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, cit., p. 63.

⁴³⁹ Così M. PERSIANI, *Retribuzione e previdenza secondo legge e contratto*, in *GI*, 1984, I, 1, c. 8 e ID, *Retribuzione, previdenza privata e previdenza pubblica*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989; M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989, pp. 26-36; M. GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *DL*, 1990, I, p. 95 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Qualificazione e interpretazione del contratto collettivo istitutivo di un fondo di previdenza complementare*, in *L'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *NGL (I saggi de)*, Roma, 1999, p. 149 ss.

facoltativa, come la previdenza integrativa»⁴⁴⁰. In quest'ottica, peraltro, le prestazioni erogate dai regimi di previdenza complementare risultavano del tutto assimilabili dal punto di vista funzionale all'indennità di anzianità e al trattamento di fine rapporto, costituendo anch'esse una forma di retribuzione differita con funzione previdenziale⁴⁴¹: la disciplina del t.f.r. ne offrirebbe un'implicita conferma dal momento che essa contempla la possibile erogazione del trattamento mediante prestazioni periodiche e, dunque, in forma pensionistica (cfr. art. 3, l. 297/1982). Sicché, anche secondo i fautori di questo diverso orientamento, le forme di previdenza integrativa dovrebbero andare esenti da contribuzione previdenziale per analogia rispetto alla citate indennità di fine lavoro, sottratte alla contribuzione obbligatoria da apposite norme di legge (si fa riferimento al già citato art. 12, della l. 153 del 1969, che al n. 3 del 2° comma e al 4° comma dello stesso articolo, poi modificato dal d. lgs. 314/1997, conteneva la suddetta liberatoria).

La giurisprudenza, dal canto suo, ha a lungo sostenuto la natura retributiva dei finanziamenti alle forme pensionistiche private – financo attribuendo, a taluni regimi di previdenza aziendale, una finalità integrativa dei trattamenti di fine rapporto⁴⁴² -, e ne ha corrispondentemente affermato la assoggettabilità alla contribuzione obbligatoria, rifiutando di attribuire rilevanza alla funzione previdenziale assolta da quelle “porzioni di retribuzione”⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995, specialm. p. 67 ss.

⁴⁴¹ In tal senso si è pronunciata la cassazione con sentenza n. 974 del 1° febbraio 1997.

⁴⁴² «Non si tratta dunque di un fondo di previdenza integrativa in senso tecnico, avente funzione complementare dei trattamenti pensionistici erogati dalla previdenza pubblica, ma piuttosto di un fondo integrativo del trattamento di fine rapporto, corrisposto dal datore di lavoro, il quale può chiamarsi “fondo di previdenza” solo nel senso in cui il trattamento di fine rapporto si definisce come retribuzione differita in funzione previdenziale», così Corte cost., 3 ottobre 1990, n. 427, in *OGI*, 1991, p. 220, con nota di DE LUCA TAMAJO e in *RIDL*, 1991, II, p. 239 con note di TOSI E REALMONTE).

⁴⁴³ «Un conto individuale, integrante, insieme con l'indennità di anzianità, il trattamento di quiescenza e costituito da versamenti mensili in parte del datore e in parte del prestatore di

Così, quando, con un isolato intervento, la Corte di Cassazione sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153⁴⁴⁴, la Consulta si espresse negativamente concludendo che sebbene la previdenza integrativa dovesse essere incoraggiata, anche in ossequio alle indicazioni fornite all'epoca dalla Comunità economica europea, tuttavia «il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) non consente che il suo finanziamento, soprattutto se alimentato da redditi medio-alti, sia interamente esentato da contribuzione alla previdenza pubblica»⁴⁴⁵.

c) Tale orientamento fu superato solo dall'intervento del legislatore che, con legge n. 166 del 1991 (il cui regime è stato poi modificato dal successivo d. lgs. 124 del 1993), escluse i finanziamenti alla previdenza privata dall'imponibile contributivo, ma, contestualmente gravò le medesime somme di un c.d. "contributo di solidarietà", pari al 10%, ad esclusivo carico dei datori di lavoro finanziatori dei regimi pensionistici aziendali. Tale contributo era destinato esclusivamente, nel rispetto altresì dell'orientamento appena manifestato dalla Consulta, al perseguimento di interessi pubblici e imposto in attuazione del

lavoro, non ha carattere assistenziale, nè previdenziale, ma retributivo» (cfr. Cass., S.U., n. 3850 del 1975 e, n. 1717 del 1984; nonchè, Cass. n. 5980 del 1978 e n. 1136 del 1974). Deve darsi atto tuttavia del fatto che la giurisprudenza non produsse un orientamento unitario in tal senso, mostrandosi, viceversa, piuttosto oscillante in punto di qualificazione dei suddetti contributi. Sono recenti alcune pronunce con cui la Corte di Cassazione qualifica i versamenti dei datori ai fondi come «contributi di natura previdenziale, come tali estranei alla nozione di retribuzione imponibile» (così Cass. 7 novembre 2005, n. 21473, in *PAPP*, 2006, p. 115, con nota di FRAIOLI, *Natura delle contribuzioni versate dai datori di lavoro ai fondi di previdenza complementare*). Si vedano inoltre in relazione alla incidenza di tali somme su altri istituti retributivi i contrastanti approdi raggiunti da Cass. 17 gennaio 2006, n. 783, in *ADL*, 2006, p. 610, con nota critica di GAMBACCIANI; Cass. 17 gennaio 2006, n. 783, commentata congiuntamente a Trib. Perugia 31 gennaio 2006, da TURSI, *La questione ancora aperta della commutabilità ai fini del t.f.r. del contributo del datore di lavoro a Fondi di previdenza complementare*, in *RIDL*, 2006, II, p. 701; nonché Trib. Roma 17 marzo 2005, in *NGL*, 2005, p. 246; Trib. Bologna 10 febbraio 2005, *ivi*, 2005, p. 536.

⁴⁴⁴ Con l'ordinanza n. 208 del 28 marzo 1990.

⁴⁴⁵ Corte cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.

principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.. Così, in maniera coerente e parallela rispetto al *révirement* normativo, anche i giudici della Corte costituzionale capovolsero il proprio orientamento in merito alla qualificazione giuridica dei finanziamenti ai regimi pensionistici aziendali, affermando che questi «non possono più definirsi “emolumenti retributivi con funzione previdenziale”, ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale»⁴⁴⁶.

Nasceva, così, una nuova idea di previdenza privata, non più intesa soltanto come una modalità di risparmio liberamente adottata dal singolo cittadino-lavoratore, nell'esercizio della libertà sancita dall'ultimo comma dell'art. 38 Cost., bensì come una forma di sostegno “complementare” al sistema pensionistico pubblico.

In altre parole sembra che il legislatore, consapevole della crescente incapacità del sistema previdenziale pubblico di far fronte alle esigenze pensionistiche della popolazione, abbia recuperato quella concezione corporativa della

⁴⁴⁶ Corte cost. n. 421/1995, in *RIDL*, 1996, II, p. 7 con nota di G. PERA, *Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale*; in *GI*, 1996, I, c. 290, con nota di P. BOZZAO, *Previdenza complementare: la Corte costituzionale torna sulla questione del «contributo sul contributo»*; in *GC*, 1996, I, p. 663, con nota di GIUBBONI e in *LG*, 1997, p. 233 ss., con nota di TRANQUILLO. Nel 1995, nel corso di un giudizio riguardante la legittimità della seconda parte dell'art. 9 della l. 166/1991, la stessa Corte sollevò d'ufficio, dinnanzi a sé stessa, un'ulteriore questione di legittimità relativa alla prima parte del medesimo art. 9 nella parte in cui, interpretando l'art. 12 della legge n. 153 del 1969, escludeva i datori di lavoro sia dalla contribuzione previdenziale sia dal versamento di un contributo di solidarietà in relazione ai finanziamenti erogati prima del 1991. Con la citata sentenza n. 421 dell'8 settembre 1995, la Corte ritenne fondata la questione, affermando che il legislatore avrebbe dovuto imporre, per gli anni fino al 1991, una «contropartita analoga al contributo di solidarietà imposto per il futuro». Sulla base di tali “indicazioni”, il legislatore, in deroga al regime della prescrizione dei crediti previdenziali, con legge n. 662/1996 impose un contributo di solidarietà anche sui finanziamenti alla previdenza integrativa realizzati tra il 1 settembre 1985 e il 30 giugno 1991 (per un rapido ma efficace *excursus* su tali vicende, si veda M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit., p. 13 ss.). Anche tale disciplina è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che l'ha dichiarata legittima con sentenze 8 giugno 2000, n. 178, in *NGL*, 2000, p. 504; 28 luglio 2000, n. 3939, *ivi*, 2000, p. 794; 16 aprile 2002, n. 121, *ivi*, 2002, p. 402.

previdenza privata attribuendole una «posizione ancillare»⁴⁴⁷ rispetto a quella pubblica.

È bene, allora, ribadire, che la Carta costituzionale, dichiarando la libertà della assistenza privata (art. 38, ultimo comma), sembra andare in tutt'altra direzione e fondare, piuttosto, il sistema sulla «necessaria autonomia dell'una rispetto all'altra»⁴⁴⁸ forma di previdenza. Autonomia che vuol dire, nel rispetto del disegno costituzionale, impossibilità di interferenza tra le due aree di previdenza, anche qualora la colleganza si traduca in una sott'ordinazione del sistema privato rispetto a quello pubblico, per esempio mediante l'imposizione al primo di un contributo di solidarietà da corrispondere in favore del secondo: proprio perché separate e distinte sotto ogni profilo, le due forme di previdenza non potrebbero instaurare alcuna relazione gerarchica tra loro. Senza dimenticare, poi, che l'eventuale finanziamento di forme pensionistiche private non sottrae i relativi finanziatori alla solidarietà generale oggetto dell'inderogabile dovere di cui all'art. 2 Cost.: i datori di lavoro continuano a versare alle casse pubbliche i contributi obbligatori nel rispetto delle norme che realizzano il suddetto principio di solidarietà generale, e, al contempo, finanziano la previdenza integrativa in adempimento degli obblighi contrattualmente assunti nei confronti dei propri dipendenti.

d) Dopo aver a lungo ignorato il fenomeno della previdenza privata se non sotto i cennati profili contributivi, il legislatore interveniva in materia, anche in ragione della crisi finanziaria, che, investendo ormai appieno il sistema previdenziale pubblico, imponeva la rimodulazione di quel concetto – impropriamente ampliato in epoca post repubblicana - di “adeguatezza” della

⁴⁴⁷ Cfr. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *ADL*, 2001, 3, p. 715 ss., nonché in ID, *La previdenza complementare*, cit., p. 147.

⁴⁴⁸ Così M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit. p. 18.

tutela previdenziale posta dalla Costituzione a carico del sistema previdenziale pubblico.

Con l'emanazione della legge n. 421 del 1992 il Governo riceveva la delega a regolare e a favorire l'istituzione di forme pensionistiche complementari e, al contempo, ad attuare la suddetta riduzione dei livelli pensionistici erogati dal sistema previdenziale obbligatorio. «La concomitanza di questi interventi – tuttavia – ha determinato l'impressione che la complementarità tra sistemi previdenziali privati e sistema previdenziale pubblico (fosse) intensa»⁴⁴⁹. E alla diffusione di tale impressione ha contribuito tanto la dottrina⁴⁵⁰ quanto la giurisprudenza, specie costituzionale, che, a partire dal 1995, ha affermato che «non può essere posta in dubbio la scelta del legislatore enunciata sin dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 e, via via, confermata nei successivi interventi, di istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, comma 2°

⁴⁴⁹ Così M. PERSIANI, *La previdenza fra libertà e garanzie. Primato e limiti della previdenza pubblica*, in *INPDAP*, 1994, p. 273 ss., e, oggi, in ID., *La previdenza complementare*, op. cit., p. 59.

⁴⁵⁰ Attribuiscono alla previdenza complementare una funzione concorrente (e quindi analoga) rispetto a quella della previdenza pubblica, P. OLIVELLI, *La costituzione e la sicurezza sociale*, 1988, p. 190; P. SANDULLI, *Riforma pensionistica e previdenza integrativa*, in *DLRI*, 1991, p. 245 ss; ID., *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, in *DPL*, 1993, n. 35 (inserto), p. 111 ss.; ID., *Previdenza complementare*, in *Digesto Disc. Priv.*, XI, Torino, 1995, p. 253 ss.; M. CINELLI, *Progetto di riforma pensionistica e sistema di previdenza sociale*, in *GC*, 1989, III, p. 3 ss.; ID., *I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge*, in *MGL*, 1997, p. 505 ss.; R. PESSI, *La nozione di previdenza integrativa*, in *La previdenza integrativa, Quaderni di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 1988, p. 66 ss.; ID., *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997, p. 108 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note sulla previdenza dei privati*, in *LD*, 1991, p. 632 ss.; A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *LD*, 1994, p. 78 ss.; F. MAZZIOTTI, *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *DL*, 1997, p. 242 ss, secondo cui le forme di previdenza complementare sarebbero riconducibili al quarto comma dell'art. 38 Cost. (v. *infra* nel testo). Per una ricognizione degli orientamenti maturati in dottrina, si vedano, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano, 2001, p. 11 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi.*, Padova, 2004, p. 27 ss.

della Costituzione»⁴⁵¹. Semplificando, sembra che la Corte abbia argomentato l'asserita legittimità della contribuzione di solidarietà a carico dei finanziatori della previdenza privata con «l'esigenza di concorrere all'eliminazione del dissesto finanziario che affligge il sistema previdenziale pubblico»⁴⁵².

La successiva riforma, introdotta con il d. lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005 (emanato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 243 del 2004) compie un ulteriore passo avanti nella medesima direzione, al contempo valorizzando i profili di libertà di scelta della forma pensionistica alla quale aderire e il ricorso al trattamento di fine rapporto quale canale preferenziale di finanziamento delle suddette forme (v. infra). Resta comunque inalterata, nella sostanza, la *querelle* intorno alla qualificazione della previdenza complementare.

La recente dottrina maggioritaria, sulla scia dell'interpretazione da ultimo offerta (e poc'anzi ricordata) dalla Corte costituzionale, conclude per la complementarità (non più soltanto delle prestazioni, bensì anche) delle funzioni svolte dai due diversi sistemi. Secondo quest'orientamento la previdenza privata sarebbe funzionalmente complementare a quella pubblica perché concorrerebbe a garantire quei «mezzi adeguati alle esigenze di vita» di cui all'art. 38, secondo comma, della Costituzione. Si è affermato, in particolare, che il sistema di previdenza pubblica manterrebbe il suo carattere «di strumento necessario e sufficiente» per garantire le prestazioni adeguate di cui all'art. 38, 2° comma della Costituzione e che la previdenza complementare afferirebbe alla medesima norma costituzionale in ragione delle finalità perseguite che, pur non rispondendo ai suddetti canoni di adeguatezza, rilevarebbero egualmente per il loro carattere «sociale»⁴⁵³. Secondo altri, invece, la funzionalizzazione alla

⁴⁵¹ Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit., ma si veda altresì l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 421 dell'8 settembre 1995, cit., secondo cui -.....

⁴⁵² M. PERSIANI, *Previdenza privata...* cit., p. 19.

⁴⁵³ Cfr. T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *La previdenza complementare*, in *Dir. Lav. Commentario*, diretto da CARINCI, IV, Torino, 2004, p. 3 ss..

realizzazione di interessi pubblici si evincerebbe dal fatto che la previdenza complementare mira al mantenimento del tenore di vita raggiunto, afferente alla «area residuale dei bisogni socialmente rilevanti che, per carenza di risorse e/o per opzione di politica socio-economica, non possono nel momento attuale essere soddisfatti direttamente dallo Stato»⁴⁵⁴. A conferma di tale lettura deporrebbe inoltre l'avvento della legislazione in materia di previdenza privata: la scelta operata dal legislatore, che dopo lunghi anni di vuoto normativo ha ritenuto di regolamentare tali strumenti previdenziali sottraendoli alla libera gestione della volontà contrattuale, comporterebbe l'attribuzione alla previdenza complementare della «natura di istituto integrato dallo Stato al fine della realizzazione di scopi in linea di continuità con quelli della previdenza di base»⁴⁵⁵. Su questa scia, ha preso forma anche l'idea⁴⁵⁶ che una parte degli interessi protetti siano stati sostanzialmente “privatizzati” ovvero se ne sia affidata la realizzazione alla responsabilità dei privati «con il risultato della configurazione di un sistema di tutela riservato alle categorie più forti»⁴⁵⁷. Ha conservato, invece, sostanzialmente inalterata la propria posizione Mattia PERSIANI che, nel ribadire la «sostanziale diversità»⁴⁵⁸ funzionale delle due forme di previdenza in ragione dei diversi interessi perseguiti, contesta che la condizione di crisi delle casse previdenziali pubbliche possa incidere sulla funzione attribuita dal Costituente alla previdenza privata; funzione che consiste

⁴⁵⁴ R. PESSI, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, a cura di FERRARO, Milano, 2000, p. 9 ss.

⁴⁵⁵ F. MAZZIOTTI, *Prestazioni pensionistiche complementari...*, cit.

⁴⁵⁶ Si veda R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, p. 83 ss.

⁴⁵⁷ Lo rileva O. BONARDI (*Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare, Commento all'art. 1*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 3-4, 2007, p. 560) ricostruendo il pensiero di T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema...*, cit., p. 5 e DE LUCA, *La disciplina dei fondi pensione*, in *DLRI*, 1994, p. 78.

⁴⁵⁸ M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, cit..

esclusivamente nella realizzazione dell'interesse privato, individuale e/o collettivo, a godere di «più elevati livelli di copertura previdenziale» come lo stesso legislatore dichiara tra le finalità proprie della riforma della previdenza complementare prima nell'art. 1 del d. lgs. 124/1993 e, poi, nell'art. 1 del successivo d. lgs. 252/2005. In tal senso, l'esistenza di un sistema previdenziale pubblico, che garantisca al cittadino mezzi adeguati alle esigenze di vita, costituisce piuttosto “il presupposto” per l'esistenza della previdenza privata ovvero la condizione necessaria affinché i cittadini possano effettivamente esercitare la libertà di assistenza privata costituzionalmente garantita dall'art. 38 Cost.. Non a caso la previdenza complementare è rimessa alla libera scelta del cittadino e deve ritenersi che essa conserverà la propria matrice privatistica almeno fino a quando la costituzione dei relativi fondi sarà lasciata alla libera volontà e determinazione dei singoli. Deve concludersi, quindi, che la complementarietà a cui si riferisce la stessa denominazione, con la quale si è recentemente preferito indicare le nuove forme di previdenza privata (probabilmente per contribuire alla distinzione anche nominale di queste ultime rispetto alle forme previdenziali cc.dd. preesistenti, ovvero istituite anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. 124 del 1993 e più note, all'epoca, come previdenza integrativa⁴⁵⁹), vada riferita alle prestazioni e non alle funzioni svolte dai due diversi regimi.

Se per alcuni versi la tesi di PERSIANI risulta particolarmente condivisibile⁴⁶⁰, per altro verso non può ignorarsi che la previdenza complementare svolge una

⁴⁵⁹ In passato, peraltro, il legislatore aveva altresì consentito, con l. n. 55 del 20 febbraio 1958, la istituzione di regimi di previdenza aziendale cc.dd. esonerativi ovvero sostitutivi di quello obbligatorio gestito dall'INPS, successivamente soppressi e trasformati in regimi integrativi di quelli pubblici (cfr. art. 3, l. 218 del 1990 e d. lgs. 357 del 1990).

⁴⁶⁰ Si fa riferimento in particolare a: l'insistita distinzione tra gli interessi e i bisogni tutelati dalla previdenza pubblica e da quella privata; la riconduzione della previdenza complementare nell'alveo della seconda, poiché la sola rilevanza collettiva degli interessi perseguiti non è in grado di per sé di inficiare il carattere privatistico degli strumenti utilizzati per il relativo perseguimento; il rilievo per cui la gestione mutualistica e solidaristica di un

funzione di indubbia rilevanza sociale e che le conferisce senz'altro una valenza pubblicistica. Inoltre, risulta poco convincente la attribuita natura retributiva al finanziamento dei fondi pensionistici complementari: sia i contributi contrattualmente dovuti dal datore di lavoro al finanziamento di fondi pensione, sia gli accantonamenti di t.f.r. utilizzati alla stessa maniera non possono essere considerati emolumenti retributivi sol perché dovuti in ragione del rapporto di lavoro! Difatti non tutto quanto sborsato dal datore di lavoro “a causa” del contratto di lavoro ha natura retributiva: si pensi alle liberalità (il cesto natalizio o piuttosto la maglietta con il logo dell'azienda in occasione del decennale di attività), alla somma versata dal datore di lavoro al Fondo di garanzia per il t.f.r. che senz'altro non costituisce un forma di retribuzione o ancora agli stessi contributi previdenziali obbligatori.

Quanto al t.f.r., in particolare, non sembra corretto continuare ad attribuirvi natura retributiva anche dopo la devoluzione alla previdenza complementare: deve ritenersi, viceversa, che la destinazione dei relativi accantonamenti ne modifichi la natura in senso previdenziale⁴⁶¹. Né tantomeno è possibile equiparare le prestazioni erogate dai fondi pensione al trattamento: quest'ultimo costituisce, per ormai pacifica asserzione della dottrina e della giurisprudenza, una forma di retribuzione differita, mentre le prime costituiscono un emolumento previdenziale a tutti gli effetti. Il t.f.r., in quanto voce retributiva indisponibile, spetta a tutti i lavoratori subordinati “in ogni ipotesi di cessazione del rapporto”, laddove l'accesso alla previdenza complementare è subordinato alla libera e volontaria adesione espressa (in maniera esplicita o tacita) dal lavoratore.

fondo non è sufficiente ad attribuirgli natura pubblicistica; il fatto che il carattere volontario dell'adesione alle forme pensionistiche complementari renda impossibile la qualificazione delle stesse in termini pubblicistici: diversamente opinando, resterebbe ingiustificabile la mancanza di tutela nei confronti dei lavoratori che non possano o non vogliano aderirvi.

⁴⁶¹ Si veda in proposito, cap. I del presente lavoro di ricerca.

In definitiva, non può che rilevarsi il carattere del tutto aperto della questione qualificatoria della previdenza complementare e condividersi la constatazione del carattere «ibrido», «ambiguo» e «di difficile collocazione» di questo ramo (come dell'intero) sistema previdenziale italiano. Così come non può negarsi che il suddetto sistema poggia su un equivoco di fondo, generato dal cattivo adattamento del sistema previdenziale corporativo al nuovo disegno contenuto nella Carta costituzionale repubblicana. Il legislatore difatti non ha mai abbandonato la previgente tradizione corporativa, che attribuiva alla previdenza pubblica e a quella sindacale le medesime funzioni consistenti nella salvaguardia degli interessi di categoria e ha cercato, piuttosto, di adattarla al nuovo assetto repubblicano. Di conseguenza, non si è mai superata del tutto quella “contaminazione” funzionale che, con un fastidioso effetto domino, ha contribuito al disordine normativo di cui il sistema previdenziale italiano reca ancora i problematici segni, riaffiorando, più o meno consapevolmente, in gran parte delle scelte legislative compiute nell'ultimo cinquantennio: alla fine degli anni '60, come accennato, questa contaminazione si è tradotta nell'ampliamento del concetto di “adeguatezza” delle prestazioni previdenziali pubbliche garantite al cittadino, sull'onda probabilmente del boom economico e dell'entusiasmo (ideologico o clientelare?) di realizzare una politica di welfare assistenzialista; con la crisi economica del sistema previdenziale pubblico, viceversa, il legislatore ha utilizzato la medesima contaminazione funzionale prima per ampliare l'imponibile contributivo e poi, rilevata l'insufficienza *dell'escamotage*, per avviare un processo di progressiva annessione della previdenza privata (nel frattempo dovutamente incentivata) a quella pubblica obbligatoria.

Sicché può considerarsi ormai acquisita quella commistione funzionale e (coscientemente) cristallizzato, ad opera del legislatore, quell'equivoco di

fondo generato dalla stessa e che ha accompagnato l'intera evoluzione del sistema.

3. La disciplina della previdenza complementare: dal d. lgs. n. 124 del 1993 alla più recente riforma del 2005.

Il d. lgs. 124/1993 ha provveduto ad una prima definizione e regolamentazione della materia, attraverso la descrizione dei fondi aperti e dei fondi chiusi, destinati a costituire il secondo pilastro, mentre le forme pensionistiche individuali avrebbero integrato quel terzo pilastro anch'esso voluto dal legislatore del 1993.

All'art. 3, comma 1, il d. lgs. 124 definiva "chiusi" i fondi istituiti su base contrattual-collettiva ai quali potevano aderire solo determinati soggetti, quali coloro che lavorano per l'impresa o nell'ambito del gruppo di imprese in cui era stato istituito il fondo, ovvero coloro che appartenevano a determinate categorie o comparti di riferimento, anche territorialmente definiti. Viceversa l'art. 9 dello stesso decreto lasciava "aperti" all'adesione di coloro per i quali non sussistevano o non erano attivi i fondi chiusi, quelli istituiti e gestiti direttamente da banche, società di assicurazioni, società di gestione del risparmio, società di intermediazione mobiliare. Nel disegno del decreto n. 124, in altre parole, veniva imposto una sorta di vincolo gerarchico alternativo che, se per un verso consentiva al lavoratore di scegliere liberamente "se" aderire al sistema pensionistico complementare, per altro verso non gli riconosceva l'ulteriore libertà di scegliere "come" ovvero a quale forma previdenziale aderire, poiché in presenza di un fondo chiuso di riferimento, il lavoratore non avrebbe potuto scegliere di aderire ad un fondo aperto. Dunque, sebbene il regime delle forme pensionistiche alternative a quella obbligatoria non contenesse (anche prima

dell'intervento normativo del '93) specifiche limitazioni di accesso alla previdenza integrativa ovvero a quel terzo pilastro di interesse esclusivamente individuale, appare forse eccessiva la enfaticizzazione, ad opera di alcuni Autori⁴⁶², della "libertà di aderire alle forme pensionistiche complementari" contenuta nel decreto legislativo 124. Quanto al trattamento di fine rapporto, sia sufficiente accennare che già nell'impianto del decreto 124/1993 il legislatore individuava nel trattamento di fine rapporto una possibile fonte di finanziamento della forma pensionistica complementare alla quale avesse aderito il lavoratore; finanziamento che si rendeva possibile attraverso una esplicita dichiarazione di volontà in tal senso, ben potendo il lavoratore mantenere il silenzio e conservare il proprio tfr.

Nel 2000, il d. lgs. 47 predispone un regime fiscale di favore per l'implementazione delle forme pensionistiche complementari, ma l'incentivo si rivela inadeguato a far decollare il c.d. secondo pilastro. Si rivelerà senz'altro più efficace, in tal senso, la successiva riforma introdotta dal decreto legislativo n. 252 del 5 dicembre 2005, emanato in attuazione della delega contenuta nella legge n. 243 del 2004, che provvede ad un organico riordino della materia e si concentra sull'incentivazione delle forme pensionistiche complementari, riprendendo, per altro, principi di trasparenza e di buona amministrazione⁴⁶³ che avevano già ispirato il legislatore del 1993.

La regolazione ha ad oggetto soprattutto le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari nonché i soggetti destinatari di tali forme, il regime del finanziamento delle forme pensionistiche complementari, la normativa relativa alla c.d. portabilità della posizione previdenziale e infine il regime delle prestazioni erogate.

⁴⁶² Cfr. D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento...*, cit., p. 124.

⁴⁶³ Come, del resto, già faceva il previdente d. lgs. 124 del 1993.

L'obiettivo della incentivazione della previdenza complementare viene invece perseguito attraverso la predisposizione di un regime fiscale di favore. Difatti, tra i principi e criteri direttivi indicati dalla legge delega n. 243/2004 figurava proprio la ridefinizione del regime fiscale della previdenza complementare in modo da ampliare la deducibilità fiscale della contribuzione alle forme pensionistiche complementari e rivedere la tassazione dei rendimenti rendendone più favorevole il trattamento in ragione della finalità pensionistica.

Il punto cardine della riforma, però, sembra doversi rinvenire nella valorizzazione della volontà individuale intesa non solo quale libertà di aderire alle forme pensionistiche complementari (già introdotta dal decreto del 1993), ma anche come libertà di scegliere a quale forma pensionistica aderire⁴⁶⁴ nonché di trasferire la posizione previdenziale maturata da una forma pensionistica all'altra. Diversamente dal decreto n. 124/1993, infatti, la riforma del 2005 rimuove il vincolo di alternatività tra fondi aperti e fondi chiusi, ampliando, sotto tale profilo, lo spettro delle libertà positive del lavoratore al quale, adesso, è consentito aderire a fondi pensionistici aperti o addirittura ad una forma pensionistica individuale anche se esiste un fondo chiuso di riferimento. In altre parole, il novello principio di equiparazione delle forme pensionistiche complementari consente di «saltare il secondo pilastro e sviluppare un programma di previdenza complementare anche esclusivamente fondato sulle forme pensionistiche individuali»⁴⁶⁵, attribuendo indirettamente maggior rilevanza alle tradizionali forme pensionistiche individuali.

A questa iniziale libertà di scelta della forma previdenziale alla quale aderire, fa eco la c.d. portabilità della posizione previdenziale ovvero il diritto di trasferire

⁴⁶⁴ Valorizza la sussistenza di profili liberistici ulteriori ed egualmente riconducibili alla valorizzazione della volontà del lavoratore, quali, ad esempio, quelli inerenti la formazione del piano di previdenza complementare, il livello di contribuzione, le linee di investimento, l'individuazione di beneficiari diversi dagli eredi, le modalità di erogazione delle prestazioni ai beneficiari designati, ecc., D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole...*, cit., p. 123.

⁴⁶⁵ Cfr. D. MEZZACAPO, *Nozioni e regole...*, cit., p. 125.

la posizione previdenziale maturata, salvo doversi soffermare sui limiti ai quali è soggetto tale diritto.

Quanto al trattamento di fine rapporto, esso diviene auspicabilmente lo strumento privilegiato di finanziamento delle forme pensionistiche complementari. Due norme, in particolare, stringono un nodo forte intorno alla prestazione di fine rapporto e chiudono il cerchio mostrando in maniera finalmente netta il disegno del legislatore:

L'art. 8, in particolare, da un lato, unifica i due momenti dell'adesione alla forma pensionistica complementare e del finanziamento della medesima mediante il conferimento del t.f.r., rendendo quest'ultima automaticamente prodromica rispetto alla prima; dall'altro, introduce la modalità tacita di conferimento che, attraverso il principio del silenzio assenso, inverte il meccanismo di scelta onerando il lavoratore della espressa dichiarazione di "non volere aderire e di non voler conferire il t.f.r.", operando in caso contrario le relative modalità tacite di adesione e di devoluzione del t.f.r. maturando.

La riforma del 2005, infatti, reca una trasformazione di notevole rilievo quanto al meccanismo di conferimento del t.f.r. alla previdenza complementare: accanto alla esplicita manifestazioni di volontà di aderire ad un determinato fondo, il decreto n. 252 introduce il meccanismo del c.d. conferimento tacito. Stravolgendo il significato attribuito all'inattività del lavoratore, quale contegno legislativamente tipizzato, la riforma del 2005 sostituisce il c.d. "silenzio-diniego", introdotto dalla disciplina del 1993, con il più discutibile criterio del "silenzio-assenso". Di tal che il lavoratore viene costretto ad un preciso *facere* (manifestare il proprio dissenso nei confronti dell'adesione alla previdenza complementare) per conservare inalterato il diritto all'indennità tipizzata dal legislatore nell'art. 2120 del codice civile.

Si è condivisibilmente rilevata la delicatezza del ricorso a siffatto meccanismo la cui origine legale rende «di incerta applicazione le cautele che nella tradizione

civilistica circondano la qualificazione del silenzio». Difatti, «perché si possa attribuire ad un comportamento meramente omissivo di un soggetto un valore negoziale appare necessario che questi sia reso edotto delle conseguenze del suo silenzio»: solo a queste condizioni potrà attribuirsi alla «inattività un significato univoco»⁴⁶⁶. A tal fine, il legislatore dispone che il datore di lavoro debba fornire al lavoratore «adeguate informazioni sulle diverse scelte disponibili»⁴⁶⁷. Rinviando oltre per una breve ricostruzione della tematica, sia consentito, intanto, rilevare che il meccanismo del silenzio-assenso, diffuso specialmente nelle dinamiche pubblico-amministrative, viene applicato, dal d. lgs. 252 del 2005, ad un settore che, pur mostrando molteplici profili di rilevanza privatistica (interesse del lavoratore a preconstituirsì uno strumento previdenziale alternativo e sussidiario rispetto a quello pubblicistico), si mostra voluto e (in parte) strutturato per soddisfare, al fondo, un forte interesse pubblicistico. Sembra, dunque, che l'adozione del suddetto meccanismo di consenso costituisca una "spia" di quella presumibile evoluzione pubblicistica che si è prospettata in apertura⁴⁶⁸. L'impronta pubblicistica, del resto, era già nota alla riforma della previdenza complementare: il d. lgs. 124 del 1993, infatti, disegnava un sistema di previdenza complementare fondato sui principi di trasparenza e buona amministrazione, principi che, viceversa, risultavano del tutto insoddisfatti dalle forme previdenziali private preesistenti. Coerentemente, il legislatore del 1993 predispose una forma di vigilanza sulle forme pensionistiche complementari demandandone la attuazione e gestione ad una apposita commissione, la COVIP, «istituita con lo scopo di perseguire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche

⁴⁶⁶ Il virgolettato è tratto dall'interessante commento all'art. 8 del d. lgs. 252 del 2005 di V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del t.f.r.*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 3-4-, 2007, p. 696 ss, specialm. p. 718-719.

⁴⁶⁷ Art. 8, comma 8°, d. lgs. 252/2005.

⁴⁶⁸ Cfr. la "Premessa" a tale capitolo.

complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare»⁴⁶⁹.

4. Le forme pensionistiche complementari: nozioni e definizioni.

L'analisi delle forme di previdenza complementare impone, innanzitutto, una serie di distinzioni concettuali, indispensabili per procedere nell'iter descrittivo della materia, partendo dal distinguo tra fonti istitutive e fonti costitutive delle stesse che, in una ideale schematizzazione anche temporale del procedimento di formazione del fondo pensione, identificano due fondamentali fasi: la prima «in cui si fissano gli elementi e le regole dell'operazione previdenziale, determinando così gli specifici assetti degli interessi delle parti che istituiscono il fondo», e la seconda «in cui la forma previdenziale viene concretamente attuata mediante la costituzione del modello organizzativo prescelto»⁴⁷⁰.

L'art. 3, d. lgs. 252 del 2005 individua, riproponendo un'elencazione già contenuta nel d. lgs. 124/1993, le possibili fonti istitutive di forme pensionistiche complementari in contratti e accordi collettivi, accordi tra lavoratori promossi da associazioni sindacali, regolamenti di enti o aziende. Nell'istituire un fondo previdenziale, tali fonti ne dettano una prima regolazione relativa ad aspetti essenziali quali l'identità e il programma del fondo pensione, l'ambito dei soggetti legittimati all'adesione e le modalità della stessa, il regime delle contribuzioni⁴⁷¹.

La panoramica delle possibili fonti istitutive viene completata dal decreto n. 252 con la previsione di una tipologia, ulteriore rispetto al previgente sistema, ed

⁴⁶⁹ Cfr. art. 16, d. lgs. n. 124 del 1993, poi riproposto dal successivo art. 18, comma 2, d. lgs. 252 del 2005.

⁴⁷⁰ Entrambe le definizioni si devono a G. ZAMPINI, *La previdenza complementare, fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004.

⁴⁷¹ Cfr. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in BESSONE-CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, in CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 2004, 215 ss.

individuata in forme pensionistiche complementari costituibili dalle Regioni⁴⁷² e dagli enti di diritto privato di cui ai dd. lgs. nn. 509/1994 e 103/1996.

Il fondo-pensione così istituito viene reso operativo dalla predisposizione dello statuto e, in generale, di tutto quanto necessario a disciplinarne i profili di organizzazione interna, costituendo tali strumenti le c.d. fonti costitutive delle forme pensionistiche complementari. In dottrina non si è mancato di evidenziare, pertanto, la mancanza di qualsiasi rapporto funzionale tra le tipologie di fonti illustrate e, viceversa, una sorta di «sottordinazione gerarchica delle fonti costitutive e statutarie rispetto a quelle istitutive». Soltanto a queste ultime, infatti, come tassativamente individuate dal legislatore, è riconosciuta la possibilità di creare un fondo-pensione di carattere complementare.

Restando sul piano classificatorio, la riforma del 2005 contiene un espresso riconoscimento della distinzione tra forme pensionistiche individuali e collettive.

Per comodità espositiva si accenna innanzitutto alle prime che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, lett. b), si concretano nell'adesione su base individuale ai fondi aperti e nella conclusione di contratti di assicurazione sulla vita aventi finalità previdenziali (piani pensionistici o p.i.p.) stipulati con imprese di assicurazione autorizzate dall'ISVAP.

Lo stesso art. 1, comma 3, alla lett. a) definisce, invece, forme di previdenza complementare collettiva quelle istituite da contratti collettivi o da accordi tra lavoratori promossi dalle associazioni sindacali, ma anche i c.d. accordi plurisoggettivi, ovvero siglati tra una pluralità di lavoratori senza il coinvolgimento dei sindacati. Infine, in un'ottica di pariordinazione tra fondi aperti e fondi chiusi, la norma include nel novero delle forme previdenziali collettive anche i fondi pensione aperti, con adesione su base collettiva, di cui all'art. 12, d. lgs. 252 del 2005. La scelta del legislatore di inserire anche i fondi

⁴⁷² Il cui funzionamento sarà demandato a leggi regionali.

aperti tra le forme pensionistiche collettive ha suscitato qualche perplessità tra i primi commentatori della riforma in ragione del fatto che l'adesione di un lavoratore ad un fondo pensione ha sempre carattere individuale, evidenziando la necessità di un ulteriore e rilevante distinguo delle diverse ipotesi di utilizzo dell'attributo "collettivo".

Ed infatti quando si parla di forme pensionistiche collettive, l'aggettivo è riferito alla *modalità costitutiva* del fondo, voluto e istituito da una collettività di lavoratori, solitamente mediante accordi o contratti stipulati dalle associazioni sindacali: tale definizione è propria dei c.d. fondi chiusi, ai quali possono accedere solo coloro che appartengono alla categoria, comparto, raggruppamento ovvero, ed in altre parole, alla collettività che ha costituito quel determinato fondo.

Viceversa, quando si parla di "adesione su base collettiva" a fondi pensione aperti, lo stesso attributo assume tutt'altra valenza. I fondi aperti sono, infatti, forme pensionistiche strutturalmente accessibili a chiunque poiché l'adesione ad essi è «completamente svincolata dall'appartenenza dell'aderente a classi di lavoratori predefinite»⁴⁷³. È possibile, allora, che i dipendenti di un'intera azienda (o un gruppo di essi) abbiano interesse ad accedere ad un fondo aperto (piuttosto che aderire ad un fondo chiuso o costituirne uno ad hoc) e che lo facciano godendo della mediazione sindacale e del conseguente accordo siglato con il datore di lavoro, affinché, alla propria corresponsione al fondo di quote di accantonamento di t.f.r., corrisponda, da parte del datore di lavoro, il versamento del suo contributo al medesimo fondo per ciascun lavoratore aderente. In relazione a tali ipotesi, la rilevanza del profilo collettivo si sposta dalla modalità di adesione alla più rilevante modalità di finanziamento della posizione previdenziale dei singoli soggetti aderenti al fondo. In tale ottica ben si

⁴⁷³ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare, fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, p. 88.

comprende l'insistito carattere «sempre individuale»⁴⁷⁴ dell'adesione ad un fondo aperto nella lettura offerta da alcune frange della dottrina. Dal punto di vista del lavoratore aderente, infatti, la c.d. adesione collettiva non avrebbe «nulla di qualitativamente diverso rispetto all'adesione individuale, se non la circostanza che, in questa forma, si rende possibile anche l'introduzione di un obbligo di contribuzione datoriale e il conferimento, parziale o totale, del t.f.r.»⁴⁷⁵. L'attributo “collettivo”, allora, più che descrivere l'aderente (l'ipotizzato gruppo di lavoratori), qualifica la fonte istitutiva “intermedia”, «proveniente da soggetti diversi dalla società promotrice e riguardante un certo insieme di destinatari»⁴⁷⁶ ovvero l'accordo o il regolamento aziendale disciplinante le condizioni di adesione e finanziamento del fondo.

Tale fonte intermedia in una certa misura “chiude” il fondo stesso, che, sebbene non abbia di per sé una «genesi collettivo-professionale»⁴⁷⁷, propria dei fondi chiusi, acquisisce, per quel determinato gruppo di aderenti, una matrice collettivo-professionale: le modalità di finanziamento contenute nell'accordo o regolamento raggiunto con il datore di lavoro saranno fruibili soltanto dai sottoscrittori, ferma restando la possibilità di adesione al fondo aperto da parte di qualsiasi altro soggetto e lasciando inalterate l'identità e le prerogative proprie del soggetto gestore del Fondo.

Si tenga anche conto però del fatto che, dal punto di vista pratico, le particolarità strutturali dei varie tipologie di fondo previdenziale e gli sforzi sistematici compiuti dalla dottrina scolorano innanzi all'imposto regime della contribuzione definita che vincola tutti i lavoratori subordinati ad aderire esclusivamente a

⁴⁷⁴ A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d. lgs. n. 252 del 2005*, in *PAPP*, n. 2, 2006.

⁴⁷⁵ A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forma complementari e forme individuali*, in *RDSS*, 2002, p. 121.

⁴⁷⁶ Cfr. A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare...*, cit., p. 153.

⁴⁷⁷ A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata*, cit., p. 114-115. Per una sommaria individuazione dei profili di gestione dei fondi, si rinvia ai successivi parr. 2.1. e 2.2..

fondi che prestabiliscono l'ammontare dei contributi da versare rendendo, sotto tale profilo, pressoché irrilevante il carattere “aperto” o “chiuso” del fondo prescelto.

L'ultima distinzione concettuale utile per poter affrontare il lessico della riforma previdenziale pone i fondi a contribuzione definita *versus* quelli a prestazione definita. Ciascuna delle due tipologie, come si evince dalle stesse denominazioni, è caratterizzata da un proprio elemento fisso, o definito che dir si voglia, con precise ricadute sulle modalità ed entità sia di finanziamento del fondo che di erogazione della prestazione pensionistica.

Si definiscono fondi a contribuzione definita quelli in cui «l'importo della prestazione pensionistica finale non è predeterminato, ma dipende dai risultati di gestione delle risorse, tempo per tempo accantonate con la contribuzione periodica (questa sì, predeterminata)»⁴⁷⁸. La quantificazione di questa prestazione dipende infatti dalla fruttuosità o «redditività»⁴⁷⁹ degli investimenti effettuati, ponendo il rischio delle scelte di gestione a carico dei singoli beneficiari.

Viceversa, i fondi a prestazione definita assicurano all'iscritto un'erogazione pensionistica predeterminata nel suo ammontare, generalmente parametrata ai livelli di reddito o dei trattamenti pensionistici obbligatori, e finanziata attraverso una contribuzione variabile in base all'andamento degli investimenti effettuati. Tali forme pensionistiche sono accessibili, tuttavia, solo ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti, in ragione dell'obbligo di contribuzione definita imposto dal d. lgs. 124 del 1993⁴⁸⁰ (poi confermato e ampliato dal

⁴⁷⁸ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, p. 558.

⁴⁷⁹ Come la definisce efficacemente F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 2001, p. 262.

⁴⁸⁰ Cfr. art. 2, comma 2, lett. a), come modificato dall'art. 4, l. 8 agosto 1995, n. 335.

successivo d. lgs. 252 del 2005⁴⁸¹) a tutti i lavoratori dipendenti, sia pubblici che privati. Soltanto ai primi è riconosciuta infatti una piena libertà di scelta tra le due tipologie pensionistiche descritte, mentre ai lavoratori dipendenti è interdetto l'accesso a forme pensionistiche a prestazione definita sia, come rileva la dottrina⁴⁸², per consentire ai datori di lavoro una preventiva valutazione circa l'ammontare dei contributi, in modo da tenere sotto controllo una delle componenti del costo del lavoro, sia per evitare ai lavoratori l'alea eccessiva di una contribuzione continuamente variabile in ragione dell'andamento degli investimenti fatti dal fondo.

4.1. Le forme pensionistiche complementari collettive o negoziali: i c.d. fondi chiusi.

I fondi pensione negoziali sono istituiti da accordi o contratti collettivi o regolamenti aziendali che ne individuano i destinatari in base all'appartenenza ad un determinato comparto, impresa o gruppo di imprese ovvero in relazione ad un determinato territorio.

In ragione del numero degli aderenti, le forme negoziali costituiscono, ad oggi, la più importante tipologia di forma pensionistica complementare anche a causa del previgente vincolo di alternatività che, nella lettera dell'art. 9, d. lgs. 124/1993, consentiva al lavoratore di accedere ad un fondo chiuso oppure ad uno aperto, senza la possibilità di cumulare i due strumenti previdenziali. Successivamente, il legislatore del 2005 ha ritenuto di rimuovere tale vincolo dando attuazione al principio di equiparazione e concorrenza tra le varie forme pensionistiche complementari.

⁴⁸¹ Tale ultimo intervento normativo affianca ai lavoratori dipendenti pubblici e privati, «i soci lavoratori di cooperative, anche unitamente ai lavoratori dipendenti dalle cooperative interessate», nonché «i soggetti destinatari del decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 565», cioè ai soggetti che svolgono senza vincolo di subordinazione lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari, anche se non iscritti al fondo ivi previsto (art., 2, comma 2, lett. a)).

⁴⁸² Cfr. F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 262 ss.

L'art. 3 del d. lgs. 252/2005 annovera le varie forme pensionistiche contrattuali annoverabile nella categoria dei fondi "chiusi", contemplando quali fonti istitutive, accanto ai "contratti e accordi collettivi, anche a aziendali ovvero interaziendali per gli appartenenti alla categoria dei quadri", anche gli "accordi fra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti (lett. b); ... i regolamenti di enti o aziende, i cui rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi, anche aziendali (lett. c); ... gli accordi fra soci lavoratori di cooperative (lett. e)". Sin qui può tracciarsi una perfetta linea di continuità tra la disciplina introdotta nel 1993 e la successiva emanata nel 2005; quest'ultima, tuttavia, si spinge oltre, individuando nello stesso art. 3 del decreto n. 252 delle ulteriori fattispecie istitutive. Tra queste, "le regioni, le quali disciplinano il funzionamento di tali forme pensionistiche complementari con legge regionale ... (lett. d)".

Si è correttamente rilevato tuttavia, per un verso, la superfluità della previsione in ragione del dettato dell'art. 117 Cost., e, per altro verso, la possibile violazione del riparto di competenze stabilito dalla medesima norma della Carta costituzionale in ragione del carattere dettagliato del d. lgs. 252 del 2005, ciò che invaderebbe l'area di legislazione riservata, in via concorrente, alle Regioni. La legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 ha inserito, infatti, nell'art. 117 della Costituzione Italiana, tra le materie di legislazione concorrente Stato-Regioni, la "previdenza complementare e integrativa", precisando che "nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato" (comma 3°). Il dettato costituzionale, dunque, sarebbe stato di per sé sufficiente ad attribuire alle Regioni la prerogativa di istituire forme pensionistiche complementari mediante l'emanazione di leggi regionali, contenendo altresì quel vincolo costituito dal rispetto dei "principi fondamentali", determinati da legge dello Stato, del quale pure il decreto n. 252

ha voluto fare esplicita menzione. Eppure la previsione del legislatore delegato non può così agilmente ridursi ad inutile duplicato della norma costituzionale.

Innanzitutto, perché la disciplina dettata dal legislatore statale in materia di previdenza complementare lega spesso inscindibilmente le norme di principio a norme di dettaglio, impedendo di fatto alle Regioni di attenersi soltanto alle prime come vorrebbe l'art. 117 Cost.⁴⁸³.

In secondo luogo perché, in probabile conflitto con la norma da ultimo citata, la stessa lettera del d. lgs. 252/2005 sembra dilatare tale vincolo laddove impone, alle Regioni che vogliono istituire forme di previdenza complementare, il più ampio "rispetto della normativa nazionale in materia". Il riferimento alla normativa nazionale può senz'altro considerarsi comprensiva dei più essenziali principi di diritto cui fa riferimento la Costituzione ma difficilmente può ridursi ad essi.

Infine merita un cenno la previsione della lett. g), comma 3° del d. lgs. 252/2005 che menziona, tra le possibili fonti istitutive di fondi previdenziali, gli enti di diritto privato di cui ai dd. Lgs. Nn. 509/1994 e 103/1996 ovvero le casse professionali che gestiscono forme di previdenza e assistenza trasformate, dai succitati decreti, in persone giuridiche private. Tali enti, ha chiarito al COVIP, «possono istituire sia direttamente, con l'obbligo di gestione separata, sia attraverso la creazione di soggetti autonomi, fondi pensione complementari che erogano pensioni complementari destinate ai lavoratori iscritti al regime obbligatorio dagli stessi gestito»⁴⁸⁴.

Quanto alla natura giuridica dei fondi pensione, l'art. 4 d. lgs. 252/2005 chiarisce che essi possono essere costituiti «come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell' art. 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori

⁴⁸³ Lo rileva M. PICCARI, *Le forme pensionistiche complementari*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto...*, cit., p. 141- 142.

⁴⁸⁴ COVIP, Relazione per l'anno 2005, su www.covip.it, 2006, p. 83.

dell'iniziativa» ovvero «come soggetti dotati di personalità giuridica» (rispettivamente lett. *a*) e *b*)). Nel primo caso, il rinvio all'art. 36 c.c. consente di qualificare tali soggetti come associazioni non riconosciute, non dotate di personalità giuridica ma con una relativa autonomia patrimoniale, necessaria, del resto, per la gestione del fondo.

Nel secondo caso, invece i soggetti dotati di personalità giuridica cui fa riferimento la norma vanno rinvenuti nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni anche in ragione del riferimento al d.P.R. n. 361/2000 sebbene in chiave derogatoria. Il legislatore ha stabilito infatti che, in deroga a tale decreto, il riconoscimento della personalità giuridica dei fondi «consegue al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività adottato dalla COVIP», attribuendo alla stessa Commissione la tenuta del Registro delle persone giuridiche e lo svolgimento dei relativi adempimenti. In attuazione di tale norma, la COVIP ha emanato un regolamento⁴⁸⁵ che, ricalcando fedelmente il testo normativo, subordina l'acquisto della personalità giuridica e la conseguente iscrizione nel «Registro dei fondi pensione dotati di personalità giuridica» alla propria autorizzazione.

La possibilità di scelta tra l'ipotesi sub *a*) e l'ipotesi sub *b*) viene tuttavia limitata in relazione ai fondi «costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, sia per lavoratori subordinati sia per lavoratori autonomi»: tali fondi devono necessariamente essere muniti di personalità giuridica (art. 4, co. 5°, d. lgs. 252/2005). La ratio di tale disposizione è stata rivenuta dalla dottrina nella estensione, potenzialmente molto ampia, dell'area dei soggetti destinatari⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Si tratta del «Regolamento relativo all'istituzione del Registro dei fondi pensione dotati di personalità giuridica e alle procedure per l'iscrizione nel Registro», adottato con delibera del 28 novembre 2007, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell' 11 dicembre 2007, n. 287.

⁴⁸⁶ Cfr., sul punto, A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in *DPL*, 1993, n. 35.

Alle casse di previdenza dei liberi professionisti, invece, il legislatore attribuisce un'ulteriore opzione⁴⁸⁷ consentendogli di istituire fondi pensione, oltre che con le modalità proprie dell'associazione riconosciuta e non, anche attraverso la costituzione al loro interno “di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito della medesima società od ente”⁴⁸⁸.

La scelta di creare un fondo c.d. interno⁴⁸⁹ ovvero un patrimonio autonomo e separato nell'ambito della stessa società che ha promosso l'istituzione del fondo⁴⁹⁰, comporta la soggezione dello stesso alla norma di cui all'art. 2117 c.c. che rende le risorse affluenti nel medesimo patrimonio non distraibili dal fine al quale sono destinati e non assoggettabili ad esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro.

I fondi chiusi, dunque, sono soggetti giuridici autonomi, muniti o meno di personalità giuridica ovvero costituiti come patrimonio separato, la cui attività consiste prevalentemente nella raccolta delle adesioni e dei contributi e nell'individuazione della politica di investimento delle risorse finanziarie. Tali risorse sono depositate presso una banca e la loro gestione viene affidata ad intermediari finanziari con i quali sono stipulate apposite convenzioni. Sulla separazione giuridica della gestione del fondo, rispetto alla promozione e istituzione dello stesso, è intervenuta peraltro la direttiva 2003/41/CE che

⁴⁸⁷ La stessa opzione è attribuita altresì ai fondi chiusi disciplinati dall'art. 12 e alle forme pensionistiche complementari individuali di cui all'art. 13.

⁴⁸⁸ Tale opzione, rinnovata rispetto all'impianto del d. lgs. 124/1993 quanto al relativo campo di applicazione, costituisce un vero e proprio cambio di rotta rispetto all'impianto della più risalente l. 335/1995 secondo cui la COVIP poteva autorizzare all'esercizio solo i fondi pensione costituiti come associazioni munite o meno di personalità giuridica, non menzionando, accanto a quest'ultime, i fondi costituiti come patrimoni di destinazione.

⁴⁸⁹ Si definiscono, viceversa, fondi esterni quelli costituiti da un ente esterno rispetto al promotore.

⁴⁹⁰ Nel caso di cessazione dell'attività o di sottoposizione a procedura concorsuale del datore di lavoro che abbia costituito un fondo interno, un commissario straordinario, nominato dal Ministro del lavoro su proposta della COVIP, dovrà procedere allo scioglimento del fondo stesso (art. 15, comma 2).

obbliga i singoli Stati membri ad assicurare tale separazione al fine di evitare che l'eventuale fallimento⁴⁹¹ dell'impresa coinvolga le risorse pensionistiche.

La gestione del fondo deve essere svolta nell'esclusivo interesse degli aderenti, nel rispetto della normativa vigente e delle previsioni stabilite nei regolamenti e nei contratti. A tutela degli aderenti, la legge vieta ai promotori la gestione diretta dei rispettivi fondi, imponendone l'attribuzione, mediante apposita convenzione, a soggetti specializzati quali società di intermediazione mobiliare, società di gestione di fondi comuni di investimento, assicurazioni (cfr. art. 6, d.lgs. 252/2005)⁴⁹².

Solo nelle ipotesi tassativamente individuate dal legislatore i promotori del fondo possono curarne direttamente la gestione. Si tratta innanzitutto dei fondi pensione costituiti, ex art. 6, comma 12 del d. lgs. 252/2005, "nell'ambito delle autorità di vigilanza sui soggetti gestori a favore dei dipendenti delle stesse". Lo stesso articolo 6, al comma 1, lett. d) ed e) prevede inoltre la possibilità che i fondi pensione e sottoscrivano azioni o quote di società immobiliari o fondi comuni di investimento immobiliari e mobiliari chiusi, nel rispetto, però, dei limiti quantitativi di investimento mediante partecipazione nei fondi comuni⁴⁹³.

Organi del fondo sono l'assemblea, gli organi di amministrazione e controllo, la cui composizione deve rispettare il criterio della partecipazione paritetica dei

⁴⁹¹ Tra le norme adottate dal nostro legislatore a tutela degli aderenti, il decreto n. 252 stabilisce che l'ipotesi in cui "vicende del fondo pensione capaci di incidere sull'equilibrio del fondo ... gli organi del fondo e comunque i suoi responsabili devono comunicare preventivamente alla COVIP stessa i provvedimenti ritenuti necessari alla salvaguardia dell'equilibrio del fondo pensione" (art. 15, comma 4). Quanto alle procedure concorsuali, il successivo comma 5 prevede che ai fondi pensione si applichi esclusivamente la disciplina dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa, con esclusione del fallimento, rinviando per la relativa disciplina al T.U. in materia bancaria e creditizia (l. 1 settembre 1993, n. 385).

⁴⁹² Cfr. A. PANDOLFO, *La nuova cornice ...*, cit. p. 249; M. PICCARI, *Le forme pensionistiche complementari*, cit., p. 147; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., ed. 2008, p. 589 ss..

⁴⁹³ Cfr. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare, fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, cit., p. 249.

rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, il responsabile del fondo, in possesso di particolari requisiti di onorabilità e professionalità.

Quanto alle prestazioni in forma di rendita, esse sono erogate da una compagnia di assicurazione o, previa autorizzazione della COVIP, direttamente dal fondo.

4.2 (segue) I c.d. fondi aperti.

Accanto ai fondi pensione dedicati a soggetti “qualificati” in ragione della loro appartenenza alla categoria, al comparto o, più semplicemente, al gruppo promotore, la legislazione sulla previdenza complementare pone, in posizione ormai paritetica, i c.d. fondi aperti, ovvero le forme pensionistiche complementari destinate “a tutti coloro i quali vogliano iscriversi, senza limitazioni di sorta”⁴⁹⁴.

La caratteristica più pregnante di tali fondi, dal punto di vista sistematico, va forse rinvenuta nel carattere polivalente dovuto all’apertura ad adesioni sia individuali che collettive; apertura che, secondo alcuni, li vedrebbe « “al confine” tra la previdenza complementare collettiva e quella individuale»⁴⁹⁵.

La definizione non è priva di corredo normativo, stante la collocazione normativa dei fondi aperti tra le “forme pensionistiche complementari individuali” (ex art. 1, comma 3, lett. *b*), insieme ai contratti di assicurazione sulla vita), qualora l’adesione ad essi avvenga su base individuale, e, viceversa, tra le “forme pensionistiche complementari collettive” (ex art. 1, comma 3, lett. *a*), insieme ai fondi chiusi), qualora l’adesione avvenga su base collettiva.

Proprio la sistematica normativa, adottata dal legislatore del 2005, ha acuito i cennati problemi definitivi relativi al vigente sistema previdenziale, allontanando ulteriormente i fautori della c.d. teoria del doppio pilastro da quella

⁴⁹⁴ La definizione è di DE ANGELIS-SGROI, *Manuale delle nuove pensioni, Il sistema pensionistico italiano e il regime internazionale*, Rimini, 2005, p. 205.

⁴⁹⁵ Così D. MEZZACAPO, op. cit., pag. 145, che rinviene il concetto nella lettera stessa del d. lgs. 252 del 2005.

parte della dottrina che, viceversa, attribuisce alla previdenza italiana una struttura decisamente “multipilastro”.

La distinzione tra le due teorie, che di primo acchito, potrebbe sembrare un semplice esercizio semantico, si rivela, viceversa di una certa portata.

A sostegno del carattere multipilastro del nostro attuale sistema previdenziale deporrebbe quell’art. 13, d. lgs. 252/2005 che prevede la attuazione di forme di previdenza complementare individuale attraverso due diverse modalità: a) l’adesione ai c.d. fondi aperti di cui all’art. 12, b) la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita (con imprese all’uopo autorizzate dall’ISVAP).

L’adesione ai fondi aperti fa accedere il lavoratore ad una forma di previdenza ancora caratterizzata da una forma di solidarietà tra gli iscritti, quantomeno perché questi ultimi sono tutti egualmente interessati dalle vicende gestionali del fondo. Viceversa i contratti di assicurazione sulla vita (di cui alla lett. b) dell’art. 13) hanno genesi, finanziamento e gestione di taglio prettamente individuale e si basano soltanto sulla capacità economica del contraente, eliminando qualsiasi forma di riflesso collettivo sullo strumento previdenziale adottato.

La distinzione effettuata consente, allora, di affermare che nel nostro sistema esiste un c.d. terzo pilastro, costituito dalle forme pensionistiche individuali *tout court*⁴⁹⁶, che conferisce all’ impianto un carattere *multilivello*. L’inserimento dei contratti di assicurazione sulla vita nell’ambito della riforma della previdenza complementare e il loro accostamento ai fondi pensione aperti testimonia la volontà del legislatore si “assorbire” tale strumento contrattuale alle più “canoniche” forme di previdenza pensionistica.

Se dunque può dirsi acquisita la volontà legislativa di tripartire l’area della tutela previdenziale-pensionistica può altresì ritenersi che tale scelta sottenda una valorizzazione degli strumenti privatistico-individuali in danno di quelli solidaristico-collettivi.

⁴⁹⁶ L’espressione è di M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit.

La riforma ci restituisce, infatti, un sistema strutturalmente costruito su una sempre più esigua base pubblicistica obbligatoria, un piano, gradatamente declinato al collettivo, in regime di “libertà vincolata”, ed un terzo livello, ulteriore ed eventuale, rimesso totalmente alla volontà del singolo e basato soltanto sulle sue capacità economiche. Se si considera inoltre che i lavoratori subordinati possono aderire solo a fondi a contribuzione definita, che, come accennato, sono soggetti a forti rischi legati alla gestione del capitale, mentre i liberi professionisti e i lavoratori autonomi hanno accesso altresì a fondi aperti a prestazione definita – soggetti a variabilità della contribuzione in funzione di un ammontare pensionistico predeterminato –, è evidente che solo i ceti economicamente più abbienti avranno accesso ad una più consistente pensione grazie proprio alla possibilità di sottoscrivere l’adesione a fondi aperti. In altre parole, la equiparazione tra fondi aperti e chiusi e la libertà di accesso ad entrambe, mostra tutto il favor del legislatore per la libera concorrenza tra le diverse forme di previdenza, a danno della originaria ispirazione solidaristica della riforma che, al contrario, imponendo un vincolo di alternatività, mostrava un assoluto favor nei confronti della previdenza complementare collettivo-negoziale.

Come accennato, la collocazione dei fondi aperti tra le forme pensionistiche complementari collettive non è del tutto esaustiva poiché, accanto ai fondi di adesione collettiva, tale categoria comprende altresì le forme pensionistiche complementari individuali. Tralasciando quest’ultima ipotesi, per la quale si rinvia al paragrafo successivo, si evidenzia *in primis* che i fondi aperti sono istituiti direttamente da intermediari finanziari (banche, SIM, assicurazioni, SGR) ovvero dai soggetti con i quali è consentita la stipulazione di convenzioni per la gestione ai sensi dell’art. 6, d. lgs. 252 del 2005. In altre parole, diversamente dai fondi chiusi, i fondi aperti possono essere gestiti direttamente dal medesimo soggetto promotore della forma previdenziale complementare,

soggetto che non è in alcun modo espressione dell'autonomia collettiva e che resta, in ogni caso, distinto dai beneficiari delle prestazioni⁴⁹⁷. L'indubbia irrilevanza di tale caratteristica, in ragione dei suoi molteplici risvolti pratici, ha indotto parte della dottrina a considerarla come il reale elemento distintivo rispetto ai fondi chiusi, questi ultimi «a genesi collettivo-professionale e fondati sull'autorganizzazione e la partecipazione dei lavoratori»⁴⁹⁸

I fondi aperti, già disciplinati dal d. lgs. 124 del 1993, sono sicuramente tra i maggiori “beneficiari” della riforma del 2005 che li ha liberati dalla gabbia della residualità in cui li aveva scientemente relegati il legislatore del 1993.

La precedente normativa, infatti, nell'ottica di favorire le forme pensionistiche di matrice negozial-collettiva, condizionava la possibilità del lavoratore di aderire ad essi all'inesistenza di fondi riservati alla categoria o comparto di appartenenza. Anche tale situazione in ogni caso, non permetteva, al lavoratore interessato, di prestare una libera e completa adesione al fondo aperto, svolgendo, quest'ultimo, piuttosto la funzione di «una stanza di compensazione, un parcheggio»⁴⁹⁹ dove all'aderente era consentito sostare nel passaggio da un'azienda con dotata di un fondo chiuso ad una che ne fosse priva ovvero nell'ipotesi di sopravvenuta disoccupazione.

Col cennato obiettivo di livellare l'offerta pensionistica complementare, il legislatore elimina, dunque, il vincolo di alternatività gravante sui fondi aperti rendendoli pienamente concorrenziali rispetto ai fondi chiusi⁵⁰⁰. Una concorrenzialità temibile da parte di questi ultimi specie alla luce della nuova possibilità di alimentare anche i fondi aperti attraverso il conferimento ad essi del trattamento di fine rapporto nonché dei contributi datoriali (ex art. 13,

⁴⁹⁷ Si vedano, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2005, p. 49 e G. ZAMPINI, *La previdenza complementare...*, cit., p. 148.

⁴⁹⁸ A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata...*, cit., p. 114 ss.

⁴⁹⁹ L'efficace immagine è di G. ZAMPINI, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁵⁰⁰ Si veda M. L. VALLACQUA, *La legge delega sulle pensioni e le prospettive future, primi riflessi sulla previdenza complementare*, in *LPO*, 6, 2004, p. 973 ss.

comma 4, d. lgs. 252/2005). Questa possibilità, peraltro, potrebbe incidere persino sugli equilibri del sistema, descritto come multipilastro nelle pagine che precedono, consentendo ai lavoratori di *bypassare* completamente quel secondo pilastro costituito dalla previdenza complementare negozial-collettiva, per far rifluire tutte le risorse a disposizione su un fondo aperto (magari individuale) inquadrabile, quindi, nell'ambito del c.d. terzo pilastro previdenziale.

La costituzione e l'esercizio del fondo aperto sono condizionate all'autorizzazione della COVIP (art. 12, co. 3°); lo stesso organismo, inoltre, impartisce, al soggetto istitutore, le direttive necessarie alla redazione del regolamento del fondo, deputato a stabilirne le modalità di gestione e di partecipazione degli aderenti: a tal fine, l'art. 12 rinvia espressamente all'art. 4, co. 3, assoggettando i fondi aperti al medesimo controllo, esercitato dalla COVIP, previsto per la costituzione e autorizzazione all'esercizio dei fondi chiusi.

Rilevante risulta, infine, il dettato dell'art. 5 del d. lgs. 2525/2005 che *in primis* solleva i fondi aperti dall'obbligo di composizione paritetica vigente per gli organi di amministrazione e di controllo dei fondi chiusi, e, in secondo luogo, impone ai suddetti fondi aperti l'istituzione di "un organismo di sorveglianza, composto da almeno due membri, in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità, per i quali non sussistano le cause di incompatibilità e di decadenza previste dal decreto di cui all'art. 4, comma 3". La norma rinvia dunque al contenuto del decreto ministeriale che avrebbe dovuto (come poi effettivamente ha provveduto a) dettare⁵⁰¹ i criteri per la nomina dei componenti degli organi collegiali in applicazione dell'art. 4, comma 3. E' interessante rilevare, tuttavia, che mentre quest'ultima norma chiude il cerchio rinviando all'attività ministeriale, il comma 4 dell'art. 5, espressamente dedicato agli organi di sorveglianza dei fondi aperti, offre un'ulteriore specificazione dei

⁵⁰¹ Si tratta del d.m. 30 gennaio 2007.

motivi di incompatibilità con la partecipazione al suddetto organismo di sorveglianza menzionando la carica di amministratore o di componente di altri organi sociali, lo svolgimento di attività lavorative in favore dei soggetti istitutori del fondo o presso le relative società controllate o controllanti, lo status di usufruttuario, proprietario o titolare d altri diritti relativamente a partecipazioni azionarie di soggetti istitutori di fondi pensione aperti. Tali indicazioni evidentemente improntate alla salvaguardia dell'imparzialità dei membri dell'organismo di sorveglianza, rivelano l'accentuata preoccupazione del legislatore di salvaguardare gli interessi degli aderenti dall'approccio lucrativo dei soggetti promotori dei fondi aperti. Al fine cioè di offrire la migliore tutela possibile nei confronti della gestione "imprenditoriale" di una banca, una sim, un'assicurazione , il legislatore ha previsto ulteriori limitazioni, questa volta destinate all'organismo di sorveglianza, che si affiancano alle forme di controllo vigenti anche per i fondi chiusi ed esercitate per lo più dalla COVIP. L'eventuale mancato possesso di tali requisiti determina la decadenza dall'incarico dichiarata con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali su proposta della COVIP.

5. II FONDINPS.

L'art. 8, lett. b), del d. lgs. 252/2005 disciplina l'ipotesi in cui il lavoratore aderisca tacitamente alla previdenza complementare ovvero non esprima alcuna volontà in merito alla destinazione del proprio tfr: in tal caso, il datore di lavoro dovrà il tfr maturando alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali (salvo che un accordo aziendale non stabilisca diversamente), ovvero, qualora ve ne sia più di una, " a quella alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda" (art. 8, lett. b), nn. 1 e 2); infine, nell'eventuale impossibilità di destinare il tfr maturando alle forme pensionistiche così individuate dalla legge, per mancanza delle suddette

forme pensionistiche collettive, il datore di lavoro è tenuto a trasferire il tfr maturando alla forma pensionistica residuale costituita presso l'INPS. La costituzione di tale forma pensionistica, disciplinata al successivo art. 9 del d. lgs. 252/2005 dando attuazione alla delega contenuta nella l. 243 del 2004⁵⁰², è rimessa dalla norma alla successiva emanazione di un decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Corentemente alla suddetta previsione, il Fondo è stato costituito, con la denominazione di “Fondo complementare INPS”, dal d.m. del 30 gennaio 2007, decreto che, inserendosi nel complessivo normativo dettato dal decreto n. 252/2005, ne ha regolamentato alcuni profili relativi alla contribuzione, alla gestione nonché al rapporto con gli iscritti. In particolare, il decreto del 30 gennaio 2007 stabilisce che il Fondo abbia un patrimonio separato ed autonomo rispetto a quello dell'ente di previdenza obbligatoria che lo “ospita”; tale patrimonio, inoltre, come previsto altresì per i fondi c.d. interni (disciplinati dall'art. 4, d. lgs. n. 252/2005, *ut supra*) è indistrainabile dal fine della erogazione delle prestazioni e su di esso non sono ammesse azioni esecutive da parte dei creditori dell'ente gestore del Fondo.

L'amministrazione del FONDINPS è rimessa ad un comitato al cui interno è assicurata la partecipazione paritetica dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro (art. 9, d. lgs. 252/2005). I membri di tale comitato devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza determinati dal Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali (con decreto di cui all'art. 4, comma 3, d. lgs. 252), sono da quest'ultimo nominati e restano in carica quattro anni.

⁵⁰² Critico nei confronti della scelta compiuta dal legislatore delegato, P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, p. 188 ss..

Probabilmente il profilo significativamente inciso dal decreto ministeriale del 30 gennaio 2007 riguarda la portabilità della posizione maturata presso il Fondo INPS. Il decreto legislativo n. 252 attribuiva, infatti, al lavoratore aderente al FONDINPS in ragione del mancato esercizio di una diversa opzione, la possibilità di trasferire in qualsiasi momento la posizione previdenziale maturata presso un'altra forma pensionistica prescelta dallo stesso lavoratore. Viceversa il decreto del gennaio 2007 stabilisce che la posizione individuale maturata presso il FONDINPS possa essere trasferita solo dopo che sia decorso un anno dall'adesione.

Presso l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, però, non viene costituito solo il Fondo residuale per le quote di tfr tacitamente devolute alla previdenza complementare e non altrimenti devolute. Nel 2006 la legge n. 296 aveva già costituito un altro fondo, detto "Fondo Tesoreria", finalizzato all'erogazione del trattamento di fine rapporto e gestito, per conto dello Stato, dall'INPS, in cui confluisce il tfr maturando dei lavoratori, dipendenti da aziende con più di 49 addetti, che hanno espressamente manifestato la volontà di non aderire alla previdenza complementare e di mantenere il proprio tfr presso il datore di lavoro. Si rinvia al successivo par. 6 per più ampie considerazioni relative al Fondo Tesoreria, richiamandovi l'attenzione, in questa sede, al solo fine di mantenerlo debitamente distinto dal Fondo di previdenza residuale, essendo entrambi istituiti presso l'INPS ed entrambi ad opera di decreti ministeriali datati 30 gennaio 2007.

6. Le forme pensionistiche complementari individuali.

Si definiscono forme pensionistiche individuali quelle alle quali il singolo individuo accede individualmente e a prescindere dalla propria appartenenza ad un determinato gruppo o categoria o comparto di lavoro. Sono attuate, ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d. lgs. 252/2005, mediante adesione ai fondi aperti di

cui all'art. 12 del medesimo decreto (lett. a), ovvero mediante stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita (lett. b).

Per questi ultimi, il legislatore impone che siano corredati da un regolamento, redatto nel rispetto delle direttive all'uopo impartite dalla COVIP e dalla stessa preventivamente approvato, contenente l'indicazione delle modalità di partecipazione e di trasferimento della posizione individuale nonché una serie di ulteriori indicazioni relative alla gestione del fondo, alla trasparenza dei costi, alle modalità di comunicazione delle attività della forma pensionistica e della posizione individuale. A tutela dei contraenti, inoltre, il legislatore delegato ha stabilito che le risorse delle forme pensionistiche complementari individuali di cui all'art. 13, co. 1, lett. b) "costituiscono un patrimonio autonomo e separato". Ciò vuol dire che le imprese di assicurazione dovranno costituire un patrimonio di destinazione separato ed autonomo all'interno dell'impresa, soggetto ai vincoli di cui all'art. 2117 c.c. ovvero non distraibile dalla propria destinazione e non assoggettabile ad esecuzione da parte dei creditori dell'assicuratore. La novità normativa, senza dubbio sgradita alle imprese di assicurazione, sembra costituire l'unica novità di rilievo, sin qui tratteggiata, della riforma delle forme pensionistiche individuali. E tuttavia, appare forse più rilevante la previsione, contenuta nel d. lgs. 252⁵⁰³ e del tutto innovativa rispetto all'impianto della previdenza complementare disegnato dal legislatore del 1993, della possibilità di destinare a tali forme pensionistiche anche le quote di accantonamento annuale del tfr e de contribuzioni del datore di lavoro alle quali abbiano diritto (comma 4, art. 13). Dando seguito alla manifestata aspirazione di equiparazione delle forme pensionistiche complementari, il legislatore offre a quelle individuali una forte *chance* di crescita e sviluppo attraverso la possibilità di devolvere ad esse il

⁵⁰³ La possibilità di far confluire il t.f.r. nelle forme pensionistiche individuali è dovuta alla l. n. 47 del 2000 mediante l'introduzione di un art. 9 *ter* nel d. lgs. 124 del 1993, successivamente confluito nella novella del 2005.

trattamento di fine rapporto. Ciò che ha reso le forme previdenziali individuali fortemente competitive rispetto alle concorrenti forme di matrice contrattuale collettiva⁵⁰⁴.

Quanto ai destinatari dell'offerta previdenziale in parola, il legislatore apre il varco anche a soggetti estranei al mondo del lavoro e non ricompresi, dunque, nel novero dei destinatari di cui all'art. 2 del decreto n. 252⁵⁰⁵.

7. Le forme di previdenza complementare “preesistenti”.

Questa sintesi descrittiva non poteva tralasciare la disciplina messa a punto dal legislatore del 2005 per le forme pensionistiche complementari istituite alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (ovvero al 15 novembre 2002). Si tratta delle c.d. forme pensionistiche “preesistenti”, il cui attributo caratterizzante è riferito al momento di costituzione, anteriore alla introduzione della prima normativa organica della previdenza complementare. Secondo la Relazione COVIP per il 2005⁵⁰⁶ si tratta di circa 450 fondi ovvero circa l'80% del totale dei fondi operanti in Italia sebbene sia in corso un processo di accorpamento che ne sta conseguentemente riducendo il numero complessivo. In assenza di qualsivoglia riferimento normativo, tali forme pensionistiche non risultano prive di tratti unitari e, in ogni caso, non classificabili secondo lo schema adottato dalla più recente riforma della previdenza complementare. Per la maggior parte di esse, infatti, si è prescelto il modello organizzativo e gestionale più confacente al perseguimento degli interessi e delle finalità degli aderenti, non sussistendo, peraltro, alcun vincolo “di sistema”. L'entrata in

⁵⁰⁴ V., sul punto, M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *RGL*, 2000, p. 535 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *LG*, 3, 2006, p. 249 ss.; M. PICCARI, *Le forme pensionistiche...*, cit., p. 151-152.

⁵⁰⁵ Per costoro, si considera “età pensionabile” quella vigente nel regime obbligatorio di base (art. 13, co. 5, d. lgs. 252/2005).

⁵⁰⁶ Reperibile sul sito istituzionale dell'organismo: www.covip.it.

vigore del d. lgs. 124 del 1993 modifica lo scenario e introduce una serie di principi al cui rispetto era necessario “adeguare” anche le forme pensionistiche preesistenti; di tal che il decreto conteneva, all’art. 18, una disciplina finalizzata alla armonizzazione⁵⁰⁷ di tali fondi, obiettivo poi fallito a causa dell’inutile decorso del termine decennale di adeguamento che lo stesso decreto aveva fissato. Lo stesso obiettivo viene però riproposto e rafforzato nel successivo impianto di riforma della previdenza complementare: con una nuova rubrica che esplicitamente riconduce la norma ad esse, l’art. 20 del d. lgs. n. 252 del 2005 individua le linee di intervento essenziali all’armonizzazione delle forme previdenziali “preesistenti” rispetto al nuovo regime della previdenza complementare. L’art. 20, infatti, riprende in buona parte i contenuti della previgente disciplina, conservando per i fondi preesistenti un particolare regime, ma al contempo imponendo a tali fondi l’obbligo di «adeguarsi alle disposizioni del presente decreto legislativo secondo i criteri, le modalità e i tempi stabiliti ... con uno o più decreti del Ministro dell’economia e delle finanze di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali» (art. 20, co. 2), da adottarsi entro un anno dalla data di pubblicazione del presente decreto legislativo (e cioè entro il 31 dicembre 2006). Tali decreti, peraltro, dovranno tener conto delle specifiche caratteristiche dei fondi preesistenti, se necessario anche derogando alla disciplina contenuta nel d. lgs. 252/2005⁵⁰⁸. Nelle more della decretazione ministeriale, alle forme complementari preesistenti non si applicheranno una serie di disposizioni relative alla natura giuridica del fondo o alle modalità gestionali delle risorse. Viene implementata, inoltre, l’attività di vigilanza svolta dalla COVIP nei confronti di tali forme pensionistiche, sottoforma altresì

⁵⁰⁷ Successivamente modificata dalla l. n. 335 del 1995 e poi dal d. lgs. N. 47 del 2000.

⁵⁰⁸ Cfr. in tal senso A. OCCHINO, *Le forme pensionistiche cdd. «preesistenti»*, Commento all’art. 20, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare...*, cit., p. 848 ss.

di sollecitazione all'adeguamento ai nuovi modelli legali di previdenza complementare⁵⁰⁹.

Giova evidenziare, tuttavia, che il d. lgs. n. 252 del 2005 all'art 23, commi 3° e 4°, contiene un ulteriore processo di adeguamento, di carattere generale, rivolto indistintamente «a tutte le forme pensionistiche»⁵¹⁰. Si ritiene, quindi, che tale regime generale si imponga alle forme pensionistiche preesistenti contestualmente a quello c.d. speciale contenuto nell'art. 20: pertanto «sembra improprio fare ricorso ad un modello che vorrebbe le forme pensionistiche preesistenti interessate da un processo di doppio adeguamento» dovendosi piuttosto ritenere che i due livelli «riflettono la duplicazione delle fonti dell'adeguamento che sono sia il d. lgs. 252/2005 (ex art. 23, n.d.r.), sia (e secondo le specificazioni de) la disciplina, che può derogarvi, adottata con la decretazione ministeriale attuativa dell'art. 20, comma 2°»⁵¹¹. Resta inevitabile, tuttavia la tendenza delle due fonti a sovrapporsi, ma si deve ritenere che per le forme pensionistiche preesistenti prevalgano «i vincoli di cui all'adeguamento ai sensi dell'art. 20» non solo in ragione del classico principio di prevalenza della disciplina speciale su quella generale, ma anche perché la COVIP, nelle sue direttive generali sull'adeguamento delle forme pensionistiche, dà espressa prevalenza per le forme preesistenti al decreto ministeriale che deve dare attuazione alla suddetta disciplina speciale.

⁵⁰⁹ Cfr. in tal senso P. SANDULLI, *Il conferimento tacito e non...*, cit., p. 187, che parla di «azione di *moral suasion* perseguita da COVIP». Più in generale, quanto al regime ed all'adeguamento delle forme preesistenti al nuovo modello legale di previdenza complementare, M. CINELLI, *I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge*, in *MGL*, 1997, p. 505 ss.. Si veda inoltre, quanto al particolare regime dei fondi preesistenti, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, pp. 367-369.

⁵¹⁰ In attuazione di tale norma la COVIP con deliberazione del 30 novembre 2006 ha approvato il Regolamento recante le procedure relative agli adeguamenti delle forme pensionistiche complementari al d. lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005 e le istruzioni ai sensi dell'art. 23, comma 4°, del d. lgs. n. 252 del 2005 come modificato dall'art. 1 del d. l. n. 279 del 13 novembre 2006.

⁵¹¹ Cfr. A. OCCHINO, *Le forme pensionistiche cdd. «preesistenti»*, cit. p. 848.

Lo schema di decreto ministeriale, al vaglio del Consiglio di Stato individua quattro ambiti di “adeguamento” inerenti la *governance* dei fondi (art. 3), l’accesso dei fondi preesistenti ai conferimenti di t.f.r. (art. 4), i modelli gestionali e gli investimenti (art. 5) e i conflitti di interesse (art. 6). Per quel che principalmente rileva in questa sede, è opportuno soffermarsi sul tenore dell’art. 4 che, al comma 5°, impone l’adeguamento degli statuti alle norme e ai principi sanciti dal d. lgs. 252 del 2005 in materia di amministrazione finanziamento prestazioni e portabilità (entro il 30 maggio 2007 e sempreché non siano adottate specifiche deroghe in merito). La norma si traduce nell’obbligo a carico delle fondi preesistenti cc.dd. interni di rendersi autonomi rispetto al datore di lavoro mediante la costituzione di associazioni riconosciute e non (art. 4, comma 1, lett. a e b) che, in una con il suddetto adeguamento degli statuti, consente, tra l’altro, alle forme preesistenti di accedere agli accantonamenti di t.f.r..

Sotto tale ultimo profilo, l’opportunità dell’adeguamento ai principi enunciati dalla riforma del 2005 risultava già valorizzata dal testo della riforma come modificato dalla legge n. 296/2006. Difatti, la legge finanziaria per il 2007 (cfr. art. 1, comma 753°, l. n. 296/2006) ha introdotto un nuovo comma 4 bis nell’art. 23 del d. lgs. 252 del 2005 ai sensi del quale le forme preesistenti «possono ricevere nuove adesioni anche con riferimento al finanziamento tramite conferimento del t.f.r. a far data dal 1° gennaio 2007»: ai fini di tale ultimo conferimento, tuttavia, è necessario che le suddette forme preesistenti si adeguino al decreto n. 252 entro il 31 maggio 2007 e che costituiscano, all’interno dei fondi, apposite sezioni a contribuzione definita.

Restano esclusi dall’obbligo di adeguamento degli statuti, i fondi preesistenti bancari e assicurativi i quali, se vogliono poter accedere ai conferimenti di t.f.r., oltre a costituire specifiche sezioni a contribuzione definita, dovranno altresì costituire un patrimonio separato.

8. Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari.

L'art. 8 del d. lgs. 252 del 2005 disciplina il finanziamento delle forme pensionistiche complementari individuando, per i lavoratori subordinati⁵¹², due modalità cumulabili tra loro:

- la contribuzione a carico del datore di lavoro e/o del lavoratore;
- il conferimento del tfr maturando.

La norma sancisce il principio della libera determinazione della contribuzione, il cui ammontare minimo a carico dei singoli lavoratori è definito da accordi tra i medesimi lavoratori; quanto, invece alla contribuzione a carico dei datori di lavoro, la determinazione delle relative modalità e della misura minima è rimessa ad accordi o contratti collettivi, anche aziendali (art. 8, comma 2). La stessa norma indica, inoltre, il parametro di quantificazione dei contributi a carico delle varie categorie di aderenti. Così, il legislatore specifica che il contributo può essere determinato in misura fissa ovvero: *“per i lavoratori dipendenti, in percentuale della retribuzione assunta per il calcolo del TFR o con riferimento ad elementi particolari della retribuzione stessa; per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, in percentuale del reddito d'impresa o di lavoro autonomo dichiarato ai fini IRPEF, relativo al periodo d'imposta precedente; per i soci lavoratori di società cooperative, secondo la tipologia del rapporto di lavoro, in percentuale della retribuzione assunta per il calcolo del TFR ovvero degli imponibili considerati ai fini dei contributi previdenziali obbligatori ovvero in percentuale del reddito di lavoro autonomo dichiarato ai fini IRPEF relativo al periodo d'imposta precedente”*⁵¹³ (art. 8, comma 2).

⁵¹² Lo stesso comma 1 dell'art. 8 stabilisce, invece, che per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti “il finanziamento delle forme pensionistiche complementari è attuato mediante contribuzioni a carico dei soggetti stessi”, mentre “nel caso di soggetti diversi dai titolari di reddito di lavoro o d'impresa e di soggetti fiscalmente a carico di altri, il finanziamento alle citate forme è attuato dagli stessi o dai soggetti nei confronti dei quali sono a carico”.

⁵¹³ Peraltro, il successivo comma 4, introduce una serie di facilitazioni fiscali in termini di deducibilità, per i contribuenti, dei suddetti contributi.

Inoltre, la contribuzione alle forme pensionistiche complementari può proseguire volontariamente oltre il raggiungimento dell'età pensionabile prevista dal regime obbligatorio di appartenenza, a condizione che l'aderente, alla data del pensionamento, possa far valere almeno un anno di contribuzione a favore delle forme di previdenza complementare. Avvalendosi di tale opzione, l'aderente stabilisce in piena autonomia il momento di fruizione delle prestazioni pensionistiche⁵¹⁴.

Il secondo, certo non in termini di importanza, strumento di finanziamento delle forme pensionistiche complementari è individuato nel conferimento del t.f.r. maturando.

Si tratta senz'altro della modalità di finanziamento privilegiata dal legislatore che, con il decreto n. 252, ne ha notevolmente modificato la disciplina rispetto al passato.

La scelta di conferire il proprio tfr ad un fondo di previdenza complementare comporta l'automatica adesione alla stessa forma pensionistica⁵¹⁵; adesione che tuttavia non implica l'ulteriore obbligo di contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore⁵¹⁶. Il lavoratore, tuttavia, può autonomamente decidere, anche in assenza di accordi collettivi che provvedano in tal senso, di destinare una parte della retribuzione alla forma pensionistica prescelta. In tal caso, il lavoratore comunicherà al datore di lavoro l'entità del contributo e il fondo di destinazione. D'altra parte, anche il datore può liberamente e autonomamente decidere di contribuire alla forma pensionistica alla quale il lavoratore ha già aderito, ovvero a quella indicata dal contratto o accordo collettivo, anche aziendale, quale fondo di destinazione.

⁵¹⁴ Art. 8, comma 11.

⁵¹⁵ Art. 8, comma 7.

⁵¹⁶ Art. 8, comma 10.

Il conferimento del tfr ad una forma pensionistica complementare può avvenire mediante modalità esplicite oppure tacite. Si è rilevato, in merito, che i principi di libertà e volontarietà dell'adesione alle forme pensionistiche complementari, sui quali si fonda il sistema previdenziale in commento, ed il rilievo giuridico attribuito all'eventuale contegno tacito del lavoratore rendono necessario «garantire che la scelta sulla destinazione del t.f.r. sia effettuata con piena consapevolezza da parte di ciascun lavoratore»⁵¹⁷. A tal fine, il legislatore ha imposto al datore di lavoro l'obbligo di curare una prima informativa all'atto dell'assunzione ed una seconda informativa in prossimità della scadenza dei termini per rendere la dichiarazione in ordine alla destinazione del tfr.

In particolare, l'art. 8, comma 8°, stabilisce che prima dell'avvio del periodo di sei mesi previsto ai fini dell'esercizio della scelta, il datore di lavoro deve fornire al lavoratore “adeguate informazioni” sulle diverse opzioni possibili. Tale informativa, se difficilmente potrà vertere sulla convenienza dell'una o dell'altra scelta, viceversa dovrà senz'altro informare i lavoratori sul funzionamento della nuova previdenza complementare, sulle concrete possibilità di adesione ad essa che si aprono al dipendente, sulla caratteristiche delle diverse tipologie di fondi, la relativa gestione finanziaria, ecc.⁵¹⁸.

La stessa norma dell'art. 8 prosegue introducendo un ulteriore obbligo di informazione, che scatta opportunamente, a fronte del contegno silente del lavoratore, «trenta giorni prima della scadenza dei sei mesi utili ai fini del conferimento del t.f.r.». Questa seconda informativa ha ad oggetto il fondo al

⁵¹⁷ C. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 99 ss., la quale evidenzia il rilievo dell'autonomia individuale del lavoratore non solo nella fase genetica della scelta, ma altresì in relazione alla possibilità di incidere su quella iniziale scelta, ad esempio trasferendo la propria posizione pensionistica da un fondo all'altro. Sulle problematiche relative all'adozione da parte del legislatore, del meccanismo del silenzio-assenso, si veda il ricco commento di V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del t.f.r.*, op. cit., specialm. pp. 715 ss.

⁵¹⁸ In tal senso si veda C. FALERI, *Asimmetrie...*, op.cit., p. 99 ss.

quale il datore di lavoro devolgerà i futuri accantonamenti di t.f.r. qualora il lavoratore ometta di manifestare alcuna volontà.

Il soddisfacimento delle apprezzabili finalità perseguite dal legislatore, preoccupato di garantire, mediante la predisposizione dei suddetti obblighi informativi, un effettivo « ampliamento della opportunità di scelta per i lavoratori»⁵¹⁹, richiederebbe, tuttavia, la configurazione di una responsabilità del datore di lavoro inadempiente rispetto agli obblighi derivanti dall'art. 8, comma 8°, d. lgs. 252/2005. L'attuale mancanza, infatti, di un regime sanzionatorio in tal senso, rende «problematica la reale azionabilità dei diritti individuali di informazione del lavoratore»⁵²⁰.

a) L'esplicito conferimento del tfr alla previdenza complementare.

Con modalità esplicite, entro sei mesi dalla data di assunzione, il lavoratore può conferire il proprio tfr maturando alla forma di previdenza complementare dallo stesso prescelta; in alternativa, il lavoratore può manifestare la volontà di mantenere il proprio tfr presso il datore di lavoro, pur conservando la possibilità di revocare successivamente tale scelta e conferire gli accantonamenti ad una forma di previdenza complementare⁵²¹.

Come si illustrerà appena oltre, l'eventuale conferimento tacito del t.f.r. alla previdenza complementare comporta l'automatica adesione del lavoratore alle forme pensionistiche individuate dalla legge; viceversa, la scelta compiuta in maniera esplicita è connotata dalla più ampia libertà e può ricadere su qualsiasi tipologia di forma pensionistica. La dichiarazione esplicita deve essere resa compilando gli appositi modelli TFR1 e TFR2⁵²² allegati al decreto ministeriale

⁵¹⁹ C. FALERI, *Asimmetrie informative...*, p. 103.

⁵²⁰ C. FALERI, *Asimmetrie informative ...*, cit., p. 103.

⁵²¹ Art. 8, comma 7, lett. a).

⁵²² Il modulo TFR1 è riservato ai lavoratori che hanno un rapporto di lavoro in essere alla data del 31 dicembre 2006; a coloro che sono stati assunti in data successiva, è dedicato, invece, il

30 gennaio 2007⁵²³. Il datore di lavoro, oltre a dover adempiere agli obblighi di informazione di cui al comma 8° dell'art. 8, è altresì tenuto a mettere a disposizione di ciascun lavoratore i suddetti modelli per manifestare la loro scelta, a conservare il modulo compilato e a rilasciarne copia controfirmata per ricevuta.

Con la suddetta dichiarazione esplicita, però, oltre a poter conferire il t.f.r. al prescelto fondo di previdenza complementare, il lavoratore può altresì optare per la conservazione del tradizionale trattamento di fine rapporto e, quindi, decidere di avvalersi, al termine del proprio rapporto di lavoro, di una somma in capitale computata ai sensi dell'art. 2120 c.c.. Tale scelta è reversibile e, pertanto, il lavoratore potrà in qualsiasi momento modificarla, aderendo alla previdenza complementare.

È opportuno sottolineare, tuttavia, che anche qualora il lavoratore dovesse manifestare la volontà di conservare inalterato il diritto al t.f.r., tale scelta non comporterebbe necessariamente la conservazione degli accantonamenti nella materiale disponibilità del datore di lavoro.

La l. 296 del 2006 (Legge finanziaria per il 2007) impone infatti ai datori di lavoro - eccezion fatta per coloro «che abbiano alle proprie dipendenze meno di 50 addetti» (art. 1, co. 756, l. 296/2006) - di versare il t.f.r. maturando al fondo istituito presso l'INPS (c.d. Fondo Tesoreria) dal decreto ministeriale 30 gennaio 2007, ai sensi dell'art. 1, comma 755, della stessa legge finanziaria⁵²⁴..

modello TFR2. in dottrina si è evidenziato che «la compilazione dei modelli sembra integrare una modalità tipica di manifestazione della volontà in ordine alla destinazione del tfr che non può essere surrogata da dichiarazioni rese con modalità differenti» (così G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto ...*, cit. p. 167).

⁵²³ In attuazione dell'art. 1, comma 765, l. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge finanziaria per il 2007).

⁵²⁴ Art. 1, comma 755, l. 296/2006: «Con effetto dal 1° gennaio 2007, è istituito il «Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile», le cui modalità di finanziamento rispondono al principio della ripartizione, ed è gestito, per conto dello Stato, dall'INPS su un apposito conto corrente

Il limite dimensionale dei 50 addetti viene valutato tenendo conto della media annuale dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa nell'anno di riferimento e computando tutti i lavoratori subordinati «a prescindere dalla tipologia di rapporto e dall'orario di lavoro» (art. 1, co. 7, d.m. 30 gennaio 2007). Nel computo di tale soglia dimensionale, dunque, si prendono in considerazione tutti i lavoratori con contratto di lavoro subordinato, a prescindere dalla tipologia contrattuale e dall'orario di lavoro svolto, ivi compresi i *part-timers* in proporzione all'orario di lavoro; restano esclusi, i lavoratori assenti, mentre vengono computati i loro eventuali sostituti, nonché i lavoratori somministrati e i soci di cooperativa. Lo stesso decreto ministeriale chiarisce, inoltre, che gli accantonamenti continueranno ad essere computati ai sensi dell'art. 2120 c.c. e che il datore di lavoro è tenuto a versarli mensilmente pro-quota al Fondo Tesoreria. Tale Fondo provvederà, poi, ad erogare il trattamento all'esito del singolo rapporto di lavoro per l'ammontare maturato e ad esso versato a far data dall'istituzione del Fondo medesimo ovvero dalla diversa data di iscrizione del lavoratore. Quanto alle quote anteriormente accantonate, l'erogazione del t.f.r. resterà a carico del datore di lavoro.

Resta inalterata, infine, la disciplina delle anticipazioni, in relazione alla quale il d.m. 30 gennaio 2007 rinvia alla disciplina codicistica⁵²⁵.

b) Il conferimento mediante modalità tacite.

In assenza di una dichiarazione espressa resa entro il suddetto termine di sei mesi dall'assunzione, il tfr maturando sarà automaticamente conferito alle forme

aperto presso la tesoreria dello Stato. Il predetto Fondo garantisce ai lavoratori dipendenti del settore privato l'erogazione dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile, per la quota corrispondente ai versamenti di cui al comma 756, secondo quanto previsto dal codice civile medesimo”.

⁵²⁵ Tale rinvio solleva peraltro qualche perplessità in ordine al coordinamento dell'attività del Fondo con il regime di derogabilità *in melius* che assiste la codicistica disciplina delle anticipazioni. Sul punto sia consentito rinviare al capitolo I, par. 2.8, specialm. n.1.

pensionistiche indicate dall'art. 8, comma 7, lett. b), in ragione della tacita adesione del lavoratore alla previdenza complementare. Mediante tale previsione normativa, il legislatore si preoccupa di «evitare che la scelta del fondo beneficiario dei conferimenti venga lasciata al datore di lavoro», cercando di «definire una serie di regole in applicazione delle quali al silenzio del lavoratore possa attribuirsi un significato concludente circa l'identificazione del soggetto che sia destinatario dei conferimenti»⁵²⁶. In tale ottica, la norma dispone che, in caso di “silenzio” del lavoratore circa la destinazione del proprio t.f.r., il datore di lavoro debba devolvere gli accantonamenti maturandi alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, salvo sia sopraggiunto un eventuale accordo aziendale. Se, tuttavia, esistono più forme pensionistiche che rispondano ai suddetti requisiti, prevale «quella alla quale abbia aderito il maggior numero di lavoratori dell'azienda»⁵²⁷. Infine, qualora le suddette disposizioni non siano applicabili, il datore di lavoro dovrà trasferire il t.f.r. maturando al (già descritto) «Fondo complementare INPS»⁵²⁸.

Non stupisce che il conferimento tacito riguardi solo forme pensionistiche collettive, restando escluse quelle individuali in ragione del fatto che l'adesione a queste ultime non può che essere «materia di personali decisioni, essendo impensabili modalità legali di assegnazione del t.f.r. ad una o ad altra di queste forme previdenziali»⁵²⁹.

Il comma 9° dell'art. 8 si preoccupa, inoltre, di offrire una tutela aggiuntiva ai lavoratori tacitamente aderenti alla previdenza complementare prevedendo che

⁵²⁶ V. FERRANTE, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del t.f.r.*, op. cit., p. 725.

⁵²⁷ Art. 8, comma 7°, lett. b), n. 2.

⁵²⁸ Istituito, ai sensi dell'art. 8, comma 7°, lett. b), n. 3, dal decreto ministeriale 30 gennaio 2007 (cfr. art. 2).

⁵²⁹ BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in BESSONE-CARINCI (a cura di), cit., p. 827.

le relative somme di t.f.r. devolute alle forme pensionistiche complementari siano investite nella linea a contenuto più prudentiale, si da garantire a tali soggetti «la restituzione del capitale e rendimenti comparabili, nei limiti previsti dalla normativa statale e comunitaria, al tasso di rivalutazione del t.f.r.». La COVIP ha avuto modo di chiarire, tuttavia, che il lavoratore ha la possibilità di incidere su tale direttiva chiedendo una diversa allocazione delle proprie risorse, optando per più “impegnative” modalità di investimento.

c) Gli iscritti alla previdenza “obbligatoria” anteriormente al 29 aprile 1993.

Il decreto n. 252/2005 disciplina inoltre la posizione dei soggetti di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria “in data antecedente al 29 aprile 1993”. Si tratta della data di entrata in vigore del d. lgs. 124 del 1993 che segna il momento a partire dal quale gli iscritti alla previdenza obbligatoria, aderendo ad una forma pensionistica complementare assumevano automaticamente l’obbligo di integrale conferimento del tfr maturando alla stessa forma pensionistica. Di conseguenza, tutti coloro che risultano iscritti alla previdenza complementare *a partire dal 29 aprile 1993* devolvono senz’altro in maniera integrale il proprio t.f.r. al fondo prescelto.

Viceversa, coloro che erano già iscritti ad un fondo pensionistico complementare alla data del 29 aprile 1993, potevano finanziare il suddetto fondo mediante contribuzione e /o mediante conferimento soltanto pro-quota (e non per intero) del t.f.r. maturando⁵³⁰. Proprio su tale ultima disposizione incide il d. lgs. 252/2005, che, nell’ottica di trasformare il t.f.r. in preferenziale strumento di finanziamento della previdenza complementare, consente a costoro di incidere sulla previgente disciplina conferendo alla previdenza

⁵³⁰ Lo aveva stabilito il d. lgs. 124 del 1993 all’at. 8, comma 3°.

complementare anche la residua quota di t.f.r., potendo ora devolvere integralmente, al fondo di riferimento, il trattamento maturando.

In particolare il legislatore ha stabilito:

- per coloro che, al momento dell'entrata in vigore del decreto n. 252/2005, risultavano iscritti a forme di previdenza complementare a contribuzione definita, ferma restando la disciplina dei cc. dd. Fondi preesistenti, la possibilità di scegliere, entro sei mesi dalla predetta data (ovvero dalla data di assunzione, se successiva), di conservare il residuo t.f.r. maturando presso il datore di lavoro ovvero conferirlo – anche tacitamente - alla forma di previdenza complementare alla quale risultano iscritti;
- a coloro che alla data di entrata in vigore del decreto n. 252/2005 non risultano più aderenti alla previdenza complementare, la possibilità di scegliere, entro sei mesi dalla predetta data, se mantenere il TFR maturando presso il proprio datore di lavoro, oppure conferirlo ad una forma pensionistica complementare⁵³¹. L'eventuale condotta tacita del lavoratore si traduce, anche in questo caso, in una automatica adesione alle forme pensionistiche complementari secondo quanto stabilito dall'art. 8, comma 7, lett. b).

9. La portabilità della posizione previdenziale.

La legge delega n. 243/2004 prevedeva già la possibilità che, al momento del trasferimento ad una nuova forma pensionistica complementare, l'aderente potesse “portare con sé” l'eventuale contributo datoriale a cui avesse diritto, nonché i contributi datoriali già goduti insieme con gli accantonamenti di tfr. Si è già evidenziato, infatti, come il legislatore delegante del 2004 e, giocoforza,

⁵³¹ La misura del conferimento anche in questo caso è rimessa alla determinazione degli accordi o contratti collettivi ovvero, qualora detti accordi non prevedessero il versamento di t.f.r., in misura comunque non inferiore al 50% con possibilità di incrementi successivi.

altresì il delegato che ha poi emanato il decreto n. 252 nel 2005, riordinava la previdenza complementare mirando ad un'equiparazione tra le varie forme pensionistiche, al fine di realizzare «un secondo pilastro della previdenza fondato sulla piena concorrenza tra tutte le diverse forme pensionistiche complementari, definizione che ora ricomprende, non senza ambiguità, sia i fondi chiusi di matrice sindacale, sia i fondi aperti, sia le forme pensionistiche individuali»⁵³². Tale equiparazione può dirsi efficacemente realizzata con la previsione della portabilità della posizione previdenziale, mediante la quale il d. lgs. 252 del 2005 ha dato attuazione all'indirizzo contenuto nella legge delega instaurando un regime di libera concorrenza tra le forme pensionistiche complementari. La possibilità di trasferire la posizione maturata da una forma pensionistica all'altra, senza vincoli di sorta, garantisce infatti, all'interno del nuovo sistema previdenziale complementare, una reale libertà di circolazione dell'aderente inerente non più soltanto l'an dell'accesso al sistema, ma altresì il quomodo della scelta medesima.

Com'è noto tale liberalizzazione ha conosciuto una progressiva evoluzione: il d. lgs. 124 del 1993 consentiva al lavoratore di accedere alla previdenza complementare mediante adesione ad un fondo aperto soltanto nell'ipotesi in cui il contratto collettivo applicato al suo rapporto di lavoro non avesse istituito alcun fondo chiuso a lui accessibile. Successivamente il legislatore ha consentito al lavoratore iscritto ad un fondo chiuso di uscirne ed aderire ad un fondo aperto⁵³³ ovvero altresì ad una forma pensionistica individuale⁵³⁴. Con il d. lgs.

⁵³² M. PALLINI, *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *NLCC*, cit., p. 782.

⁵³³ Cfr. art. 1°, comma 1°, l. 8 agosto 1995, n. 335 che ha modificato il d. lgs. 124 del 1993 aggiungendovi il comma 3° bis. In dottrina, si veda A. VISCOMI, *La facoltà di trasferimento della posizione individuale*, in *LD*, 1997, p. 55 ss.; A. ALAIMO, *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *ADL*, 2001, p. 201 ss.

⁵³⁴ Cfr. art.3 comma 1°, lett. b) del d. lgs. 18 febbraio 2000, n. 47 che ha modificato l'art. 10 del d. lgs. 124 del 1993.

n. 252, infine, il processo di liberalizzazione viene portato a termine consentendo al lavoratore di aderire, fin dal primo accesso, a qualsiasi forma di previdenza complementare. In tal modo i fondi pensionistici chiusi, di matrice contrattuale collettiva perdono quel vantaggio che indubbiamente i precedenti regimi gli riconoscevano; quale contropartita, seppur di rilievo minore, il legislatore introduce (cfr. art. 9, comma 7°, d. lgs. 252/2005) un meccanismo di tacito conferimento del t.f.r. inoptato al fondo chiuso istituito dal contratto collettivo applicato al suo rapporto di lavoro (in mancanza di una diversa previsione del contratto collettivo aziendale). Si è correttamente rilevato in dottrina, tuttavia, come «a questa libertà di accesso al sistema non corrisponda una speculare libertà di uscita» dal sistema. Se è vero infatti che il legislatore consente il libero trasferimento della posizione pensionistica maturata da un fondo complementare ad un altro, è altrettanto vero che, eccezion fatta per le ipotesi di riscatto totale della posizione maturata (alle condizioni e con le limitazioni stabilite dalla legge), resta preclusa all'aderente la facoltà di uscire dal sistema previdenziale.

L'art. 14 del d. lgs. 252 del 2005, dunque, stabilisce innanzitutto che le modalità di partecipazione, di portabilità della posizione individuale maturata e della contribuzione nonché di riscatto della posizione medesima sono determinate dagli statuti e dai regolamenti delle forme pensionistiche complementari nel rispetto dei principi sanciti dal decreto n. 252. La norma contempla due possibili ipotesi di trasferimento della posizione previdenziale maturata: il trasferimento causale ovvero la c.d. «portabilità occasionata», e il trasferimento libero che realizza la «portabilità discrezionale» della posizione previdenziale⁵³⁵. La prima ipotesi, disciplinata dal comma 2° dell'art. 14, si verifica qualora l'aderente perda i requisiti di partecipazione previsti dallo statuto o dal

⁵³⁵ Le definizioni virgolettate sono di G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, Padova, 2004, p. 181.

regolamento della forma pensionistica: in tal caso, egli ha diritto di trasferire la posizione pensionistica complementare maturata ad una diversa forma pensionistica di cui abbia o abbia acquisito i requisiti. In particolare il legislatore tipizza l'ipotesi in cui il lavoratore perda i requisiti di partecipazione al fondo in ragione di un cambiamento di attività lavorativa che lo collochi in una diversa categoria contrattuale che non consente l'accesso alla forma pensionistica complementare di provenienza⁵³⁶. Tale tipizzazione, si è rilevato tuttavia, non può in alcun modo considerarsi esaustiva o tassativa⁵³⁷, trattandosi piuttosto di «un residuo inopportuno (quanto meccanicamente e inconsapevolmente importato dal testo dell'art. 10, comma 1°, lett. a) del d. lgs. 124 del 1993»⁵³⁸, norma, quest'ultima, che contemplava la possibilità di trasferimento soltanto ad altro fondo chiuso. In mancanza di esercizio della facoltà di trasferimento, la posizione previdenziale maturata continuerebbe ad essere gestita dalla forma pensionistica, senza alcun beneficio per il lavoratore che vi ha aderito fino a quel momento⁵³⁹.

⁵³⁶ Il fondo Cometa, ad esempio, è riservato ai lavoratori di aziende che applicano il CCNL dell'industria metalmeccanica privata e dell'installazione di impianti nonché il CCNL delle aziende industriali orafe-argentiere.

⁵³⁷ Cfr. A. VISCOMI, *La facoltà di trasferimento della posizione individuale*, cit., p. 56.

⁵³⁸ Così M. PALLINI, *La «mobilità»...*, cit., p. 784. D'altronde, rileva l'Autore, sebbene il tenore letterale della norma sembri continuare a legittimare il trasferimento solo in caso di mutamento dell'attività, un'interpretazione di tal fatta risulterebbe del tutto irrazionale, condannando il lavoratore che ha perso i requisiti per ragioni diverse dal cambiamento di attività (si pensi ad una promozione a livello dirigenziale, che non consentirebbe più la permanenza nel *Fondo Quadri e Capi Fiat*, ovvero ad un'ipotesi di recesso per giusta causa dalla forma pensionistica complementare) ad una ingiustificata espulsione dal sistema ovvero a rimanervi ma con una situazione contributiva inattiva. In tal senso lo stesso Autore richiama i commenti di BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, p. 195 ss.; ID., *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portabilità della posizione previdenziale, disciplina di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DLRI*, 2002, p. 565; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare*, Padova, 2004, p. 184; A. PANDOLFO, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in BESSONE-CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, p. 312 ss.

⁵³⁹ Lo chiarisce la COVIP nella *Deliberazione del 28 giugno 2006*, «*Direttive generali alle forme pensionistiche complementari ai sensi dell'art. 23, comma 3, d. lgs. 5 dicembre 2005*», n. 252, p. 20.

È evidente, in ogni caso, che l'ipotesi di perdita dei requisiti inerisce la sola adesione a forme pensionistiche collettive per le quali rileva l'attività svolta dal lavoratore; le forme pensionistiche individuali, viceversa, non pongono alcuna limitazione in ordine ai potenziali aderenti.

Il trasferimento discrezionale della posizione previdenziale è attuabile indipendentemente dal venir meno dei requisiti di partecipazione ed è condizionato unicamente al decorso del periodo di permanenza minima al Fondo dal quale si intende trasferirsi. Tale periodo di permanenza minima è fissato dalla legge in due anni, diversamente dalla previgente disciplina che imponeva una permanenza minima di 3 anni aumentata a 5 se corrispondenti ai primi cinque anni di vita del fondo con l'evidente finalità di tutelare la fase di start-up del Fondo medesimo⁵⁴⁰.

Quanto alle sorti del trattamento di fine rapporto devoluto alla previdenza complementare, anche esso segue il trasferimento costituendo parte integrante della posizione pensionistica maturata dal lavoratore, mentre gli accantonamenti maturandi a seguito del trasferimento saranno direttamente versati dal datore di lavoro al nuovo fondo pensionistico prescelto dal lavoratore ai sensi dell'art. 14, comma 6°. Il medesimo comma contiene il divieto per gli statuti e i regolamenti delle forme pensionistiche di contenere clausole «che risultino, anche di fatto, limitative del suddetto diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale». Il regime garantistico della possibilità di trasferimento della posizione pensionistica risulta poi ulteriormente corredato dal limite temporale di attuazione del trasferimento che non può superare i sei mesi dalla data della

⁵⁴⁰ Per una ricognizione dei rischi cui sono esposti i fondi in ragione di questa *diminutio*, specie in ordine alla stabilità finanziaria e al rischio, inerente gli investimenti a lungo termine, di c.d. *short termism*, si veda, PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (di parziale) commento del d. lgs. n. 252/2005*, cit., p. 203 e A VISCOMI, *La facoltà di trasferimento...*, cit., p. 59.

richiesta e dalla esenzione da oneri fiscali delle relative operazioni di passaggio di titolarità delle risorse economiche.

Tale esenzione fiscale risulta particolarmente significativa in chiave comparativa, laddove, viceversa, la facoltà di riscatto della posizione previdenziale maturata è soggetta a tassazione ordinaria e in alcuni casi a tassazione separata, segno dell'evidente sfavore del legislatore verso l'esercizio di tale opzione.

Il riscatto, in effetti, a differenza del semplice trasferimento della posizione previdenziale, si traduce in una sottrazione di risorse al "sistema previdenza complementare" passibile di creare effetti destabilizzanti per il sistema medesimo. In particolare, il riscatto ha ad oggetto la contribuzione accantonata individualmente dall'aderente, maggiorata o decurtata in ragione dell'andamento della relativa gestione finanziaria⁵⁴¹.

L'art. 14, comma 2°, lettera b) disciplina il c.d. riscatto parziale, consentito nella misura massima del 50% in caso di «cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi» nonché in caso «di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria».

La collocazione della norma all'interno del comma secondo, strutturato come un'elencazione di conseguenze derivanti dalla perdita dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica complementare, lascerebbe presumere che il disposto della lettera b), appena richiamato, annoveri delle fattispecie riconducibili al genus "perdita dei requisiti". E tuttavia si è correttamente rilevato che la cassa integrazione guadagni non comporta la cessazione del rapporto ma solo la sospensione temporanea di alcune obbligazioni da esso derivanti, sicché non integra necessariamente un'ipotesi di perdita dei requisiti di partecipazione al fondo. L'inequivocabile dizione della norma sembra,

⁵⁴¹ M. PALLINI, op.loc. cit., p. 799.

dunque, consentire il riscatto, in maniera incoerente rispetto alla complessiva ratio della disciplina⁵⁴², anche qualora l'aderente, in possesso dei requisiti di permanenza nel fondo, sia interessato da una forma di integrazione salariale.

La lettera c) del comma 2° consente, invece, il riscatto totale della posizione pensionistica maturata: in maniera immediata, in caso di «invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa» ovvero dopo un periodo di inoccupazione di almeno 48 mesi «a seguito di cessazione dell'attività lavorativa». Tale facoltà non può essere esercitata, però, nel quinquennio anteriore alla maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche erogate dalla forma pensionistica complementare. La stessa norma, in relazione a tale periodo, rinvia alla norma dell'art. 11, comma 4° che consente l'accesso anticipato, nell'arco di un periodo massimo di cinque anni anteriore alla maturazione ordinaria del diritto, alle prestazioni pensionistiche proprio nel caso in cui l'aderente sia rimasto inoccupato per più di 48 mesi. L'infelice dizione dell'art. 14 lascerebbe presumere che l'accesso all'anticipazione sarebbe possibile solo nell'ipotesi di inoccupazione, cui è espressamente dedicato l'art. 11, comma 4°; comprensibilmente si è rilevato, tuttavia, che l'esclusione della possibilità di anticipazione per le ipotesi di invalidità permanente risulterebbe del tutto irrazionale e priva di qualsivoglia giustificazione: sicché sembra più corretto concludere che laddove la norma sancisce che «in questi casi si applicano le previsioni di cui al comma 4 dell'art. 11», il legislatore intendeva estendere la possibilità di anticipazione di cui al suddetto art. 11, comma 4° anche alle ipotesi di invalidità permanente⁵⁴³.

⁵⁴² Cfr. in tal senso R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, p. 579; D. MEZZACAPO, *La portabilità della posizione previdenziale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto...*, cit., 2007, p. 177-178. si veda inoltre l'interpretazione in chiave altrettanto critica di M. PALLINI, *La «mobilità» ...*, cit., p. 800.

⁵⁴³ Lo rileva M. PALLINI, op. cit., p. 800 ss.

Il comma 3° dell'art. 14 disciplina invece il riscatto della posizione pensionistica dell'aderente morto prima della maturazione del diritto alla prestazione: in tal caso l'intera posizione individuale maturata «è riscattata dagli eredi ovvero dai diversi beneficiari dallo stesso designati». In tal caso devono ritenersi applicabili, dunque, le ordinarie norme codicistiche in materia successoria, salvo che l'aderente premorto non abbia designato un diverso beneficiario. Infine, nell'ipotesi in cui non vi siano eredi né beneficiari, la posizione pensionistica del premorto, limitatamente alle forme pensionistiche individuali, è devoluta a finalità sociali secondo modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro; nelle forme pensionistiche collettive, la posizione «resta acquisita al fondo pensione» (art. 14, comma 3°).

È opportuno menzionare, infine, la possibilità contemplata dal comma 5° dell'art. 14, di esercitare il riscatto «per cause diverse da quelle di cui ai commi 2 e 3». La norma vi fa riferimento per imporre a tali ipotesi di riscatto una ritenuta a titolo di imposta più onerosa rispetto a quella prevista per le “ipotesi legali” di riscatto, sin qui descritte. Ciò si traduce, implicitamente, nella possibilità, riconosciuta agli statuti e ai regolamenti delle forme pensionistiche complementari⁵⁴⁴, di introdurre ipotesi di riscatto ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 14, sebbene il legislatore tenti di disincentivarle attraverso la leva fiscale.

10. Le prestazioni erogate dal fondo pensione.

Anche una descrizione sommaria del sistema di previdenza complementare riformato dal decreto del 2005 impone di riservare uno spazio, seppur limitato a brevi cenni, alla disciplina delle prestazioni erogate dai relativi fondi pensionistici. Proprio il regime delle prestazioni, infatti, «offre fondamentali indicazioni sulla collocazione della previdenza complementare in rapporto alla

⁵⁴⁴ Lo evidenzia la COVIP nella Deliberazione del 28 giugno 2006, cit.

previdenza obbligatoria»⁵⁴⁵, rivelando un'indubbia centralità condivisa anche da coloro che, svalutando il collegamento funzionale tra i due sistemi previdenziali in parola, riconducono il rapporto di complementarità tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare proprio alle prestazioni erogate da entrambe⁵⁴⁶.

Le forme di previdenza erogano prestazioni per vecchiaia o per anzianità ed eventualmente nei casi di invalidità e premorienza.

Diversamente dal previgente regime, la riforma del 2005 non distingue più le prestazioni per vecchiaia da quelle erogate per anzianità, introducendo una sorta di «prestazione pensionistica unificata»⁵⁴⁷, il cui diritto «si acquisisce nel momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari»⁵⁴⁸. Concorrono alla determinazione dei suddetti cinque anni di permanenza nel fondo tutti i periodi di partecipazione per i quali non si sia esercitato il riscatto totale della posizione pensionistica maturata (cfr. art. 11, comma 9°). Resta possibile derogare al requisito di anzianità di permanenza nel fondo nelle ipotesi di erogazione anticipata delle prestazioni previste dall'art. 11, comma 4°.

Per quanto non definito legislativamente, l'atto costitutivo o lo statuto della forma pensionistica determinano i requisiti minimi e le modalità di accesso alle prestazioni.

Com'è noto per i lavoratori vige l'obbligo di aderire esclusivamente a forme pensionistiche in regime di contribuzione definita, il ché comporta che i livelli di

⁵⁴⁵ S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, nel *Commentario* curato da A. TURSI per le *Nuove Leggi Civili Commentate*, cit. p. 747.

⁵⁴⁶ In tal senso si veda M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *ADL*, 1998, p. 317 ss., nonché G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in *ADL*, 2000, p. 120 ss.

⁵⁴⁷ Così la definisca, ad esempio, l'INPDAP, nella nota del 1° febbraio 2006, www.inpdap.it

⁵⁴⁸ Art. 11, comma 2°, d. lgs. n. 252/2005.

prestazione sono determinati, in base alla tecnica della capitalizzazione, dai contributi accreditati dal datore di lavoro e dal lavoratore, ivi compresi quelli devoluti dal t.f.r., sommati al rendimento prodotto dai relativi investimenti. La legge consente che le prestazioni possano essere erogate sotto forma di rendita ovvero in capitale.

La liquidazione in capitale può interessare al massimo il 50% del montante (diminuito della somma eventualmente erogata a titolo di anticipazione), salvo nel caso in cui la rendita derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante risulti inferiore al 50% dell'assegno sociale: in tal caso l'aderente può ottenere l'intera somma in capitale. Tali limitazioni rispondono all'esigenza di preservare quella finalità pensionistico-previdenziale al cui perseguimento dovrebbero essere volte le forme di previdenza complementare. Difatti, sia che si accolga la tesi della complementarietà della funzione di tali forme pensionistiche rispetto alla previdenza obbligatoria, sia che si propenda per la complementarietà delle sole prestazioni erogate dai due sistemi previdenziali, resta innegabile il legame tra essi e il contributo apportato dalla previdenza complementare al perseguimento di interessi sociali generali. Ciononostante, la necessità di incentivare il nuovo sistema di previdenza complementare ha suggerito di introdurre la possibilità di riscatto della posizione in capitale, così come ha reso opportuna l'introduzione di un regime di anticipazioni simmetrico rispetto a quello contemplato nella disciplina del t.f.r. di cui all'art. 2120 c.c.. In effetti, proprio la presenza nel nostro ordinamento di un emolumento retributivo, qual è il trattamento di fine rapporto, «rivolto a sopperire ad esigenze del lavoratore in buona misura analoghe a quelle cui intende rispondere la costituzione dei fondi complementari», si presenta come una «formidabile alternativa»⁵⁴⁹ a questi ultimi, contrastabile solo attraverso una

⁵⁴⁹ *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, A. TURSÌ (a cura di), in *NLCC*, 3-4-, 2007.

regolamentazione che li renda realmente “concorrenziali”. Nella medesima ottica deve essere letta, del resto anche la norma che consente a eredi e beneficiari, in caso di morte del titolare della posizione previdenziale, la restituzione del montante ovvero l'erogazione agli stessi soggetti di una rendita calcolata in base al montante medesimo.

10.1 Il regime delle anticipazioni.

Come accennato, la predisposizione della possibilità di ottenere anticipazioni dalla posizione individuale maturata si pone, per molti versi, in contrasto con la eventuale struttura solidaristica del fondo e con le stesse finalità prettamente pensionistiche consuetamente ricondotte ai fondi di previdenza complementare. Tuttavia, si è altresì evidenziato lo scarso successo della previdenza complementare in Italia e la difficoltà a decollare anche in ragione della forte concorrenza esercitata dall'istituto del trattamento di fine rapporto. Per rendere competitivo il ricorso a queste forme privatistiche di previdenza, il legislatore ha dovuto renderle appetibili, possibilmente quanto e più del t.f.r., nell'ottica di puntare sull'incentivazione dell'adesione ai fondi pensione complementari mediante devoluzione ad essi proprio degli accantonamenti di t.f.r.. In tal modo, il lavoratore si ritrova a finanziare un fondo pensionistico privato senza doverne sostenere in maniera immediata e diretta i costi e, cosa di non poco conto, senza rinunciare, ad esempio, alla possibilità di accedere a quel montante di denaro accumulato a suo nome presso il fondo prescelto nell'ipotesi in cui dovesse averne bisogno. Si sono già evidenziate in altra sede le perplessità in merito al lineare funzionamento di questo meccanismo⁵⁵⁰, posto che non contempla il fattore rischio derivante dalle scelte e dall'andamento degli investimenti

⁵⁵⁰ Sul punto si rinvia al paragrafo introduttivo del presente capitolo. Quanto invece alla rilevanza del regime delle anticipazioni nell'evoluzione funzionale dell'istituto del t.f.r., si rinvia al capitolo I.

effettuati dai fondi; pertanto, qui si descriverà sommariamente la sola disciplina delle anticipazioni.

La possibilità di ottenere un anticipo sul montante accumulato, prima del raggiungimento dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche vere e proprie, è disciplinata dall'art. 11, commi 7° e 8°, del d. lgs. 252/2005 che le inserisce nell'ambito delle prestazioni erogate dal fondo pensione. Tale possibilità è sottoposta ad una serie di condizioni di carattere temporale, quantitativo e causale. Possono essere richieste «in qualsiasi momento» e, dunque, a prescindere da qualsiasi vincolo di permanenza minima nel fondo, le anticipazioni finalizzate a sostenere «spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche»⁵⁵¹. È necessario, invece, un periodo di permanenza di almeno otto anni nel fondo per poter accedere alle anticipazioni giustificate dallo «acquisto della prima casa, per sé o per i figli, documentato con atto notarile»⁵⁵², dalla realizzazione di interventi di ristrutturazione relativi alla prima casa, nonché da «ulteriori esigenze degli aderenti»⁵⁵³. Sotto il profilo quantitativo, l'anticipazione può raggiungere il 75% del posizione pensionistica maturata, salvo si tratti di esigenze diverse da quelle legalmente tipizzate, per le quali il comma 7°, lett. c dell'art. 11 stabilisce che l'anticipazione non può superare il 30% del montante. Di particolare rilievo si rivela la norma contenuta nel comma 8° dell'art. 11 laddove, stabilendo che «le somme percepite a titolo di anticipazione non possono mai eccedere complessivamente, il 75% del totale dei versamenti», afferma implicitamente la possibilità di ricorrere più volte all'istituto delle anticipazioni. Il testo

⁵⁵¹ Art. 11, comma 7°, lett. a).

⁵⁵² Art. 11, comma 7°, lett. b).

⁵⁵³ Art. 11, comma 7° lett. c).

normativo, in effetti, individua il tetto massimo anticipabile, ma non contiene alcuna limitazione in merito al numero di anticipazioni richiedibili⁵⁵⁴.

Un'interessante novità (sia rispetto al previgente regime introdotto con d. lgs. 124 del 1993, sia rispetto al regime delle anticipazioni di t.f.r.) è costituita senz'altro dal rilievo attribuito ad eventuali «ulteriori esigenze degli aderenti», «non sottoposte ad alcun sindacato di meritevolezza»⁵⁵⁵ e, dunque, traducibili nella possibilità di richiedere anticipazioni sostanzialmente «acausalì»⁵⁵⁶. Tale previsione, se per un verso potrebbe favorire il ricorso, anche reiterato (sempre, però, nel rispetto del tetto massimo costituito dal 75% del montante, ex art. 11, comma 8°), alle anticipazioni, non dovendo l'aderente fornire particolari giustificazioni a fondamento della propria richiesta, per altro verso dovrebbe disincentivare le richieste fondate su futili motivi in ragione della notevole limitazione quantitativa cui resterebbero comunque sottoposte (il 30% del totale dei versamenti).

⁵⁵⁴ Cfr. art. 11, comma 8°. Diversamente dal regime del trattamento di fine rapporto che consente di richiedere una sola anticipazione nel corso del rapporto (art. 2120 c.c.). Peraltro le anticipazioni sul t.f.r. possono raggiungere al massimo il 70% del maturato, sebbene la norma di chiusura che consente pattuizioni migliorative, attribuisce alla contrattazione individuale e collettiva di incidere su tale limitazione.

⁵⁵⁵ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto ...*, cit., 207, p. 195.

⁵⁵⁶ Così R. Pessi, *Lezioni ...*, cit., p. 575. Più prudente è l'interpretazione offerta da CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, secondo il quale alle ulteriori esigenze di cui al comma 7°, lett. c) dell'art. 11 sarebbero riconducibili con certezza i congedi parentali (art. 5, d. lgs. 151 del 2001), i congedi per la formazione e per la formazione continua (art. 7, l. n. 53 del 2000). In tal senso, si è pronunciata altresì la COVIP nella Delibera del 28 giugno 2006 (cit.), che, tuttavia, non ha considerato tale richiamo esaustivo delle suddette «ulteriori esigenze». Per ulteriori valutazioni in merito ed una più articolata critica alla tesi della acausalità delle «ulteriori esigenze» legittimanti l'anticipazione, sia consentito rinviare al capitolo I, par. 2.4, n. 3.

Il trattamento di fine rapporto

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ALAIMO A., *La partecipazione azionaria dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1998.

ALAIMO A., *La previdenza complementare nella crisi del welfare state: autonomia individuale e nuove frontiere dell'azione sindacale*, in *ADL*, 2001, p. 201 ss.

ALLEVA P. G., *Automatismi e riassorbimenti salariali*, in *RGL*, 1979, I, 136.

ALLEVA P.G., *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982*, in *GDLRI*, 1982, p. 532.

ALLEVA P. G., *Trattamento di fine rapporto*, I) Diritto del lavoro, in *EGT*, 1994, vol. XXXI.

ALLEVA P. G., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG*, 1994, p. 777.

ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, 1972, 1238.

BALELLA, *Legislazione del lavoro*, U.S.I.L., Roma, 1927, p. 365.

BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, nelle edizioni del 1936 e del 1957.

BESSONE, *Previdenza complementare*, Torino, 2000.

BESSONE, *Fondi pensione e diritti soggettivi. Portability della posizione previdenziale, disciplina di riscatto, il recesso per giusta causa*, in *DLRI*, 2002, p. 565.

BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in BESSONE-CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, in CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 2004, 215 ss.

BETTINI M. N., *Commento agli artt. 2120-2122 c.c.*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, I, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 921 ss..

BIAGI M., *La partecipazione azionaria dei dipendenti tra intervento legislativo e autonomia collettiva*, in *RIDL*, 1999, I, 283 ss.

BIANCHI D'URSO F., *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, ESI, Camerino, 1984.

BUGNI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri di tribunali e di Corti in questioni di lavoro*, Milano, 1907.

CARINCI F., *L'anzianità nel rapporto di lavoro. Profili storico-critici*, Litografia Due Torri, Bologna.

CARNELUTTI F., *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, in *RDC*, 1905, p. 275 ss..

CASALINO, *Trasformazioni in titoli del trattamento di fine rapporto e devoluzione ai fondi pensione*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, I, Milano, 2000, p. 67 ss.

CESSARI A., *Ascesa e declino di un istituto*, in *RIDL*, 1982, I, p. 427.

CINELLI M., *I problemi della previdenza complementare. L'adeguamento delle forme preesistenti alla disciplina di legge*, in *MGL*, 1997, p. 505 ss..

CINELLI M., *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *RGL*, 2000, p. 535 ss.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, edizioni del 2005 e del 2007.

D'ANTONA M., *L'indennità di anzianità tra riforma e referendum*, in *Democrazia e diritto*, 1982, 3, p. 153-159.

D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Lavoro 80*, 1983, p. 17 ss.

DE ANGELIS-SGROI, *Manuale delle nuove pensioni, Il sistema pensionistico italiano e il regime internazionale*, Rimini, 2005.

DE LUCA TAMAJO R., *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, 151 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Il trattamento di fine rapporto*, in *DLRI*, 1982, p. 451.

DE LUCA TAMAJO R., *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (spunti per una valutazione di costituzionalità)*, DE LUCA TAMAJO-VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, p. 151 ss..

DE LUCA TAMAJO R., *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in CESSARI- DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, p. 1 ss.

DE LUCA TAMAJO R.-SPARANO E., *Indennità di fine rapporto (impiego privato)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, Utet, Torino, 1991, pp. 344 ss..

- DELITALA**, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1931.
- DI TANNO**, *La titularizzazione del T.F.R. per alimentare i fondi pensione*, in *GC*, 1999, I, p. 451 ss..
- FALERI C.**, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007.
- FERRANTE V.**, *Finanziamento della previdenza complementare e devoluzione tacita del t.f.r.*, in **TURSI** (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 3-4-, 2007, p. 696 ss..
- FERRARO G.**, *Commento all'art. 4 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983.
- FERRARO G.** (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000.
- FILADORO**, *Il trattamento di fine rapporto*, in *LPO*, 1982, p. 1589.
- FRANCESCHELLI**, *I principali punti controversi della l. 297*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 9.
- GARILLI A.**, *L'applicazione della l. 297*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 46.
- GARILLI A.**, *Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1982, I, p. 352.
- GHERA E.**, *L'azionariato dei lavoratori dipendenti*, in *ADL*, 1997, 6, 1 ss.
- GHERA E.**, *Prospettive di riforma dell'indennità dell'anzianità*, in *RTDPC*, 1982, 519 ss.
- GHERA E.-SANTORO PASSARELLI G.**, *Il trattamento di fine lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983.
- GIUBBONI S.**, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale nella nuova disciplina della previdenza complementare*, in *RIDL*, 2007, 1, p. 337 ss.
- GIUGNI G.**, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, p. 73 ss.
- GIUGNI G.**, *Indennità di anzianità*, in *GCost*, 1968, 1095.
- GIUGNI G.-DE LUCA TAMAJO R.-FERRARO G.**, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984.

GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione del diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 1986, p. 325.

GRANDI M., *Questioni e proposte in tema di garanzie dell'indennità di anzianità*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 2531.

GRANDI M., *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *DL*, 1990, I, p. 95 ss

INTORCIA M., *Commento all'art. 3 della legge n. 297 del 1982*, in *NLCC*, 1983, p. 283ss..

LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Giuffrè, Milano, 1969.

LEPORE A., *Il fondo di garanzia per il t.f.r.*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., p. 81

LISO F., *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 1981, p. 571.

LISO F., *Intervista*, in *Trattamento di fine rapporto in 46 domande*, a cura di ODOARDI, Roma, 1983, p. 50-51.

MAGRINI S., *Liquidazione a scaglioni dell'indennità di anzianità e regime giuridico della somma versata al passaggio in categoria superiore*, in *GC*, 1981, I, p. 2768.

MARESCA A., *La prescrizione del cosiddetto diritto alla maggiore anzianità (e brevi cenni sulla estinzione per inerzia del nuovo trattamento di fine rapporto)*, in *RGL*, 1982, II, p. 380.

MARIANI M., *Le anticipazioni del T.F.R.*, in *RIDL*, 1988, II, p. 659 ss

MAZZAMUTO S.-TOSI P., *Commentario alle norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, in *NLCC*, 1978, I, p. 198.

MAZZAMUTO S.-TOSI P., *Il costo del lavoro tra legge e contratto*, in *RGL*, 1977, I, p. 219.

MAZZIOTTI F., *Diritto della previdenza sociale*, Napoli, 2001, p. 262.

MAZZONI G., *Note sulla natura giuridica dell'indennità di anzianità*, in *MGL*, 1964, p. 403;

MAZZOTTA O., *Note sulla rilevanza delle questioni relative alla natura giuridica dell'indennità di anzianità*, in *RIPS*, 1974, p. 221 ss.

MENZIONI L., *L'indennità in caso di morte del prestatore di lavoro dopo la legge 29 maggio 1982, n. 297*, in *MGL*, 1983, p. 80 ss.

MEZZACAPO D., *Nozioni e regole della previdenza complementare riformata*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 117 ss.

MEZZACAPO D., *La portabilità della posizione previdenziale*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto...*, cit., 2007, p. 177-178.

MISCIONE M., *Legittimità delle leggi contratte in materia di costo del lavoro*, in *Dir. Ec.*, 1977, p. 153.

MISCIONE M., *La cassa integrazione. Come funziona, come si utilizza*, Ediesse, Roma, 1983, p. 188.

MISCIONE M.(a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, Torino, 1998, vol. III, p. 598 ss..

NAPOLI M., *Il trattamento di fine rapporto*, F. Angeli, Milano, 1980.

NAPOLI M., *Il trattamento di fine rapporto: configurazione dell'istituto e problemi applicativi*, in *Contrattazione*, 1982, n. 5, p. 22 ss.

NAPOLI M., *Il quadro giuridico-istituzionale*, in G. CELLA-T. TREU (a cura di), *Relazioni industriali: manuale per l'analisi dell'esperienza italiana*, Bologna, 1982, p. 219 ss.

NAPOLI M., *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, in *RTDPC*, 1983, p. 91 ss.

NATOLI U., in *Enciclopedia del diritto*, II, 574, voce *Anzianità (indennità di)*.

OCCHINO A., *Le forme pensionistiche cdd. «preesistenti»*, Commento all'art. 20, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare...*, cit., p. 848 ss.

ORLANDO V. E., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940.

PALLINI M., *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 3-4-, 2007, p. 782.

PANDOLFO A., *Il trattamento di fine rapporto: i primi interventi dei giudici*, in *RGL*, 1983, II, cit., p. 270 ss

- PANDOLFO A.**, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in *DPL*, 1993, n. 35.
- PANDOLFO A.**, *Trasferimento e riscatto della posizione individuale*, in BESSONE-CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, p. 312 ss..
- PANDOLFO A.**, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mò di (parziale) commento del d. lgs. 252 del 2005*, in *PAPP*, 2, 2006, p. 153.
- PAPALEONI M.**, *Le anticipazioni sul trattamento di fine rapporto*, in *GC*, 1983, II, p. 363 ss
- PERA G.**, *Passaggi di categoria del lavoratore e liquidazione (finale) dell'indennità di anzianità*, in *OGL*, 1973, p. 631.
- PERA G.**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1977.
- PERA G.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 1980, p. 867 ss.
- PERA G.**, *Indennità di anzianità*, in *DE*, 1980, p. 7 ss..
- PERA G.**, *Le riforme da riformare nel diritto del lavoro*, (1982), oggi in *Scritti di Giuseppe Pera, I, Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 625 ss.
- PERA G.**, *Il trattamento di fine rapporto*, in *DL*, 1983, I, p. 9.
- PERA G.**, *Trattamento di fine rapporto (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, p. 382.
- PERETTI-GRIVA**, *Il rapporto di impiego privato*, Società editrice libraria, Milano, 1935.
- PERGOLESI**, *Il contratto di impiego privato nel diritto positivo italiano*, Società editrice toscana, Sancasciano Val di Pesa, 1928.
- PERSIANI M.**, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, II, Cedam, Padova, 1975.
- PERSIANI M.**, *Problemi in tema di retribuzione*, Cedam, Padova, 1982
- PERSIANI M.**, *Retribuzione e previdenza secondo legge e contratto*, in *GI*, 1984, IV, c. 88 ss.
- PERSIANI M.**, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *ADL*, 1998, p. 341 ss.

- PERSIANI M.**, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, ADL, 2001, pp. 715 ss.
- PERSIANI M.**, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2003, p. 25 ss..
- PERSIANI M.**, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in ADL, 2006, 6, p. 1479 ss..
- PESSI R.**, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, in DLRI, 1983.
- PESSI R.**, *La nozione di previdenza integrativa*, in QDLRI, 1988, 3, p. 70.
- PESSI R.**, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006.
- PETRACCONI**, *In tema di compensabilità delle indennità di preavviso e di anzianità*, in Giur. It., 1933, I, 1, 593.
- PICCARI M.**, *Le forme pensionistiche complementari*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 133 ss..
- PROIA G.**, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare*, in ADL, 2000, p. 120 ss.
- PROTO-PISANI**, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in RTDPC, 1979, p. 641.
- RANELLETTI E.**, *L'indennità di anzianità nel caso di dimissioni e licenziamento per giusta causa*, in *Rivista dell'impiego privato e del mandato commerciale*, 1932.
- REDENTI**, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Tipografia Nazionale Bertero, Roma, 1906, in part. n. 823.
- RIVA SANSEVERINO L.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 1978.
- RIVA SANSEVERINO L.**, *L'indennità di anzianità nell'emergenza*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, III, Milano, 1980, p. 1626 ss.
- RIVA SANSEVERINO L.**, *Sull'indennità di anzianità: ieri, oggi, domani*, in RIPS, 1974, p. 3 ss.
- ROCCELLA M.**, *I salari*, Bologna, 1986.
- ROMAGNOLI U.**, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967.

ROMAGNOLI U., *Dimissioni del prestatore di lavoro e indennità di anzianità*, in *RDL*, 1968, I, p. 278, nonché in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972.

ROMAGNOLI U., *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, il Mulino, Bologna, 1974.

ROMAGNOLI U., *La déréglementation ete les sources du droit du travail*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1990, p. 18.

SAETTA, *Linee per una possibile riforma dell'indennità di anzianità*, Palermo, 1977.

SANDULLI P., *Il conferimento, tacito e non, del t.f.r. al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in **MESSORI** (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Bologna, 2006, p. 188 ss..

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1969, p. 75 ss..

SANTORO PASSARELLI F., *Funzione delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1967, pp. 149 ss..

SANTORO PASSARELLI F., *Indennità di anzianità*, in *NDI*, IX, Torino, 1963, 515.

SANTORO PASSARELLI F., *Legislazione del lavoro*, Cedam, Padova, 1934, p. 131.

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1980.

SANTORO PASSARELLI G., *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982, p. 20.

SANTORO PASSARELLI G., *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffré, Milano, 1984.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995.

SANTORO PASSARELLI G., *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007.

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 16^a ed., Napoli, 1964.

SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa di diritto*, in *ED*, III, Giuffré, Milano, 1958.

- SCOGNAMIGLIO R., *Indennità di anzianità e assicurazione*, in *DL*, 1977, I, p. 390
- SIMITIS S., *La giuridificazione nei rapporti di lavoro*, in *Digesto*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 490 ss.
- SMURAGLIA C., *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, in *RGL*, 1977, I, 260 ss.
- SORESINA, *Le anticipazioni sul trattamento di fine rapporto*, in *CG*, 1983, p. 353 ss..
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Forme di retribuzione*, in *MGL*, 1983, p. 187 ss..
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Qualificazione e interpretazione del contratto collettivo istitutivo di un fondo di previdenza complementare*, in *L'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *NGL* (I saggi de), Roma, 1999, p. 149 ss.
- SUPPIEJ G., *L'art. 36 della Costituzione e l'indennità di anzianità*, in *MGL*, 1964, 138.
- TORRENTE, *Sulla natura dell'indennità di anzianità*, in *Studi in onore di Zanobini*, V, Milano, 1965, 711 ss.
- TOSI P., *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1969, p. 191
- TOSI P., *Inquadramento unico e indennità di anzianità*, in *RTDPC*, 1973, p. 804.
- TOSI P., *La retribuzione nel diritto del lavoro dell'emergenza*, in *GDLRI*, 1979, 511.
- TOZZOLI S., *Le prestazioni di previdenza complementare*, in *TURSI* (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *NLCC*, 3-4-, 2007.
- TREU T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. BESSONE e F. CARINCI, Utet, Torino, 2004.
- TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968 228.
- TURATI F., *Relazione*, in *Atti Consiglio superiore del lavoro*, Roma, 1913.
- TURSI A., *Problemi giuridici della retribuzione*, in *DLRI*, 1980, p. 28 ss.

- TURSI A.**, *La previdenza pensionistica privata: forma complementari e forme individuali*, in *RDSS*, 2002, 121.
- VALLACQUA M. L.**, *La legge delega sulle pensioni e le prospettive future, primi riflessi sulla previdenza complementare*, in *LPO*, 6, 2004, p. 973 ss.
- VALLEBONA A.**, *Costo del lavoro e autonomia collettiva*, in *DL*, 1978, I, 359.
- VALLEBONA A.**, *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori*, in *GC*, 1982, X, p. 376.
- VALLEBONA A.**, *Il trattamento di fine rapporto*, F. Angeli, Milano, 1984.
- VIANELLO R.**, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2005.
- VISCOMI A.**, *La facoltà di trasferimento della posizione individuale*, in *LD*, 1997, p. 55 ss.
- ZAMPINI G.**, *La previdenza complementare*, Padova, 2004.
- ZAMPINI G.**, *La previdenza complementare nella giurisprudenza. Una rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *ADL*, 1, 2006, specialm. p. 317.
- ZANGARI G.**, *L'indennità di anzianità e le prospettive della sua riforma*, in *RDL*, 1979, I, 125 ss.
- ZANGARI G.**, *Trattamento di fine rapporto e cenni sulla riforma pensionistica*, in *LPO*, 1982, p. 1808 ss.
- ZANGARI G.**, *Problemi e prospettive della legge 29 maggio 1982, n. 297, sulla disciplina della nuova "indennità di anzianità"*, in *LPO*, 1983.
- ZANINI**, *Appunti per il dibattito intorno all'istituto dell'indennità di anzianità*, in *MGL*, 1964, p. 135.
- ZOLI C.**, *Il principio dell'onnicomprensività della retribuzione tra legge e contratto*, in *RTDPC*, 1983, p. 326 ss..