

Fondazione Studi Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro
Commissione dei principi interpretativi delle leggi in materia di lavoro

PRINCIPIO N. 9

"La base di calcolo del contributo T.F.R. dovuto all'INPS"

1. Premessa

L'articolo 1, comma 755, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha istituito il cosiddetto Fondo di Tesoreria finanziato da un contributo pari alla quota di cui all'articolo 2120 del codice civile maturata da ciascun lavoratore del settore privato a decorrere dal 1° gennaio 2007, e non destinata alle forme pensionistiche complementari.

Sulla base delle disposizioni attuative contenute nel decreto ministeriale 30 gennaio 2007, sono obbligati al versamento del contributo i datori di lavoro del settore privato, esclusi i datori di lavoro domestico, che abbiano alle proprie dipendenze almeno 50 addetti, per i lavoratori per i quali trova applicazione, ai fini del trattamento di fine rapporto (T.F.R.), l'articolo 2120 del codice civile.

Il versamento del contributo deve essere effettuato dai datori di lavoro mensilmente, salvo conguaglio a fine anno o alla cessazione del rapporto di lavoro, con le modalità e i termini previsti per il versamento della contribuzione previdenziale obbligatoria.

Pertanto, ai fini dell'accertamento e della riscossione del contributo, si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria, con esclusione di qualsiasi forma di agevolazione contributiva.

La retribuzione da prendere a riferimento ai fini del calcolo del contributo è determinata per ciascun lavoratore secondo le disposizioni di cui all'articolo 2120 del codice civile al netto dell'importo del contributo di cui all'articolo 3, ultimo comma, della legge 29 maggio 1982, n. 297, dovuto per ciascun lavoratore.

Si pone, dunque, il problema - per non incorrere nell'applicazione del regime sanzionatorio previdenziale di cui alla legge n. 388/2000 - di conoscere la corretta applicazione della base di calcolo del contributo alla luce dell'articolo 2120 del codice civile e della più recente giurisprudenza di legittimità.

2. La determinazione della retribuzione utile per il calcolo del T.F.R.

I criteri di determinazione della base di computo del trattamento di fine rapporto sono dettati dai primi tre commi dall'art. 2120 c.c.

Il primo comma ha fissato la regola di calcolo del T.F.R., generale e inderogabile dalla contrattazione collettiva o individuale, stabilendo che per ciascun anno di calendario venga accantonata una quota pari alla retribuzione complessivamente percepita divisa per 13,5.

Va sottolineato che la quota di calcolo individuata dalla legge pari a 13,5 non può essere modificata né in diminuzione né in aumento.

La quota è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno, computandosi come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni.

In altri termini, il codice civile stabilisce che nell'ipotesi di un rapporto inferiore all'anno la quota di T.F.R. deve essere determinata avendo riguardo alla unità di misura minima stabilita nel mese dovendo computare come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni (Cassazione 27 aprile 1987, n. 4057, Tribunale Torino 6 ottobre 2004, n. 12680 contra Cassazione 25 settembre 2002 n. 13934).

Il secondo comma individua "la retribuzione annuale" su cui calcolare il T.F.R. in "tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese".

Il principio di omnicomprensività degli emolumenti adottato dal secondo comma è però derogabile dalla contrattazione collettiva, che può escludere o inserire determinati istituti dalla base di calcolo del T.F.R..

Sono in ogni caso esclusi per legge dalla retribuzione annua utile i rimborsi per spese di lavoro.

La retribuzione annua accantonabile corrisponde dunque a quella di competenza dell'anno, costituita da tutti i compensi divenuti liquidi ed esigibili nell'anno medesimo, anche se corrisposti successivamente.

In caso di rapporto inferiore all'anno la retribuzione utile è quella dovuta in ciascun mese. Nel mese di inizio del rapporto o di interruzione dello stesso in cui la prestazione risulta essere di durata uguale o superiori a 15 giorni deve essere assunta come base di calcolo, in ogni caso, la retribuzione mensile virtualmente dovuta per il mese intero di lavoro.

I compensi con periodicità plurimensile, maturati in due diverse annualità (come ad esempio la quattordicesima) sono computati nella retribuzione dell'anno di erogazione, mentre la retribuzione erogata in ritardo e gli arretrati dovuti per effetto di sentenze o conciliazioni e rinnovi contrattuali con decorrenza retroattiva sono computati unitamente alla retribuzione del periodo cui si riferiscono.

Ai fini della determinazione della misura del T.F.R. da accantonare occorre far riferimento alle disposizioni di legge e contrattuali in vigore al momento dei singoli accantonamenti annuali e non a quelli in vigore alla cessazione del rapporto. Conseguentemente, è escluso che la contrattazione collettiva possa attribuire effetto retroattivo all'individuazione della retribuzione utile per il suddetto trattamento, essendo tale pattuizione nulla per contrasto con i principi inderogabili di norma di legge (Cass. 5 agosto 2005 n. 16549, conformi Cass. 8 gennaio 2003 n. 96 e Cass. 2 marzo 2001 n. 3079).

3. Concetto di non occasionalità

Sulla nozione di retribuzione annua utile di cui al secondo comma dell'art. 2120 del codice civile, con particolare riferimento al concetto di non occasionalità, sono presenti in dottrina due orientamenti (così sintetizzati dalla Cass. 22 agosto 2002 n. 12411):

- "il primo orientamento, dando della norma codicistica una lettura in termini quantitativi, ha sostenuto che debbano considerarsi non occasionali quegli emolumenti dotati del requisito della "reiterabilità". Ciò in forza del vecchio testo della norma codicistica, art. 2121 che disciplinava il computo dell'indennità di anzianità, il quale disponeva: "le indennità di cui agli articoli 2118 e 2120 devono calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese."..

- il secondo orientamento ha, di contro, preferito far leva sulla "qualità" dell'emolumento corrisposto, e ha dato così rilevanza al titolo dell'erogazione, riscontrando detta connessione ogni volta che una norma (legale o pattizia) ricollegghi ad un certo evento correlato al rapporto lavorativo l'emolumento stesso, ed escludendo invece dal computo del trattamento di fine rapporto ogni somma corrisposta al lavoratore per ragioni rispetto alle quali il rapporto di lavoro funge soltanto da mera occasione."

Per la definizione del concetto di non occasionalità la giurisprudenza, aderendo al secondo orientamento dottrinale, ha statuito che la retribuzione accolta dal secondo comma dell'art. 2120 c.c. prescinde dalla ripetitività, regolare e continua, e dalla frequenza delle prestazioni e dei relativi compensi.

L'univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità sul concetto di non occasionalità afferma che si devono escludere solo i compensi sporadici ed occasionali, cioè quelli collegati a ragioni aziendali del tutto imprevedibili e fortuite. In tal senso, ad esempio, la Cassazione ha escluso dal computo le somme erogate a tantum a titolo di liberalità, non collegate al rendimento del lavoratore o all'andamento aziendale (Cass. 1° agosto 1996 n. 6923).

Diversamente devono computarsi nella retribuzione utile tutti gli emolumenti riferiti ad eventi collegati al rapporto lavorativo o connessi alla particolare organizzazione del lavoro (Cass. 3 novembre 1998 n. 11002; Cass. 22 agosto 2002 n. 12411; Cass. 3 settembre 2001 n. 12851, Cass. 19 giugno 2004 n. 11448) o in diretta dipendenza con le mansioni stabilmente svolte dal lavoratore in seno all'azienda (Cass. 14 giugno 2005 n. 12778). Ai fini dell'inclusione di un compenso nella retribuzione utile non è necessario che esso abbia assunto carattere di definitività, ma è sufficiente che di esso il lavoratore abbia goduto in modo normale in corso ed a causa del rapporto di lavoro, non avendo rilievo l'elemento temporale di percezione del compenso stesso, ove questo sia da considerare come corrispettivo della prestazione normale perché inerente al valore professionale delle mansioni espletate (Cass. 25 novembre 2005 n. 24875).

Il concetto di non occasionalità assume particolare rilievo con riguardo agli elementi variabili della retribuzione, in particolare al compenso per lavoro straordinario e ai premi.

Il compenso per lavoro straordinario va escluso dalla retribuzione utile per il T.F.R. solo se erogato per prestazioni a carattere saltuario, legate ai c.d. "picchi anomali" (Cass. 26 maggio 2004 n. 10172). Ai fini dell'inclusione è sufficiente che il compenso sia riconosciuto per prestazioni espletate con frequenza, ma non necessariamente con periodicità assoluta, connesse alla particolare organizzazione del lavoro (Cass. 5 febbraio 1994 n. 1202).

A maggior ragione vanno inclusi i compensi corrisposti in modo forfettizzato o a cadenza fissa dal datore di lavoro a titolo di maggiorazione per il lavoro straordinario, che devono essere sommati alla base di calcolo retributiva con riferimento all'anno di maturazione.

Risulta più agevole il riconoscimento della non occasionalità per il compenso per lavoro notturno che, in genere dipende dalla normale programmazione per turni dell'attività aziendale (Cass. 13 agosto 2001, n. 11078).

In molti casi il problema della computabilità o meno è stato risolto dalla contrattazione collettiva, che ha stabilito l'esclusione del compenso dalla base di calcolo oppure ha affermato - con lo stesso effetto pratico - che le maggiorazioni riconosciute per lavoro straordinario e notturno sono state determinate tenendo conto dell'incidenza sul T.F.R.. Dette clausole sono legittime proprio in forza dell'autonomia riservata alla contrattazione collettiva dall'art. 2120 c.c..

Con riguardo ai premi, la giurisprudenza ha registrato un'evoluzione nel tempo, nel senso di ricomprendere un numero sempre crescente di fattispecie.

Circa l'inclusione dei c.d. bonus o premi di risultato non si pongono particolari dubbi, dal momento che si tratta di retribuzioni e non di liberalità.

Si è posta invece la questione della computabilità dei c.d. premi di fedeltà, in relazione al fatto che la loro erogazione avviene una tantum al raggiungimento di un certo grado di anzianità di servizio e potrebbe apparire una mera liberalità. La Cassazione, tuttavia, ha affermato che esso ha natura retributiva ogni qualvolta l'originaria spontaneità e liberalità del premio si sia trasformata, per effetto dell'inequivoco comportamento delle parti - consistente nell'attribuzione dell'erogazione da parte del datore di lavoro in occasione della maturazione di un servizio pluriennale prestabilito e nella corrispettiva legittima attesa dei lavoratori a conseguirla - in un vincolo obbligatorio. In tal caso, venuta meno l'originaria natura, il premio diventa il corrispettivo per la fedeltà della prestazione resa per un certo numero di anni, che ha assunto natura di compenso riconosciuto dall'uso aziendale, inserito come tale (clausola d'uso) nel contratto individuale, di cui completa il contenuto in senso modificativo o derogativo (in melius) della contrattazione collettiva (Cass. 22 agosto 2002 n. 12411, Cass. 18 agosto 2004 n. 16171).

4. Contributi ai fondi di previdenza complementare e base di calcolo del T.F.R.

Poiché ai fini della determinazione della base di calcolo utile per la determinazione del trattamento di fine rapporto, l'art. 2120 cod. civ., comma 2, prende in considerazione "la retribuzione annua", cioè "tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese", si pone il problema se la contribuzione ai fondi di previdenza complementare rientri o no nel concetto di "retribuzione" corrisposta in dipendenza del rapporto di lavoro ai sensi del citato art. 2120 del codice civile.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha più volte affermato che i versamenti ai fondi pensione non sono emolumenti retributivi ma sono strutturalmente contributi con funzione e natura previdenziale (v. Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421; v. anche Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121).

In particolare, con la sentenza 28 luglio 2000, n. 393, la Corte Costituzionale ha affermato "che, a seguito della l. delega n. 421/1992, così come attuata dal D.Lgs. n. 124/1993, la definizione legislativa dei fondi complementari, come "fondi di previdenza...al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale", ha inserito gli stessi nel sistema dell'art. 38, tanto che, dopo queste leggi, le contribuzioni degli imprenditori al loro finanziamento non possono più definirsi "emolumenti retributivi con funzione previdenziale", ma costituiscono, strutturalmente, contributi di natura previdenziale".

Del resto, lo stesso concetto è ripreso dal D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, secondo cui "Il presente decreto legislativo disciplina le forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio...al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale" (art. 1, comma 1).

Al riguardo, si segnala un diverso orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui i versamenti a fondi di previdenza complementare avrebbero natura retributiva e perciò confluirebbero nella base di calcolo per il trattamento di fine rapporto.

Si fa riferimento, in particolare, alla iniziale sentenza a sezione unite 1° febbraio 1997, n. 974, seguita da Cass. 2 novembre 2001, n. 13558, da Cass. 14 ottobre 2002, n. 14591 ed infine da Cass. 17 gennaio 2006.

Peraltro, la Corte di Cassazione - sia nella sentenza a sezioni unite del 1997 che nelle decisioni successive - fa riferimento esclusivamente a trattamenti pensionistici integrativi erogati da fondi interni al patrimonio dell'azienda previsti dalla contrattazione collettiva (ovvero a "conti individuali" integranti il

trattamento di quiescenza), e non a fondi di previdenza complementare esterni al datore di lavoro.

La Corte sostiene che tali trattamenti pensionistici integrativi avrebbero natura di debiti di lavoro, anche se esigibili dopo la cessazione del rapporto di lavoro, essendo in nesso di corrispettività con la prestazione lavorativa (a causa dell'interdipendenza con la durata del servizio e la misura della retribuzione ricevuta), e perciò utili al fine del calcolo del trattamento di fine rapporto.

L'orientamento della Suprema Corte non tiene però conto dei pronunciamenti della Corte Costituzionale in materia e della evoluzione legislativa sul punto. Infatti, in base al vigente quadro normativo sopra richiamato, si deve ormai ritenere che il finanziamento a fondi di previdenza complementare abbia sempre natura e funzione esclusivamente previdenziali.

Inoltre, poiché la legge prevede la possibilità di destinare gli accantonamenti per il trattamento di fine rapporto al finanziamento della previdenza complementare, è evidente che se il T.F.R. versato al fondo pensione fosse considerato utile ai fini del calcolo del T.F.R. stesso, si determinerebbe un circolo vizioso tale da moltiplicare in modo irrazionale la base di calcolo dell'istituto.

La Suprema Corte non tiene poi conto del fatto che l'art. 2120 cod. civ. comprende come base di calcolo del T.F.R. tutte le erogazioni che sono state effettivamente corrisposte al lavoratore, mentre l'obbligazione del datore di lavoro verso il finanziamento della previdenza complementare comporta, nel corso dell'anno, una erogazione non a favore dei lavoratori interessati bensì al fondo pensione di riferimento.

A norma dell'articolo 16 del D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 sul contributo a carico del datore di lavoro versato alla previdenza complementare è dovuto il contributo di solidarietà nella misura del 10%.

5. Le deroghe della contrattazione collettiva

L'articolo 2120 del codice civile fornisce i criteri guida per la determinazione della retribuzione utile, mentre la contrattazione collettiva può includere o escludere alcuni emolumenti dalla base di calcolo del T.F.R.. Questa facoltà è riconosciuta dalla legge tanto alla contrattazione nazionale quanto a quella aziendale (Cass. 5 agosto 2005 n. 16549).

Si deve trattare di una previsione chiara ed univoca, contenuta in contratti collettivi che siano stati stipulati dopo l'entrata in vigore della legge n. 297/82 (Cass. 5 novembre 2003 n. 16618). Quanto all'efficacia temporale delle disposizioni del contratto collettivo che fissano la retribuzione utile, occorre inoltre tener presente che se interviene una disciplina collettiva a modificare la precedente, l'innovazione è valida per il futuro, con salvezza dei diritti quesiti dei lavoratori, e non produce effetto sulle quote già accantonate nel corso del rapporto di lavoro (Cass. 14 agosto 2004 n. 15889).

Come già chiarito in precedenza la contrattazione collettiva non può attribuire effetto retroattivo all'individuazione delle somme che formano la retribuzione utile per il T.F.R., "essendo tale pattuizione nulla per contrasto con i principi inderogabili di norma di legge" (Cass. n. 16549/2005 e Cass. 8 gennaio 2003 n. 96).

6. Computo delle retribuzioni in natura

Con riguardo al computo nella base di calcolo della retribuzione in natura di rilievo è il problema che riguarda la valorizzazione economica del benefit.

Salvo diversa previsione del contratto collettivo, ai fini della determinazione della retribuzione in natura prevale un criterio civilistico identificato nel valore normale del bene o servizio.

Deve escludersi l'automatica applicabilità in via analogica dei criteri stabiliti dalla legge in ambito fiscale e previdenziale per alcune forme di retribuzione in natura (art. 51 TUIR).

5.1 Autovettura

Non è prevista una specifica disposizione normativa che disponga un criterio univoco di determinazione del valore dell'autovettura concessa al lavoratore per uso personale da computare nella base di calcolo del T.F.R..

Ne consegue che il datore di lavoro deve determinare tale importo utilizzando un criterio di ragionevolezza, che può anche fondarsi sulle tariffe ACI, ma che deve tener conto dell'effettivo utilizzo dell'auto per ragioni personali.

In ogni caso, il controvalore dell'autovettura concessa al lavoratore per uso personale può essere rideterminato dal giudice in via equitativa (Cass. 22 giugno 2000 n. 8496).

La Suprema Corte ha chiarito che il benefit rientra nella base di computo anche indipendentemente dall'effettivo utilizzo, poiché rappresenta il contenuto di un'obbligazione che, se anche non ricollegabile ad una specifica prestazione, è idonea ad essere considerata di natura retributiva se è pattiziamente inserita nella struttura sinallagmatica del contratto di lavoro (Cass. 15 novembre 2002 n. 16129).

Nel caso in cui il lavoratore sia chiamato a versare mensilmente una somma come corrispettivo dell'utilizzo personale dell'auto occorre confrontare il valore effettivo dell'uso con la somma richiesta a tale titolo. La eventuale differenza positiva va computata nella retribuzione utile ai fini del calcolo del T.F.R. anche se, in alcuni casi, in sede di valutazione equitativa tale computo è stato escluso se lo scostamento non è apprezzabile (Cass. 12 agosto 1992 n. 9517).

5.2 Alloggio

Al riguardo è riconosciuta dalla giurisprudenza la computabilità nel T.F.R. del valore corrispondente all'utilizzo dell'alloggio per esigenze personali e familiari del lavoratore (Cass. 22 giugno 2004 n. 11644), con qualunque modalità:

- tramite erogazione di un contributo mensile (Cass. 2 marzo 2005 n. 4341);
- comodato gratuito o pagamento del canone di locazione da parte del datore di lavoro (Cass. 22 aprile 1987 n. 3914),

sempre che tale liberalità sia connessa al rapporto di lavoro e alla posizione lavorativa del dipendente (Cass. 22 giugno 2004 n. 11644).

5.3 Mensa e buoni pasto

Il valore del servizio mensa e l'eventuale indennità sostitutiva - ai sensi dell'art. 6 comma 3 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359 - non fanno parte della retribuzione a nessun effetto attinente agli istituti legali e contrattuali del rapporto di lavoro e, pertanto, non può essere computato ai fini del calcolo del T.F.R. salvo deroga della contrattazione collettiva (Cass. S.U. 1° aprile 1993 n. 3888).

Un orientamento più recente, peraltro, attribuisce natura retributiva alla mensa, come istituto contrattuale, soltanto quando sia accompagnata da un'indennità sostitutiva e solo in misura corrispondente al valore dell'indennità, dovendo in tal caso incidere sugli istituti indiretti legali e contrattuali se così dispone la contrattazione collettiva (Cass. 14 novembre 2001 n. 14198).

5.4 Premi di polizza

Le polizze assicurative stipulate dal datore di lavoro in favore del lavoratore entrano nella base di calcolo del T.F.R., salvo deroga della contrattazione collettiva, in quanto si tratta di emolumenti che trovano la loro causa tipica nel normale rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi (Cass., 22 giugno 2000 n. 8496).

6. Indennità di trasferta

Per la computabilità o meno dell'indennità di trasferta nella retribuzione utile rileva in via generale solo l'elemento dell'occasionalità, nel senso che, se la trasferta rappresenta una modalità abituale della prestazione, il corrispettivo dell'indennità entra a far parte della base di calcolo del T.F.R. (Cass. 14 luglio 1988 n. 4621).

In caso contrario, deve essere escluso anche se erogato per trasferte o missioni protrattesi per un apprezzabile lasso di tempo, ma con carattere occasionale ed episodico (Cass. 13 aprile 1985 n. 2449).

6.1 Indennità estero

La natura retributiva dell'indennità estero - secondo la più recente giurisprudenza - va riconosciuta tanto in presenza di una funzione compensativa della maggiore gravosità e del disagio morale ed ambientale, tanto nel caso in cui si correli all'insieme delle qualità e condizioni personali che concorrono a formare la professionalità eventualmente indispensabile per prestare lavoro all'estero. La distinzione tra remunerazione del disagio e remunerazione della professionalità rileva ai soli fini della definitività o meno del compenso nel trattamento riconosciuto al lavoratore e non per stabilirne la natura retributiva, che sussiste in ogni caso, con conseguente inclusione nella base di calcolo del T.F.R. (Cass. 19 febbraio 2004 n. 3278).

6.3 Indennità di preavviso

L'indennità sostitutiva del preavviso corrisposta al lavoratore al termine del rapporto di lavoro ha natura retributiva ed è computabile nella base di calcolo T.F.R., pur non essendo il corrispettivo di una prestazione di lavoro (Cass. 22 febbraio 1993 n. 2114).

6.4 Indennità per ferie e permessi non goduti

Salvo diversa previsione dei contratti collettivi, l'orientamento prevalente l'indennità per permessi non goduti, nonché l'indennità per ferie non godute corrisposta alla cessazione del rapporto di lavoro, in quanto connesse al rapporto stesso, formano retribuzione utile ai fini del T.F.R. (fra tutte Cass. 8 giugno 2005 n. 11936).

7 Assenze dal lavoro

Il comma 3 dell'art. 2120 c.c., che dispone: "In caso di sospensione della prestazione di lavoro nel corso dell'anno per una delle cause di cui all'art. 2110, nonché in caso di sospensione totale o parziale per la quale sia prevista l'integrazione salariale, deve essere computato nella retribuzione di cui al primo comma l'equivalente della retribuzione a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro."

Le cause di sospensione inerenti il prestatore di lavoro contemplate dall'art. 2110 c.c., si riferiscono all'infortunio, alla malattia e alla gravidanza o di puerperio. A queste si aggiungono le sospensioni a titolo

di cassa integrazione ordinaria e straordinaria espressamente richiamate dal citato articolo 2120.

La retribuzione figurativa da computarsi nella retribuzione annua valida per il T.F.R. è, per espressa disposizione di legge, quella che il lavoratore avrebbe percepito in caso di normale prestazione lavorativa, comprensiva quindi anche di eventuali compensi o indennità corrisposte in via ordinaria al lavoratore (ad esempio indennità forfetaria per straordinari, indennità per turni).

La contrattazione collettiva può derogare al disposto dell'art. 2120 comma 3, in virtù della previsione derogatoria operata dal secondo comma dello stesso art. 2120, limitatamente alla misura della retribuzione annua ai fini del trattamento di fine rapporto. Peraltro, anche l'ultimo comma dell'art. 2120 c.c. espressamente stabilisce che "Condizioni di miglior favore possono essere previste dai contratti collettivi o da patti individuali". La disposizione ora richiamata consente anche ad accordi individuali di stabilire regole di miglior favore per i dipendenti che si trovino in periodi di assenza dal lavoro.

Alcuni profili di problematicità riguardano i periodi relativi alle assenze per maternità. L'articolo 2110 del codice civile fa un generico rinvio al periodo della "Gravidanza " e del " puerperio".

Si ritiene che nella previsione di cui al comma 3 dell'articolo 2120 del codice civile rientri il periodo relativo al congedo di maternità (ex astensione obbligatoria) dal momento che esso ricade interamente nel periodo di maternità e puerperio. Diversamente, non rientra nella citata previsione del comma 3 il congedo parentale (ex astensione facoltativa) che può essere utilizzato fino all'ottavo anno del bambino. A tale ultimo riguardo, va precisato che un primo orientamento giurisprudenziale si è formato a favore della sua computabilità (sostenuta tra gli altri dalla Cassazione 22 febbraio 1993, n. 2114 e dalla Pretura Milano del 7 gennaio 1998).

Di segno contrario la sentenza di merito del Pretore di Milano del 5 dicembre 1992, si basa soprattutto sul fatto che "l'ultimo comma dell'art. 7 della L. 1204/71 - con formulazione identica, per tale aspetto, a quella del precedente art. 6 (concernente la rilevanza dell'astensione obbligatoria) - prevede la computabilità dell'astensione facoltativa ai fini dell'anzianità di servizio." Questo orientamento attribuisce rilevanza decisiva alla maturazione nel periodo considerato dell'anzianità di servizio, non considerando che questo elemento non costituisce una discriminante tra i periodi di sospensione che si computano ai fini del T.F.R. e quelli che ne sono esclusi.

Sul punto si ritiene di condividere la tesi sostenuta tra l'altro dal Tribunale di Milano 3.7.1991 e 18.9.1999, secondo la quale "In difetto di diversa definizione normativa, il puerperio legale disciplinato dalla legge 1204/71, deve ritenersi sostanzialmente coincidente con la definizione medica riferita alla normalità e generalità dei soggetti e va quindi limitata al periodo di tre mesi di astensione obbligatoria post partum. In ragione di ciò, dopo la novella dell'articolo 2120 del c.c la mera assenza facoltativa dopo i tre mesi di astensione obbligatoria non è utile alla formazione del T.F.R."

Con riferimento ad altre tipologie di assenze, il comma 2 dello stesso articolo 2120 precisa che "Salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente, comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro". Ne deriva, pertanto, in linea generale che, se a fronte della mancata prestazione lavorativa, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere un corrispettivo in forza di disposizioni di leggi e/o contratti, (ferie, festività, permessi retribuiti etc) questo corrispettivo è utile al calcolo del T.F.R. (si veda anche quanto indicato al paragrafo 6.4).

Se, invece, in relazione alla mancata prestazione lavorativa, nulla è dovuto al lavoratore dal datore di lavoro come, ad esempio, scioperi, aspettative, permessi non retribuiti, permessi per malattia del figlio fino a 8 anni di etc, il trattamento di fine rapporto non matura.

Alla medesima conclusione di esclusione si giunge anche se il datore di lavoro dovesse essere obbligato

ad anticipare una indennità per conto di enti previdenziali (ad esempio, permessi per donazione di sangue, permessi per assistenza ai familiari portatori di handicaps etc.).

La giurisprudenza è intervenuta in relazione all'assenza per servizio militare. La Corte di Cassazione con sentenza dell'11 giugno 1990 n. 5660 e ancor prima del 5 febbraio 1988, n. 1222 ha espressamente escluso che l'art. 2120 comma 3 c.c., "che include nella retribuzione da prendere a base del calcolo del trattamento di fine rapporto l'equivalente della retribuzione cui avrebbe avuto diritto, in caso di normale svolgimento del rapporto, possa essere applicata, in forza di un'inammissibile interpretazione estensiva od analogica, al caso di sospensione del rapporto per prestazione del servizio militare di leva, che non è previsto dalla citata norma e che nell'art. 2111 c.c. è oggetto di previsione distinta da quella del richiamo alle armi."

Alle medesime conclusioni era giunta ancor prima la Corte Costituzionale con sentenza 7 novembre 1989, n. 491, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2120 nella parte in cui non prevede il servizio militare tra i periodi di sospensione della prestazione di lavoro computabili nel calcolo del T.F.R..