

$$\frac{A_{12}}{418}$$

Alfonso Tagliamonte

**Disciplina del trattamento di fine rapporto:
qualificazione giuridica della fattispecie
e profili applicativi**

Seconda edizione



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5046-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

II edizione: agosto 2012

- 7 **Capitolo I**
Natura e funzioni del trattamento di fine rapporto
- 1.1. Profili evolutivi, natura giuridica dell'istituto, 7 – 1.1.1. *Il conferimento alla previdenza complementare.*, 16 – 1.2. La l. 29 maggio 1982, n. 297 ed il suo campo di applicazione, 21.
- 25 **Capitolo II**
Base di computo, omnicomprensività e computabilità
- 2.1. Il sistema di computo, 25 – 2.1.1. *Maturazione, accantonamento e riscossione del credito*, 28 – 2.2. La base di calcolo del TFR, 34 – 2.3. Omnicomprensività e derogabilità, 37 – 2.3.1. *Le deroghe nella contrattazione collettiva*, 43 – 2.4. Il principio della non occasionalità, 57 – 2.4.1. *I compensi computabili nel TFR*, 63 – 2.4.2. *I compensi non computabili nel TFR*, 73 – 2.4.3. *La sospensione del rapporto di lavoro*, 76 – 2.5. Onere della prova, 79 – 2.6. Rivalutazione, 79.
- 81 **Capitolo III**
Le anticipazioni del TFR
- 3.1. Principi generali, 81 – 3.1.1. *Criteri di priorità nell'attribuzione dell'anticipazione*, 82 – 3.1.2. *Condizioni e misura dell'anticipazione*, 87 – 3.1.3. *Limite soggettivo per l'anticipazione del TFR*, 90 – 3.1.4. *Limite oggettivo degli aventi diritto*, 91 – 3.2. Tipologia, 93 – 3.2.1. *Spese sanitarie*, 93 – 3.2.2. *Acquisto della prima casa.*, 96 – 3.2.3. *Congedi parentali e formazione*, 99 – 3.2.4. *Trasferimento d'azienda*, 101 – 3.3. Le anticipazioni del TFR nella contrattazione collettiva, 103.
- 113 **Capitolo IV**
Insolvenza del datore di lavoro e il Fondo di garanzia
- 4.1. Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore, 113 – 4.2. Finanziamento del Fondo, 116 – 4.3. Condizioni di ricorso al Fondo, 120 – 4.4. Fallimento, 121 – 4.5. Destinatari, 125 – 4.6. Ammontare del credito da versare al lavoratore, 126 – 4.7. Modalità di pagamento, 127.

129 **Capitolo V**

Problematiche applicative della disciplina del TFR

5.1. Prescrizione e rinunce., 129 – 5.1.1. *Vizi della rinuncia*, 130 – 5.2. Attribuzione del TFR al dipendente e conseguenze legate alla separazione matrimoniale., 131 – 5.3. Successione e TFR, 135 – 5.4. Trattamento di fine rapporto e divorzio *superveniens*, 138 – 5.4.1. *Richiesta di anticipazione del TFR per l'acquisto della c.d. prima casa a favore del coniuge e divorzio*, 142 – 5.4.2. *Vicende del trattamento di fine rapporto del dipendente divorziato*, 144.

153 **Capitolo VI**

Il trattamento di fine servizio e il nuovo TFR pubblico

6.1. Il regime di opzione per la conversione del TFS in TFR, 153 – 6.2. Le modalità di calcolo e di rateizzazione, 157 – 6.3. La decorrenza del diritto al pagamento, 166.

173 *Bibliografia*

181 *Normativa di riferimento*

Natura e funzioni del trattamento di fine rapporto

SOMMARIO: I.1. Profili evolutivi, natura giuridica dell'istituto, 7 – I.2. La l. 29 maggio 1982, n. 297 ed il suo campo di applicazione, 21.

I.1. Profili evolutivi, natura giuridica dell'istituto

Alla risoluzione del rapporto di lavoro, il prestatore riceve una indennità, oggi denominata TFR¹, che ha natura di “corrispettivo ulteriore

1. La legge 29 maggio 1982, n. 297 (“Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica”) modifica l’artt. 2120 e 2121 c.c., sostituendo il nuovo istituto del TFR all’indennità di anzianità. Tale istituto rappresenta il risultato di una complessa evoluzione che passa attraverso l’indennità di licenziamento (art. 4, d.l.lgt. del 9 febbraio 1919, n. 112) e l’indennità di anzianità (l. 31 marzo 1977, n. 91). Sul TFR, v. i contributi di AA.VV., *Trattamento di fine rapporto*, DPL, serie oro, 1996, n. 4; ALLEVA, *Trattamento di fine rapporto*, E.G.I., XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; D’AVOSSA, *Il TFR*, Milano, 1988; ID., *Il trattamento di fine rapporto*, L. 80, 1983, 10; GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2010, 503 ss.; GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, 383 ss.; GHERA e SANTORO PASSARELLI G., *Il nuovo trattamento di fine rapporto — legge 29 maggio 1982, n. 297*, Milano, 1982; GIUGNI, *Indennità di anzianità*, GCOST, 1968, 1095 ss.; GIUGNI, DE LUCA TAMAJO e FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, 1984; MAZZOTTA, *Note sulla rilevanza delle questioni relative alla natura giuridica dell’indennità di anzianità*, R IT PS, 1974, I 221 ss.; MONTEMARANO, *Il trattamento di fine rapporto*, Roma, 1982; NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, RTDPC, 1983, 83; PANDOLFO, *Il trattamento di fine rapporto: i primi interventi dei giudici*, RGL, 1983, II, spec. 270 ss.; PERA, *Il trattamento di fine rapporto*, DL, 1983, I, 13; ID., *Trattamento di fine rapporto*, FI, 1986, V, 189; ID., *Compendio di diritto del lavoro*, Milano, 2000; PERONE, D’ANDREA, *La retribuzione e il TFR nel rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2009; PERSIANI, PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008, 335; PESSI, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, GDLRI, 1983, 338; SANTORO PASSARELLI F., *Indennità di anzianità*, NNDI, IX, Torino, 1963, 515 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Dall’indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; ID., *Il trattamento di fine rapporto*. Artt. 2120 — 2122, volume coordinato da CARINCI — GRAGNOLI, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2009; TORRENTE, *Sulla natura dell’indennità di anzianità*, in *Studi in onore di ZANOBINI*, V, Milano, 1965, 711 ss.;

VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2008, 322 ss.; ID., *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; ID., *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori*, GC, 1982, 376. Nei sistemi giuridici europei, i trattamenti e le indennità che vengono attribuiti ai lavoratori alla cessazione del rapporto assumono configurazioni diverse tanto che non è agevole ordinarli secondo categorie omogenee.

L'ordinamento tedesco, ad esempio, non prevede una vera e propria "severance entschädigungen" (indennità di fine rapporto), ma più propriamente un'indennità di licenziamento (*Abfindung*) disciplinata dalla *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG — Legge sulla protezione dell'occupazione), emanata il 10 agosto del 1951 [ci si riferisce alla *Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25 August 1969 (BGBl. I S. 1317), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 444) geändert worden ist*], la quale prevede che, in caso di licenziamento per motivi economici, il lavoratore ha diritto ad un indennizzo (un *abfindung*, appunto). Tale diritto presuppone che il datore di lavoro menzioni, nella comunicazione del licenziamento, che esso avviene per urgenti esigenze aziendali e che il prestatore di lavoro, in caso di mancata impugnazione, ha diritto all'indennizzo.

L'indennizzo è pari al 50% dell'ultima retribuzione mensile per ogni anno di lavoro prestato. Se il rapporto di lavoro ha avuto una durata superiore a sei mesi l'indennizzo è comunque dovuto nella misura del 50% dell'ultima retribuzione mensile, in quanto tali periodi vengono computati arrotondandoli all'anno.

Anche nell'ordinamento inglese è prevista un'indennità di licenziamento simile a quella tedesca, denominata *redundancy payment*. Le norme che la regolano sono dettate dall'*Employment Rights Act* del 1996 (ERA — Legge sui diritti del lavoro), artt. 135, 155 e 162, il quale prevede un'indennità per i lavoratori licenziati non per colpa e a condizione che siano stati occupati ininterrottamente per almeno due anni con lo stesso datore di lavoro.

Al fine di stabilire l'indennità dovuta (calcolata su base settimanale), è necessario riferirsi anche all'età del lavoratore, oltre che alla durata del servizio. In sintesi, si potrebbe schematizzare come segue:

- il 50% della paga settimanale per ogni anno di servizio in cui il lavoratore aveva un'età inferiore ai 22 anni;
- il 100% della paga settimanale per ogni anno di servizio in cui il lavoratore aveva un'età compresa tra 22 e 40 anni;
- il 150% della paga settimanale per ogni anno di lavoro in cui il lavoratore aveva un'età di 41 anni e oltre.

In Francia non è prevista un'indennità di licenziamento in senso stretto, ma una sorta di commistione dei due istituti. Il *Code du travail* (Codice del lavoro), all'art. L 1234-9 (come modificato dall'art. 4, della LOI n. 596 del 25 giugno 2008) prevede il diritto alla buonuscita del dipendente dopo una permanenza di almeno 1 anno senza interruzione presso lo stesso datore di lavoro, salvo i casi di colpa grave del prestatore.

Le modalità di calcolo sono determinate dall'art. R1234-2, il quale prevede una quota legale minima di $1/5$ della retribuzione mensile per ogni anno di servizio. Per i dipendenti con più di 10 anni di servizio, alla quota pocanzi accennata ne viene sommata un'altra pari a $2/15$ della retribuzione mensile a sua volta moltiplicata per il numero di anni di servizio oltre 10 anni.

In Portogallo è previsto il TFR che mantiene delle caratteristiche tipiche dell'indennità italiana *ante* riforma del 1966. Infatti, con gli artt. 366, 372, 379, il Codice del lavoro portoghese (emanato con la *Lei* 12 febbraio 2009, n. 7) prevede che il TFR è dovuto in caso di licenziamento per inidoneità al lavoro, per l'eliminazione della posizione ricoperta dal prestatore e in caso di licenziamento collettivo. I licenziamenti disciplinari non danno

di lavoro” in funzione previdenziale².

La disciplina dell’istituto ha subito, di pari passo con l’evolversi della legislazione sul rapporto di lavoro, profonde e rilevanti modifiche³,

luogo a trattamento di fine rapporto. Il trattamento ammonta ad un mese stipendio base per ogni anno intero di anzianità di servizio, con un minimo di tre mesi di pagamento. In caso di frazione di anno di anzianità, il risarcimento è ripartito proporzionalmente.

In Spagna, in caso di licenziamento per motivi oggettivi (ad esempio ragioni economiche, incapacità totale sopravvenuta del lavoratore), al momento della consegna della comunicazione scritta di licenziamento al prestatore, deve essere messo a disposizione dello stesso dipendente un trattamento di fine rapporto. Il TFR corrisponderà ad un massimo di 20 giorni di salario per 12 mesi di servizio [art. 53, co.1, *Estatuto de los trabajadores* (ET), Decreto Reale n. 1/1995, così come emendato dalla Riforma del mercato del lavoro del 17 settembre 2010, legge n. 35/2010 (*Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*). Qualora un lavoratore venga licenziato per motivi disciplinari, non ha diritto ad alcuna indennità. Ai sensi dell’art. 49, co.1, lett. c), *Estatuto de los trabajadores*, al momento della risoluzione di un contratto a tempo determinato per scadenza del termine o del completamento dei lavori, il lavoratore ha diritto ad una indennità. A seguito della riforma del mercato del lavoro (Legge n. 35/2010 — misura già prevista nel RDL n. 16/2010), la quota di trattamento di fine rapporto destinata al lavoratore a termine, che in precedenza era 8 giorni per ogni anno di servizio, è stata portata a 12 giorni per ogni anno di servizio (art. 49, co.1, lett. c) ET). Questo aumento del trattamento, però, non sarà attuato immediatamente, ma sono previsti degli incrementi annuali che porteranno alla quota (dodici giorni) nel 2015.

2. PERETTI–GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, Torino, 1956, 175 e ss. Secondo cui, pur essendo indubbio il fondamento “sinallagmatico di codesto istituto, cui non può essere estranea la nozione di corrispettivo ulteriore di lavoro, venendo computati solo gli anni di servizio prestati e prescindendosi da qualsiasi influenza dell’età o del reale bisogno dell’impiegato, tuttavia anomala in rapporto a codesto sinallagmatismo è la norma secondo la quale l’indennità viene commisurata in relazione all’ultimo stipendio, mentre la considerazione della gradualità del rapporto continuativo e la adesione ideologica dell’indennità ai singoli periodi del rapporto stesso 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 fondamentalmente contrattuale”. Secondo GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1939, 401 ss., pur rilevando che l’obbligo del datore di lavoro di corrispondere l’indennità di licenziamento è sottoposto alla condizione che il rapporto di lavoro non venga a cessare per colpa del lavoratore o per dimissioni, non esclude che il suo fondamento logico–giuridico risieda in un fenomeno di integrazione della paga. RIVA SANSEVERINO, *L’indennità di anzianità nell’emergenza*, in *Studi in onore di GRASSETTI*, III, Milano, 1980, 1626 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Sull’indennità di anzianità: ieri, oggi, domani*, RIPS, 1974, 3 ss.

3. Sulla progressiva trasformazione dell’indennità di licenziamento in indennità di anzianità, v. G. SANTORO–PASSERELLI, *Dall’indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, 14 e ss, che “nel periodo successivo all’entrata in vigore della legge sull’impiego privato, la posizione della dottrina e della giurisprudenza non è assolutamente

soprattutto nel senso di una maggiore parità di trattamento fra lavoratori, un impulso alla mobilità extra-aziendale ed una valorizzazione della funzione previdenziale del TFR⁴.

Nella disciplina originaria del codice civile (artt. 2120 e 2121), l'indennità di anzianità estendeva anche agli operai l'indennità di licenziamento già prevista per gli impiegati (art. 10, c. 4 e 5, r.d.l. n. 1825 del 1924)⁵. Si trattava di una indennità con valore "premierale", esclusa in caso di licenziamento per giusta causa, di dimissioni, di rapporto di lavoro in prova e di rapporto di durata inferiore all'anno.

La natura premiale dell'istituto è stata successivamente superata dagli interventi del legislatore il quale ha stabilito che "l'indennità di anzianità è dovuta al prestatore di lavoro in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro" (art. 9, l. 15 luglio 1966, n. 604) e della Corte Costituzionale⁶ che si è pronunciata a favore della corresponsione dell'indennità in ogni caso di cessazione del rapporto e le ha attribuito la natura di retribuzione differita a fini latamente previdenziali.

Il meccanismo di calcolo dell'indennità di anzianità consisteva nella moltiplicazione dell'ultima retribuzione per un coefficiente proporzionale alla durata del rapporto, fissato per i soli impiegati in un mese per ogni anno di servizio (legge n. 1561 del 1960) mentre, per gli operai, provvedevano liberamente i contratti collettivi, con misure normalmente inferiori.

Il riferimento all'ultima retribuzione come base di calcolo determinava l'interesse del lavoratore ad evitare frazionamenti del rapporto, che avrebbero impedito la proiezione della più elevata retribuzione finale sull'intera anzianità di servizio e costituiva, quindi, un elemento di rigidità verso forme di mobilità esterna.

L'anzianità di servizio era qualificata come mera situazione di fatto insuscettibile di prescrizione ed il diritto all'indennità sorgeva solo

univoca sulla natura dell'indennità di licenziamento: infatti oscilla dalla qualificazione risarcitoria o previdenziale a quella di premio della fedeltà o della anzianità e a quella di mero supplemento della retribuzione".

4. Sul ruolo del TFR nella previdenza complementare si v. GAMBACCIANI, *L'evoluzione della previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Napoli, 2011, 35 e ss.

5. Su cui v., *amplius*, G. SANTORO-PASSERELLI, *Dall'indennità di anzianità . . .*, 5 e ss. e SAETTA, *L'anzianità di servizio del prestatore di lavoro nell'evoluzione storico giuridica*, RDL, 1970, I, 323.

6. V. Corte cost. 27 giugno 1968, n. 75, FI, 1968, I, 2054.

alla fine del rapporto, momento dal quale iniziava a decorrere la prescrizione estintiva quinquennale *ex art. 2948, n. 5, c.c.*⁷.

La definizione legislativa dell'ultima retribuzione utile per il calcolo dell'indennità (art. 2121 c.c.)⁸ faceva riferimento ad ogni compenso di carattere continuativo, con esclusione dei soli rimborsi spese e delle erogazioni non corrispettive o saltuarie. Per i compensi in natura si computava l'importo monetario corrispondente. Mentre, per i compensi variabili, era prevista una media relativa all'ultimo triennio.

Nel corso degli anni '70, l'esigenza di frenare la spinta inflazionistica, di contenere il costo del lavoro e gli automatismi retributivi, induce il legislatore a modificare la struttura dell'indennità di anzianità, eliminandone la rigidità moltiplicatoria derivante dall'aggancio all'ultima retribuzione. Nella stessa prospettiva, si esclude dalla base di calcolo dell'indennità di anzianità gli aumenti di contingenza successivi al 1° febbraio 1977⁹ (artt. 1 e 1 bis, l. 31 marzo 1977, n. 91), con un effetto di graduale "eutanasia" dell'istituto.

La deindicizzazione dell'indennità di anzianità, accompagnata da un'accorta politica di interscambio sindacale (c.d. svolta dell'Eur)¹⁰, riduce drasticamente il tasso di rivalutazione degli accantonamenti, determinando un profondo scontento nei lavoratori¹¹.

7. In base a tale disposizione, infatti, "Si prescrivono in cinque anni . . . le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro" tra le quali è pacificamente annoverato il TFR.

8. La vecchia formulazione dell'art. 2121 c.c., intitolato "Indennità di anzianità", disponeva: "In caso di cessazione del contratto a tempo indeterminato, è dovuta al prestatore di lavoro un'indennità proporzionale agli anni di servizio, salvo il caso di licenziamento per di lui colpa o di dimissioni volontarie.

Le norme corporative possono tuttavia stabilire che la indennità sia dovuta anche in caso di dimissioni volontarie, determinandone le condizioni e le modalità.

L'ammontare dell'indennità è determinato dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità, in base all'ultima retribuzione e in relazione alla categoria alla quale appartiene il prestatore di lavoro.

Sono salve le norme corporative che stabiliscono forme equivalenti di previdenza"

9. ROMAGNOLI, *Al lavoratore (anziano) non far sapere*, RTDPC, 1977, I, 1150.

10. Nel 1978 le confederazioni sindacali (CGIL-CISL-UIL) attuano la cosiddetta "svolta dell'EUR" basata sui sacrifici imposti ai proletari per fare uscire il paese dalla crisi. Quest'atto di responsabilità del sindacato ha posto le basi per un dialogo con la controparte sindacale e il Governo, cfr. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2011, 73.

11. Le critiche alla limitazione degli accantonamenti salariali trovano riscontro anche in sede dottrinale: ALLEVA, *Automatismi e riassorbimenti salariali*, RGL, 1979, I, 135.

La stessa Corte Costituzionale, pronunciandosi in merito¹², pur ritenendo legittima la deindicizzazione, denuncia il rischio che senza il computo della contingenza, l'indennità diminuisca progressivamente, incidendo così sia sulla funzione retributiva dell'istituto, in contrasto col principio dell'art. 36 Cost., sia sulla sua funzione latamente previdenziale, stante il pericolo di inosservanza dell'art. 38 Cost.; e chiede al legislatore d'intervenire al più presto per evitare l'ulteriore progressivo svuotamento dell'indennità di anzianità che avrebbe determinato una incostituzionalità sopravvenuta del provvedimento in esame, per contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost.

Viene anche presentata una richiesta di referendum abrogativo¹³ della riforma stessa, che, però, non ha seguito, in quanto il legislatore, sia per rispondere al monito della Corte Costituzionale, sia per evitare il ricorso al referendum, approva la legge 29 maggio 1982, n. 297 che riforma l'indennità di anzianità, sostituendo integralmente l'art. 2120 c.c., e modificando la denominazione dell'istituto in trattamento di fine rapporto¹⁴.

Caratteristica pregnante del nuovo istituto è l'ampliamento del campo di applicazione oggettivo e soggettivo. La legge, infatti, prevede che: "in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto ad un trattamento di fine rapporto" (art. 2120, CO. I, c.c.).

Nella stessa linea, la giurisprudenza ha esteso il diritto alla corresponsione dell'indennità di anzianità al rapporto di lavoro dei di-

12. Corte cost. 30 luglio 1980, n. 142, RGL, 1981, II, 375 e FI, 1980, I, 2641, con nota di MAZZOTTA, *Le norme sulla riduzione del costo del lavoro davanti alla Corte Costituzionale*. Sulla questione v. anche DELL'OLIO, *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il "dopo.")*, GDLRI, 1981, I ss.

13. Corte cost. 10 febbraio 1982, MGL, 1982, 8, che lo ha ritenuto ammissibile.

14. PESSI, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, GDLRI, 1983, 338.

rigenti¹⁵, a quello domestico¹⁶, all'apprendistato¹⁷ ed ai lavoratori in prova¹⁸.

In parallelo, con l'ampliamento del campo di applicazione soggettivo ed oggettivo, l'istituto ha perso il carattere di elemento risarcitorio a fronte del licenziamento¹⁹ o di premio di fedeltà²⁰, in favore di una valorizzazione crescente della sua natura retributiva²¹, vale a dire di compenso (pur se differito) erogato per le prestazioni svolte dal lavoratore fino al momento della estinzione del rapporto di lavoro²². L'indennità di anzianità viene così a rappresentare il corri-

15. Corte cost. 20 gennaio 1971, n. 7, FI, 1971, I, 490, dichiarando "l'illegittimità costituzionale dell'articolo unico del D.P.R. 2 gennaio 1962, n. 483. . . , che rende esecutivo *erga omnes* il contratto collettivo per i dirigenti di aziende industriali 31 dicembre 1948, limitatamente all'art. 12 di detto contratto, nella parte in cui esclude che siano dovute al dirigente dimissionario le indennità di anzianità".

16. Corte cost. 4 maggio 1972, n. 85, *id.*, 1972, I, 1527, che "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, co. primo, della legge 2 aprile 1958, n. 339 (per la tutela del rapporto di lavoro domestico), nella parte in cui esclude il diritto del prestatore di lavoro all'indennità di anzianità in caso di cessazione del rapporto per licenziamento in tronco".

17. Corte cost. 4 febbraio 1970, n. 14, GC, 1970, III, 82, che "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (contenente norme sui licenziamenti individuali) nella parte in cui non comprende gli apprendisti tra i beneficiari dell'indennità dovuta ai sensi dell'art. 9 della stessa legge".

18. Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 189, MGL, 1981, 537, con nota di RIVA SANSEVERINO, *Note sul periodo di prova*

19. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro. Disciplina delle attività professionali, impresa in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1986, VI ed., 735.

20. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1991, 557.

21. Corte cost. 27 giugno 1968, n. 75, cit.

22. La cessazione del rapporto non veniva considerata come una condizione di esigibilità dell'erogazione bensì come elemento costitutivo della fattispecie in quanto solo all'atto della cessazione medesima il credito era determinato o determinabile. V., fra le altre, Cass. 6 settembre 1984, n. 4773, RFI, 1985, voce Lavoro (rapporto), n. 2445. L'art. 8 della legge 11 agosto 1973 n. 533 — che sancisce la irrilevanza dei vizi, delle preclusioni e delle decadenze verificatisi nelle procedure amministrative riguardanti le controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie — si riferisce (in parallelismo con quanto dispone l'art. 148 disp. att. cod. proc. civ. in relazione all'art. 443 dello stesso codice) esclusivamente ai procedimenti contenziosi prescritti dalle leggi speciali per la composizione in sede amministrativa della controversia (i quali hanno inizio con il ricorso dell'interessato contro i provvedimenti negativi o contro il silenzio-rifiuto dell'ente assicuratore) e non è, pertanto, invocabile per sanare gli effetti della prescrizione estintiva (nella specie, ex art. 112 del D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1224), che è un istituto di diritto sostantivo (e non già processuale) comportante la perdita di un diritto per effetto dell'inerzia del titolare che non l'esercita nel termine prescritto dalla legge.

spettivo dell'apporto globalmente fornito dal lavoratore in ragione della sua anzianità di servizio e della sua complessiva progressione professionale²³.

In seguito all'emanazione della nuova disciplina, il TFR acquista definitivamente una "omogeneità strutturale" con la retribuzione periodica.

Gli accantonamenti annuali alla base del meccanismo di computo riflettono, infatti, l'ammontare complessivo della retribuzione percepita durante l'anno; e i periodi di sospensione della prestazione lavorativa sono calcolati ai fini degli accantonamenti solo in casi tassativamente previsti, a conferma della connessione fra TFR e prestazione di lavoro effettiva²⁴. Anche il meccanismo di rivalutazione suggerisce che i compensi siano già attribuiti al TFR, in senso ideale nel tempo; e il sistema di anticipazioni in pendenza del rapporto indica l'esistenza di un nesso di corrispettività fra trattamento e prestazione²⁵.

In questo quadro, l'istituto può considerarsi un segmento della retribuzione già maturato dal lavoratore ed accantonato. Ciò anche se il TFR conserva una rilevante funzione previdenziale, in quanto il beneficio viene corrisposto in connessione con i bisogni che conseguono alla conclusione del rapporto e/o in occasione delle esigenze poste a base delle richieste di anticipazione²⁶.

In particolare, secondo un orientamento dottrinale²⁷, il TFR costituisce una retribuzione non differita, ma accantonata. "Per quanto, infatti, retribuzione differita e retribuzione accantonata abbiano in comune l'esigibilità della spettanza solo all'atto dell'estinzione del rapporto di lavoro, profondamente diversi sono i meccanismi e le componenti strutturali cui i due concetti rinviano, e la loro relazione con l'opera prestata dal lavoratore nel tempo trascorso al servizio del datore".

"Una spettanza di retribuzione differita costituisce il compenso per

23. GAMBACCIANI, *La giurisprudenza sulla natura e funzione del trattamento di fine rapporto e delle prestazioni pensionistiche complementari*, RDSS, 2008, 763.

24. Si v. Min. Lav., Nota 3 novembre 2009, prot. 25/I/0016582, che, in merito all'istituto del TFR in costanza di contratti di solidarietà, esclude il rateo di TFR dalla base di calcolo del contributo integrativo assicurato al lavoratore in contratto di solidarietà.

25. VALLEBONA, *Istituzioni* . . . , 360

26. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2007, 343 ss.

27. Così, ALLEVA, *Trattamento di fine rapporto* . . . , 2.

il lavoro svolto in un certo arco temporale, ma ulteriore rispetto alla retribuzione corrente nelle singole frazioni (ora, settimana, mese, anno), talché il servizio prestato viene in rilievo, sinteticamente e *a posteriori*, come entità a sé stante”. Diversamente, “una spettanza di retribuzione accantonata si riduce, semplicemente, alla corresponsione, in un momento postergato e coincidente con la risoluzione del rapporto, di quote retribuite idealmente già comprese nella retribuzione corrente per i singoli sottoperiodi” e non costituisce più un automatismo salariale né un compenso legato all’anzianità di servizio aziendale²⁸.

In quanto retribuzione differita, il TFR può essere determinato solo alla cessazione del rapporto di lavoro, evento che costituisce non solo un termine per l’adempimento di un credito già maturato, ma un elemento essenziale di completamento della fattispecie costitutiva.

Il diritto al credito, infatti, sorge e si perfeziona soltanto al momento della risoluzione del rapporto di lavoro. Diversamente ragionando, si tratterebbe di un diritto “ad esigibilità differita” determinato (o determinabile) all’atto della sua maturazione, cioè annualmente, ma ciò non è possibile perché, in tale momento, non sono ancora fissati né la data di cessazione del rapporto né gli indici di aumento del costo della vita (relativi all’intervallo di tempo tra la pretesa maturazione del diritto ed il suo adempimento), né è ipotizzabile di anno in anno quale dovrà essere la somma dovuta al momento della estinzione del rapporto²⁹. La qualificazione giuridica di retribuzione differita non viene, quindi, smentita dalla maturazione del diritto alla risoluzione del rapporto di lavoro³⁰.

28. ALLEVA, *Ibidem*.

29. Cass. 27 agosto 1991, n. 9189, R IT DL, 1992, II, 220, spec. 223, ha affermato il principio secondo il quale del TFR deve rispondere esclusivamente il datore di lavoro che sia titolare dell’impresa al momento dell’effettiva risoluzione del rapporto, ciò in considerazione del fatto che il corrispondente diritto matura solo ed esclusivamente a tale data.

30. Sul dibattito relativo alla natura dell’indennità di anzianità si rinvia a GIUGNI, *Indennità...*, 1095; MAZZOTTA, *Note sulla rilevanza...*, 221; PERSIANI, *La tutela dell’interesse alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 701 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Indennità di anzianità*, NNDI, IX, Torino, 1963, 515; SCOGNAMIGLIO, *Indennità di anzianità e assicurazione*, DL, 1977, I, 393; SUPPIEJ, *L’art. 36 della Costituzione e l’indennità di anzianità*, MGL, 1964, 138; TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 228.