



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Effetti privatistici del trattamento di fine rapporto

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Effetti privatistici del trattamento di fine rapporto / M. MERELLO; G. GALLI. - In: *FAMILIA*. - ISSN 1592-9930. - STAMPA. - 4-5:(2005), pp. 635-657.

Availability:

This version is available at: 2158/345446 since:

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

GIANNI GALL, MARIA STEFANIA MERELLO

EFFETTI PRIVATISTICI DEL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

SOMMARIO: 1. Le liquidazioni (lfr) tra macroeconomia e microeconomia individuale e familiare. — 2. Qualificazione ed esigibilità del diritto al trattamento di fine rapporto. — 3. Trattamento di fine rapporto del dipendente coniugato (separato): titolarità, profili obbligatori. — 4. Trattamento di fine rapporto e apertura della successione. — 5. Trattamento di fine rapporto e divorzio *super-veniens*. — 6. Anticipazione del trattamento di fine rapporto per l'acquisto della c.d. prima casa a favore del coniuge, e successivo divorzio. — 7. Trattamento di fine rapporto del dipendente (già) divorziato. — 8. Anticipazione del trattamento di fine rapporto e tutela del coniuge (già) divorziato.

1. *Le liquidazioni (lfr) tra macroeconomia e microeconomia individuale e familiare.*

Nella storia della nostra Repubblica, dai primi anni del dopoguerra, pensioni e liquidazioni costituiscono un problema aperto, cadenzato dal susseguirsi di non pochi testi normativi occasionali da una pluralità di fattori, di valutazioni e di esigenze dalla dispersa natura e di indubbia risonanza sociale oltre che macroeconomica.

Nel contesto di crisi del modello di *welfare state* che ha caratterizzato gran parte del secolo passato e nella crescente insostenibilità della spesa pubblica che l'aveva accompagnato, la ripetutamente preannunciata riforma del trattamento di fine rapporto lavorativo, pare prossima ad essere inserita nell'agenda dei lavori parlamentari (1).

(1) Sull'articolazione a tre livelli del sistema previdenziale, cfr. l'art. 1 del d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, istitutivo dei fondi di previdenza complementare, al cui finanziamento è anche destinata (art. 8) «una quota dell'accantonamento annuale al lfr»; l'art. 2, 6° comma, della L. 8 agosto 1995, n. 335, la cartolarizzazione — «Trasformazione in titoli del

Il suo *iter* certamente laborioso è stato accompagnato da un dibattito destinato ad incrementarsi, soprattutto attento nell'evitare costi e benefici in termini sociali ed economici. È integralmente invece sfuggita, e di sicuro non fa altrettanta notizia, la dimensione privatistica delle liquidazioni (2).

A questo versante sottaciuto occorre prestare attenzione, al momento guardando a testi normativi diversamente datati e di origine diversa, al loro intersecarsi con norme del codice e di leggi speciali che *de iure condito* tuttora delineano e configurano non secondari profili patrimoniali, espressione di bisogni ed esigenze personalistiche di diretta incidenza nella vita individuale ed in ambito familiare.

2. Qualificazione ed esigibilità del diritto al trattamento di fine rapporto.

Nel sistema normativo attuale, il trattamento di fine rapporto — la cui disciplina originariamente divaricata in funzione della natura privatistica o pubblicistica del rapporto di lavoro, attualmente

trattamento di fine rapporto a norma dell'art. 71, 1° e 2° comma della L. 17 maggio 1999, n. 144» — disposta dal d.lgs. 17 agosto 1999, n. 299; poi la L. 23 agosto 2004, n. 243, ultima di una lunga serie sulle pensioni, e le ricorrenti notizie della stampa, soprattutto economica (ad esempio il *Sole 24 Ore*, 26 maggio 2005), sulle intenzioni del Governo circa il conferimento del *tr* maturato.

Sulla spesa per la protezione sociale nei diversi paesi d'Europa, v. EUROSTAT, *Social protection expenditures and receipts*, Luxembourg, 2000.

(2) Il testo originario dell'art. 2120 nel codice del 1942 le chiamava e disciplinava come indennità di anzianità (in leggi speciali, nella letteratura, dalla giurisprudenza, nella contrattazione collettiva, sono anche usati come sinonimi: premio di fine lavoro, indennità di licenziamento, premio di fedeltà o di lealtà; nel pubblico impiego: buonuscita e premio di servizio). In tale sede prevista per i soli impiegati con rapporto di lavoro (privato) di durata non inferiore ad un anno, ed esclusa in « caso di licenziamento per (...) colpa o dimissioni volontarie », la corrispondente erogazione non era dunque certa. Dopo vent'anni quasi, in tempo di Repubblica, con la L. 18 dicembre 1960, n. 1561, la sua quantificazione diventa diversa a seconda della categoria (impiegatista od operata) di appartenenza del percettore, la prima essendo legislativamente parametrata, la seconda invece determinata (e di solito in misura inferiore) dalla contrattazione collettiva.

Nel lessico e per effetto della L. 29 maggio 1982, n. 297 — che al termine di una complessa e dibattuta vicenda politica, economica, giuridica, sociale (su cui v. R. DE LUCA TAMAO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Giorn. dir. lav.*, 1982, p. 429; G. GIUGNI, R. DE LUCA TAMAO, G. FERARRO, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, 1984, pp. 9-16; G. PARRA, *Trattamento di fine rapporto*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 189; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, pp. 27-64; A. VALLERONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, pp. 13-26) all'art. 1 ricollocava l'art. 2120 c.c. — l'indennità di anzianità viene ridenominata trattamento di fine rapporto, dal 1° gennaio 1990 computato per tutte le categorie di lavoro subordinato privato con identità di criteri e — come già prevedeva l'art. 9 della L. 15 luglio 1966, n. 604 — dovuto in « ogni caso di cessazione di rapporto di lavoro subordinato ».

tende ad essere sostanzialmente comune a tutte le categorie di dipendenti (3) — è diritto (di credito) ad una somma di denaro: concessa all'attività prestata in un rapporto di lavoro subordinato, è computata nei modi di cui all'art. 2120, 1° e 4° comma, c.c.

In pagine della dottrina ed in sentenze della giurisprudenza scritte a proposito dell'indennità di anzianità — com'era stata formulata nell'art. 2120 c.c., e nei successivi sviluppi in cui interagiscono accordi interconfederali, leggi speciali, sentenze soprattutto della Corte costituzionale, interpretazioni lungimiranti (4) — ci si interrogava sul nesso tra estinzione del rapporto lavorativo e diritto alla liquidazione, fornendo risposte tutt'altro che omogenee. Con esiti non dissimili, dopo la riscrittura abrogativa del medesimo articolo operata dalla L. 29 maggio 1982, n. 297, la discussione è proseguita nelle indagini di dottrina e giurisprudenza sul trattamento di fine rapporto (5).

Fondamentalmente era ed è in questione se il diritto al trattamento trovi la sua fonte nella « costituzione del rapporto », si accresca « progressivamente durante lo svolgimento di esso » e diventi « esigibile al momento della cessazione » (6); o se « il momento di

(3) Rompendo radicate resistenze ed antiche tradizioni — tra l'altro, l'art. 4, 6° comma, della citata L. 297 del 1982, aveva esplicitamente limitato la ricollocazione dell'art. 2121 c.c. al solo rapporto di lavoro privato — con l'art. 2, 2° comma, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, la disciplina dei rapporti di pubblico impiego viene sottratta ad una miriade di leggi e leggende ed innovativamente affidata all'area della contrattazione: tuttavia, il suo art. 72, 3° comma, manteneva « la disciplina vigente » delle indennità (buonuscita e premio di servizio), proprie del settore in caso di cessazione del rapporto. Analoghe almeno quanto alle funzioni, nel settore del pubblico impiego le indennità di buona uscita e premio di servizio sostituivano il trattamento di fine rapporto. Ma, con l'art. 2, 5° comma, della citata L. 8 agosto 1995, n. 335, entrambe le indennità vengono abrogate: « per i lavoratori assunti dal 1° gennaio 1996 alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 », infatti, i « trattamenti di fine servizio, comunque denominati, sono regolati in base a quanto previsto dall'art. 2120 c.c. in materia di trattamento di fine rapporto », da corrispondersi (8° comma del medesimo art.) « dalle amministrazioni ovvero dagli enti che già provvedono ai trattamenti di fine servizio ». Non in *totum*, però, perché: l'art. 2, 2° comma, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, prevede espressamente eccezioni all'abrogazione, (quelle « di cui all'art. 2, 4° e 5° comma, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 », per la cui critica elencazione cfr. G. GNEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro. Aggiornamenti 1992-1993*, Bologna, 1993, pp. 62-76).

(4) Quella, ad esempio, di U. NATOLI, che nella voce *Anzianità (indennità di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 574 ss., non solo assegnava — come già R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 574 — natura retributiva all'indennità, ma anche indicava come, nell'esclusa in caso di licenziamento per colpa o di dimissioni volontarie, l'art. 2120 c.c. confliggesse con l'art. 36 Cost.

(5) Un'ampia informazione sui termini e sugli autori di quel dibattito, in M. S. MIRELLO, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, Milano, 2000, pp. 125 ss., 132 ss.

(6) Così, tra altri, G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, cit., p. 393.

maturazione», il sorgere del diritto cioè, non coincide invece con la cessazione, essendo questa elemento costitutivo della fattispecie (7).

Alla tesi di chi giudica che «in un sistema come quello successivo alla L. 297 del 1982, (...) il differimento del trattamento al termine del rapporto non è più espressione di una regola inderogabile, sicché ben può essere effettuato il pagamento mese per mese del tfr», autorevolmente e lucidamente si obietta che, così facendo, «sarebbero aboliti gli accantonamenti» (8).

Si potrebbe anzi aggiungere che, in tal modo ragionando di-venta persino inutile interrogarsi sul tempo di quel diritto.

Certo è che non pochi elementi dell'attuale contesto normativo — nell'art. 2120 c.c.: i criteri di calcolo ed il dato lessicale del 1° e 4° comma, le anticipazioni di cui al 6° ed 8° comma — sembrano avvalorare le ragioni di tanti, che in tempi diversi, anche nei confronti dell'indennità di anzianità, hanno sostenuto la natura retributiva di un tal genere di credito, indicandolo come retribuzione differita (9).

In che senso, però? Qualificare il trattamento di fine rapporto come retribuzione e quindi frutto del lavoro dell'uomo, significa

In tal senso, ma tutta posteriore al disegno di legge citato nella nota che segue, anche la costante giurisprudenza della Corte costituzionale — dove ripetutamente si afferma che la «cessazione del rapporto di lavoro è necessaria solo perché il diritto possa essere fatto valere; e quindi non può essere considerata come elemento costitutivo» del «diritto del lavoratore da lui conseguito durante la prestazione della sua attività lavorativa, della quale è frutto» (ultima parte della citazione e estratta da Corte cost. 10 luglio 1991, n. 319, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2344) — non sempre seguita dalla giurisprudenza di merito.

(7) L'art. 1 rec. la norma fondamentale che stabilisce il nuovo trattamento il cui diritto matura al momento della cessazione del rapporto», sostiene la relazione governativa come L. 29 maggio 1982, n. 297, sulla *G.U.* n. 147 del 31 maggio 1982). La convinzione è probabilmente mutata da una (già a quel tempo) consolidata giurisprudenza di legittimità: «le indennità di fine rapporto, prima e dopo l'entrata in vigore della L. 297 del 1982, maturano al momento della cessazione del rapporto», scrive, fra tante, anche recentemente Cass. 4 novembre 1997, n. 10824, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1071; conseguentemente, «solo da questa data decorre il termine di prescrizione» (Cass. 18 novembre 1997, n. 11470, *in id.*, n. 1884).

(8) L'affermazione è di Pret. Milano 5 dicembre 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 241, con tutta evidenza suggestionata dalla tesi di R. De Luca TAMARO, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 451 (nei cui confronti, cfr. il dissenso di A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., p. 170 s., e di Cass. 18 novembre 1997, n. 11470, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1884). L'obiezione critica cit. è di L. MENGONI, *Successioni per cause di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cieu e F. Messineo e continuato da M. Mengoni, Milano, 1999, p. 253.

(9) In tal senso, da ultimo, anche Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, in *Nor. giur. lav.*, 2003, p. 389: «il tfr costituisce un istituto di retribuzione differita che matura anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione».

che il complessivo ammontare di questa sarebbe composto di due quote, una appunto annualmente accantonata e rivalutata (10) e dal pagamento (integrale, o a saldo di quanto anticipato) differito al cessare del rapporto, l'altra periodicamente corrisposta nella vigenza di quello e d'abitudine solo lei chiamata e considerata retribuzione?

Ad uno studioso di problematiche aziendali la questione potrà risultare probabilmente astrusa: nei due casi resta infatti uguale il costo finale dell'unità lavorativa considerata, la complessiva valutazione economica della prestazione effettuata. E più di tanto non dovrebbe interessare neppure il percettore, se gli esiti non modificano il *quantum* di sua competenza.

Con sensibilità e strumenti valutativi differenti, il giurista si interroga invece — lo si è più sopra accertato — sugli elementi costitutivi della fattispecie; sul tempo in cui matura il diritto al trattamento di fine rapporto e su quello della sua esigibilità; sul se «le somme contabilmente accantonate appartengono al datore di lavoro» (o all'amministrazione o all'ente di previdenza) (11), oppure costituiscono un «prestito forzoso posto a carico del lavoratore».

3. *Trattamento di fine rapporto del dipendente coniugato (separato): titolarità, profili obbligatori.*

Quando un rapporto di lavoro cessa perché il dipendente ha raggiunto i cosiddetti limiti di età (12), di solito la liquidazione del trattamento di fine rapporto avviene contestualmente al paga-

(10) Al momento, presso il datore di lavoro, l'amministrazione o l'ente di previdenza che ne sono debitori, soprattutto in futuro, presso un fondo di previdenza complementare, che lo investirà per così dire «al meglio» per riversare capitale e proventi conseguiti, alla scadenza del rapporto di lavoro.

(11) Come affermano E. D'AVOSSA, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Lavoro '80*, 1983, p. 30 ss., e A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Torino, 1999, p. 206. La citazione che segue, estratta da C. CAMEROTA, *Così cambiano le liquidazioni: L. 29 maggio 1982, n. 297*, Milano, 1982, p. 17, aveva diffuso seguito in prima applicazione del ricolto art. 2121 c.c., e tuttora resta nel lessico della Cassazione: v. ad esempio, la sentenza 5 marzo 1993, n. 2714, in *Giur. civ.*, 1993, I, p. 2077 s.

(12) Tra le molteplici cause produttive l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato — nella manualistica, cfr. l'elencazione di L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 1999, p. 395 ss. —, la specifica destinazione di queste note suggerisce di circoscrivere l'analisi alla sola fattispecie fisiologica del dipendente collocato a riposo per aver raggiunto l'età pensionabile.

Sintonia nell'impostazione e condivisione del metodo, hanno consentito di suddividere la stessa ricerca tra i due autori: a M. S. Merello sono riferibili i par. 5, 7, 8, i residui a G. Galli.

mento dell'ultima retribuzione: la prassi trova fondamento e riferimento nella regola — peraltro suppletiva dell'autonomia privata: «Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita» — dello *statim debetur* di cui al primo comma dell'art. 1183 c.c. (13)

Sempre che clausole della contrattazione collettiva o i risultati di quella individuale non concedano quindi una dilazione nel termine (14), la tardiva erogazione di un credito dall'esigibilità immediata comporta conseguenze quanto agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria (15).

(13) La almeno apparente rigidità della disposizione è peraltro mitigata dall'interpretazione giurisprudenziale: per Pret. Torino 15 settembre 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 153, ad esempio, il «credito per tfr è immediatamente esigibile (...) solo dopo un congruo intervallo di tempo» (nella specie: trenta giorni); e premesso che la «cessazione del rapporto di lavoro non costituisce termine per l'adempimento, né termine di scadenza dell'obbligazione concernente il pagamento del tfr, ma il momento di perfezionamento dell'obbligazione stessa, la quale, nel periodo precedente, non è esigibile», Trib. Roma 23 marzo 1999, in *Nor. giur. lav.*, 1999, p. 672 ss., ne deduce che «ai sensi dell'art. 1183, 1° comma, seconda parte, c.c., spetta al giudice stabilire un termine per l'adempimento, prima del cui decorso non sono dovuti rivalutazione ed interessi».

Cass. 19 gennaio 2000, n. 600, in *Nor. giur. lav.*, 2000, p. 495 ss., è invece dell'avviso che, poiché «il diritto del lavoratore al trattamento di fine rapporto matura per il dipendente al momento del suo collocamento a riposo che, in quanto prevedibile, consente al datore di lavoro di approntare anticipatamente il disbrigo della relativa pratica di liquidazione», sia da «escludere che il relativo adempimento sia assoggettabile alla disciplina di cui all'art. 1183, 1° comma, parte seconda, c.c., in quanto tale ultima disposizione fa comunque riferimento alle obbligazioni di cui non è determinato il tempo dell'adempimento», Cass. 1 luglio 1997, n. 5899, in *Mass. Giur. civ.*, 1997, p. 1111, delmisce portabile l'obbligazione, da quindi «assegnarsi ai sensi del disposto dell'art. 1182 c.c. presso il domicilio del creditore».

(14) Nel settore del pubblico impiego, stanti il procedimento e la dilazione disposta dall'art. 7 della L. 20 marzo 1980, n. 75, per l'erogazione del trattamento di fine rapporto spettante ai dipendenti statali, solamente dopo ben 180 giorni i «crediti dovuti a titolo di indennità di buonuscita sono produttivi di interessi legali e soggetti a rivalutazione monetaria»: cfr. Cons. Stato 14 maggio 1998, n. 722, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 968 ss., dove la precisazione che «vanno calcolati interessi di rivalutazione monetaria anche per i giorni intercorsi tra la data di emissione del mandato dell'ente (di previdenza, l'Inpdap cioè) e quella di ricezione dell'assegno da parte dell'interessato».

(15) In tal senso, cfr. Cass. 8 maggio 2002, n. 6565, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*; *trattamento di fine rapporto*, n. 1500; Cass. 10 aprile 2002, n. 5105, *ivi*, stessa voce, n. 1504; Cass. 4 aprile 2002, n. 4822, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3412; Cass. 25 marzo 2002, n. 4222, in *Rev. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 815; confermando la tesi di Cass. 28 marzo 2002, n. 4551, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1168, anche: Cass. 16 maggio 2002, n. 7143, in *Rep. Foro it.*, stessa voce, n. 1497, precisa: «purché possa in quel momento essere determinato e quindi divenire esigibile, in caso contrario produce gli accessori dal giorno in cui siano disponibili tutti gli elementi di calcolo per la liquidazione definitiva dell'ammontare, anche se ciò si realizza dopo la cessazione del rapporto di lavoro».

Gli andetti effetti invece non si producono quando il dipendente non ritira la somma messagli tempestivamente a disposizione: per Pret. Torino 18 luglio 1996, in *Giur. piem.*, 1997, p. 273, il «relativo danno» sarebbe infatti «ascrivibile al comportamento tenuto dallo stesso lavoratore in violazione dell'art. 1227 c.c.»; ma il risultato è già insito nell'incipit dell'art. 1183, 1° comma, c.c., quando rimette l'esigibilità immediata — nella specie comunque impraticabile, avendo il debitore già adempito — all'iniziativa del creditore.

Computata in base ai criteri definiti dal 1° e 4° comma dell'art. 2120 c.c., la somma messa a disposizione dall'azienda o dall'ente di previdenza può risultare in concreto decurtata da quanto percepito in anticipo. In costanza di rapporto di lavoro e dopo almeno otto anni di servizio cioè; per una sola volta ed in percentuale non superiore al 70% sul trattamento ad allora maturato; per necessità e bisogni tipizzati (16) che ne vincolano l'impiego.

Comunque, in quei modi corrisposto il trattamento di fine rapporto, la somma a tal titolo corrispondentemente incassata — reddito imponibile al momento dell'erogazione (17) — entra nel patrimonio del lavoratore che la introita: lo incrementa di liquidità, di un elemento attivo.

Ma per ciò stesso, confondendosi con le altre componenti, in quel patrimonio smarrisce la propria autonomia. Conseguentemente, non è tra l'altro giuridicamente concepibile un atto di disposizione della liquidazione in quanto tale: è infatti del suo patrimonio che, esclusivamente e direttamente, il percettore dispone.

Titolare unico del patrimonio in cui affluisce, della liquidazione corrisposta è dunque unico titolare l'ex dipendente che l'ha acquisita; sia questi, in quel momento, *single*, coniugato, separato, con o senza figli.

Nulla quaesio nella prima ipotesi.

Ugualmente nelle altre: è infatti «non controverso che tra i coniugi separati, giuridicamente o consensualmente, nonché tra i coniugi prima della pronuncia di separazione, operano rispettivamente i regimi patrimoniali propri di tali istituti, che non prevedono in alcun modo la partecipazione di un coniuge all'indennità di fine rapporto percepita dall'altro» (18).

(16) Quelli elencati dall'art. 2120, 8° comma, c.c. — per la cui disamina, tanto in tema di acquisto della c.d. prima casa che di spese sanitarie, cfr. le informative considerazioni di M.S. MERELLO, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, cit., p. 113 ss. — ma pure, stante il rinvio del successivo 11° comma, quelli che — se di «miglior favore» — abbiano in argomento coniato tanto l'autonomia collettiva che «parti individuali» (su cui cfr. le differenti posizioni di L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 599; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, cit., p. 254; G. PERA, voce *Trattamento di fine rapporto (lavoro privato)*, cit., p. 859; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, cit., p. 82).

(17) Cfr. art. 5 d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47; dello stesso decreto cfr. anche art. 11 come modificato dall'art. 8, 2° comma, d.lgs. 12 aprile 2001.

(18) Così Cass. 7 giugno 1999, n. 5553, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1137 (dopo aver affermato — p. 1133 — che in materia «opera il principio della piena disponibilità (...) delle attribuzioni patrimoniali da parte del destinatario delle stesse»). Cfr. anche App. Milano 4 aprile 1997, *iv*, 1998, p. 74 — «nessuna norma di legge attribuisce una quota del

Sotto altro profilo — non più quello dell'appartenenza cioè, ma quello obbligatorio e dei diritti di credito —, nel regime di «doveri reciproci dei coniugi» designato dal 2° comma dell'art. 143 e dall'art. 147 c.c., in presenza dell'obbligo di «contribuire ai bisogni della famiglia» che connota il matrimonio, non può tuttavia trascurarsi che il sopravvenuto incremento del patrimonio di uno dei *partners* costituisce provvista di un adempimento, che è reciproco ma anche proporzionale («in relazione alle proprie sostanze»: art. 143, 3° comma, c.c.). A maggior ragione, se il trattamento di fine rapporto fosse esso stesso retribuzione, questa essendo infatti finalizzata «ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36, 3° comma, Cost.).

Sempre in un contesto obbligatorio, quel medesimo incremento patrimoniale può poi costituire occasione di revisione dei provvedimenti adottati dal giudice in sede di separazione: con riferimento dunque, tanto alla «misura» con cui il coniuge non affidatario dei figli contribuisce al loro mantenimento (art. 155, ult. comma, c.c.), quanto all'«entità» dell'eventuale assegno di mantenimento che avvantaggia il «coniuge cui non sia addebitabile la separazione» (art. 156, 1° e 2° comma, c.c.). Se la prima eventualità è in questa sede anacronistica e soprattutto teorica — nella concreta fattispecie il genitore di riferimento è infatti in età avanzata: se li ha, ha quindi figli ormai adulti, generalmente capaci di provvedere a se stessi —, la seconda è invece probabile (19): l'incremento reddituale è certamente un sopravvenuto motivo che, «su istanza di parte», può giustificare la maggiorazione di un assegno il cui importo è stato a suo tempo determinato (anche) «in relazione (...) ai redditi dell'obbligato» (art. 156, 7° comma, c.c.).

trattamento di fine rapporto al coniuge (...) legalmente separato (e non divorziato)» — e, pressoché in fotocopia, Trib. Catania 30 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1259.

In dottrina, nello stesso senso, M. DOSSERTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio, in Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonini e G. Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 700; M. FINOCCHIARO, sub art. 12-bis, *Diritto di famiglia: il divorzio*, in *Commento sistematico della L. 1° dicembre 1970, n. 898 come modificata dalla L. 1° agosto 1978, n. 436 e dalla L. 6 marzo 1987, n. 74 di A. e M. Finocchiaro*, III, Milano, 1988, p. 672; M. PRINCIGALLI, sub art. 16, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 1010 s.; P. UBALDI, sub art. 12-bis, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 510.

Sulla diversa situazione, nel caso che il trattamento di fine rapporto venga invece percepito dopo che — per quanto previsto dall'art. 12-bis L.div. — sia «stata pronunciata» sentenza di «scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio», cfr. *infra*, n. 7. (19) Un cenno in Cass. 7 giugno 1999, n. 5553, cit., p. 1133.

È poi noto che la separazione (consensuale e giudiziale) causa lo scioglimento della comunione legale tra coniugi (art. 191, 1° comma, c.c.).

In proposito, una corte di merito sostiene che, in quel momento, il trattamento di fine rapporto percepito in costanza di matrimonio «non potrà che essere ricondotto nella previsione ex art. 177 c.c., vale a dire nel regime della comunione *de residuo*, competendo a ciascuno dei coniugi (...), nella misura del 50%» (20).

Da aggiungersi alla lista dei sostenitori della natura reale della comunione dei beni residui — istituto guardato con perplessità e fonte di discussioni; da uno dei primi interpreti della riforma del diritto di famiglia aditato come «un anomalo regime di partecipazione differita» (21) —, la tesi dei giudici milanesi enuncerebbe che quella «esclusiva pertoccanza» nella medesima sentenza dichiarata, conosce almeno un'eccezione.

Ma affermare, appunto, l'«esclusiva pertoccanza» della somma di denaro che rappresenta il trattamento di fine rapporto, contiene le radici di una diversa soluzione: evocarne l'esclusività, che altro può infatti significare e voler dire se non che essa appartiene al patrimonio di chi, vigente il matrimonio, l'ha introdotta?

Se così è, quel provento che non compone la comunione legale tra coniugi non essendoci confluito, non potrà evidentemente «essere ricondotto nella previsione ex art. 177 c.c.». Quel che al tempo della successiva e sopravvenuta separazione (che scioglie la comunione legale) dev'essere considerato ai fini della comunione residuale, «competendo a ciascuno dei coniugi (...), nella misura del 50%», è invece la liquidità complessiva, sono i risparmi di entrambi; di certo, non il trattamento di fine rapporto (o quanto di esso non consumato) di uno dei due.

4. *Trattamento di fine rapporto e apertura della successione.*

L'apertura della successione del destinatario del trattamento di fine rapporto — deceduto dopo averlo cioè percepito — rende

(20) Trib. Torino 17 marzo 1999, *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1225. Ad uguali conclusioni era precedentemente pervenuto Trib. Padova 28 settembre 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 438 ss.

(21) F.D. BUSNELL, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, p. 35.

applicabile all'intero asse ereditario la disciplina del secondo libro del c.c.

Nel *relictum* — che coincide col patrimonio del defunto — la liquidità presente potrà essere costituita da risparmi: in quel momento assume rilevanza il loro ammontare complessivo, non l'identificazione delle specifiche fonti (di entrata) che l'hanno determinato, nemmeno per accertare quanto sia eventualmente residuo della loro originaria consistenza. Il che conferma quanto indicato nel precedente paragrafo — che dopo esser stato incassato, il reddito in cui consiste il trattamento perde cioè la propria identità, confondendosi con le componenti patrimoniali del percettore — dovendosi escludere che, nella sua identità, quel provento sia in tutto od in parte rintracciabile nell'asse ereditario (22).

Ma la morte, non solo apre la successione (art. 456 c.c.) e segna l'estinzione del matrimonio (art. 149, 1° comma, c.c.): è pure causa, anch'essa, dello scioglimento dell'eventuale comunione legale tra coniugi (art. 191, 1° comma, c.c.).

A quel momento, se fosse stato coniugato in regime di comunione legale, i risparmi del defunto percettore — ancora una volta: non certamente però il trattamento di fine rapporto, isolatamente ed autonomamente considerato —, prima di cadere in successione e comporre la c.d. massa ereditaria confluiscono nella comunione residuale col proprio coniuge (art. 177, lett. c), c.c.), il cui patrimonio di vedovo risulta di conseguenza incrementato di un mezzo dell'ammontare degli stessi.

Conseguentemente, solo l'altra quota di un mezzo costituisce oggetto del *relictum* (23), che — per le « commistioni tra la disciplina dello scioglimento della comunione legale e quella della successione a causa di morte », da altri (24) opportunamente segnalate

(22) Conforme, M.S. MERRILLO, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, cit., pp. 126 e 135. Sostiene invece « che l'indennità di fine rapporto viene acquisita al patrimonio individuale del lavoratore con la conseguenza che la morte di questo comporta la sua inchiudimento nell'asse ereditario (e, va aggiunta, nel caso dell'art. 177, lett. c), c.c., nella comunione de relictum) », F. GIULIOTTI, *Trattamento di fine rapporto e regime patrimoniale della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 728, nota 120.

(23) Tutavia, per Pret. Bari 6 febbraio 1982 — ed altrettanto nelle note favorevoli di commento di M.R. CIRRIANO, *Il denaro depositato da un coniuge in comunione legale*, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 10, e di M. GIONFRIDA DAINO, *Scioglimento della comunione legale e diritto del coniuge sulle somme depositate in conto corrente intestato all'altro coniuge*, in *Giur. merito*, 1984, I, p. 617 — anche il diritto del coniuge superstite è *iure haereditatis*.

(24) A. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, in *Diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonini e G. Cattaneo, cit., II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, p. 248. In argomento, v. anche A. BURDSE, *Se, sciolto il matrimonio e venuto*

— il medesimo vedovo potrà acquisire *iure successiois* insieme alle altre « sostanze » lasciate dal defunto, in quanto erede (testamentario o *ex lege*) e perché legittimario (art. 536 c.c.), in eventuale concorso con altri aventi diritto e quindi in tutto od in parte.

Rispetto all'ipotesi precedente, può darsi viceversa che la morte intervenga prima che il trattamento di fine rapporto sia stato corrisposto al destinatario, senza che l'avente diritto l'abbia conseguentemente percepito (25). Perché quel reddito non è materialmente entrato nel patrimonio del defunto, parrebbe di non doversene trovare traccia nel *relictum*; ma vi è giuridicamente imputabile, in quanto credito senz'altro liquido ed esigibile.

Anche in tal caso, il vedovo in regime di comunione legale dovrebbe — il condizionale sembra d'obbligo davanti alla dizione dell'art. 177, lett. b), c.c., dove i « frutti » considerati sono quelli « percepiti » (26) — avere diritto, *iure proprio*, ad un mezzo del valore di tale credito; metà della c.d. retribuzione differita entra

meno il regime di comunione legale tra coniugi per morte di uno di loro, il regolamento della cosiddetta comunione de residuo trovi applicazione in concorso della disciplina delle successioni, e in caso affermativo come questi ultimi si cooridin col primo, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, pp. 350-353.

(25) Restando all'interno di un'intervenuta estinzione del rapporto di lavoro per collocamento a riposo, l'ipotesi è tutta diversa dalla successione *mortis causa* nella liquidazione, di cui al discusso art. 2122 c.c. — in argomento cfr., da ultimo, l'attenta ricognizione di M.S. MERRILLO, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, cit., p. 191 ss. — dove la cessazione è effetto della morte del prestatore di lavoro.

(26) Quel riferimento letterale non deve tuttavia preoccupare più di tanto, se lo si connette al seguito — « e non consumati allo scioglimento della comunione » — del testo della stessa lett. c), dove quel che costituisce oggetto della comunione (*de residuo*) prima, e della divisione poi, è esclusivamente il *quantum* rimasto: la soluzione proposta muove da tale premessa, considerando che, nella specie, l'ammontare della liquidazione non può non essere integro. Non molto dissimile, *mutatis mutandis*, il ragionamento di Trib. Torino 17 marzo 1999, cit., p. 1231: avendo il percettore dichiarato di non avere consumato alcunché — « neppure in minima parte » — della liquidazione incassata durante il procedimento di separazione giudiziale, riconosce all'altro coniuge il « 50% di quanto residuasse al momento dello scioglimento della comunione ».

Molto diversa invece Cass. 17 novembre 2000, n. 14897, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 92, non tanto perché confermando la decisione di merito comprende nella comunione residuale « le somme depositate su un conto corrente comestato, ritirate prima della separazione e asseveratamente utilizzate per l'attività d'impresa del coniuge prelevante », quanto per l'affermazione che vi sarebbero compresi anche i redditi « percepiti o percepiendi, rispetto ai quali il coniuge titolare non riesca a dimostrare che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione ». Non mi pare in proposito convincente concepire la comunione *de residuo* con effetto retroattivo; e meno ancora che si possa ritenere che un reddito personale « percepito » debba essere necessariamente consumato per i bisogni familiari; con tali percorsi si finisce per gravare il matrimonio di aspetti e di effetti di cui i coniugi andrebbero avvertiti alla genesi del loro rapporto.

quindi in una comunione anch'essa differita, mentre, nei confronti dell'asse ereditario che comprende l'altra metà, egli è quanto meno legittimario (art. 536 c.c.).

5. *Trattamento di fine rapporto e divorzio superveniens.*

Per quanto precedentemente considerato (v. *retro*, par. 3), se la cessazione del rapporto di lavoro avviene in costanza di matrimonio, ed in costanza di matrimonio è perciò percepita la conseguente liquidazione, l'intero ammontare del tfr è di esclusiva titolarità del percettore (27), risultando sotto questo profilo indifferente il regime patrimoniale in concreto prescelto dai coniugi. Altrettanto ininfluyente è un'eventuale pronunzia di divorzio che dovesse sopravvenire a rapporto di lavoro ormai esaurito: dopo, che il tfr è stato, conseguentemente, liquidato e perciò corrisposto, incassato e dunque materialmente entrato nel patrimonio del percettore.

L'art. 12-bis L. div. — aggiunto ed innestato nella L. 1° dicembre 1970, n. 898 dall'art. 16 della L. 6 marzo 1987, n. 74 — attribuisce invece un diritto (di credito) ad una quota della liquidazione conseguita dall'ex coniuge, purché sia « stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio » (28).

La declinazione del verbo richiama un tempo al passato, suggerisce un evento concluso: l'interpretazione letterale impone che,

(27) Uguali conclusioni nel caso di una liquidazione *pro-quota*, vigente il rapporto di lavoro e percepita durante il matrimonio ai sensi dell'art. 2120, 6° e 9° comma, c.c.

(28) Che lo *status* di divorziato sia presupposto del diritto ad una quota del tfr, lo affermano Trib. Catania 30 gennaio 1997, in *Giur. it.*, I, 2, c. 672, con nota di L. BARBIERA; Trib. Roma 10 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 47; App. Brescia 28 novembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1074.

Quest'ultima sentenza così spiega la ratio dell'art. 12-bis: « è palese che il divorziato non ha diritto ad una quota dell'indennità di anzianità che l'altro coniuge ha già percepito prima del divorzio, atteso che tale "cespite" (...) è stato già tenuto presente dal giudice del divorzio nella quantificazione dell'assegno », di cui all'art. 5. L'orientamento è condiviso da altri giudici territoriali (Trib. Taranto 28 dicembre 1995, in *Foro pad.*, 1996, I, c. 439, con nota di G. AMADIO; Trib. Genova 28 gennaio 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1301; App. Milano 4 maggio 1993, in *Fam. dir.*, 1994, p. 168, con nota di L. GIORGIANNI), e trova riscontri e consensi in dottrina (G. D'ALLURA, *Indennità di fine rapporto e diritti del coniuge divorziato*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 37; A. FINOCCHIARO, *Pensione di reversibilità e indennità di fine rapporto in sede di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 298; M. PRINCIGALLI, sub. art. 16, cit. p. 1014; F. SANTOSUSSO, *Il divorzio*, in *Trattato di privato diritto* da P. Rescigno, XXII, Torino, 1991, p. 191; da ultimo, M. DOSSERTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, cit., p. 701).

per essere legittimato a chiedere la quota *ex lege* prevista sulla liquidazione, al momento in cui cessa il rapporto di lavoro, il coniuge debba essere e già divorziato e risultare già titolare dell'assegno divorzile.

Altrimenti, se la crisi del rapporto matrimoniale che la sentenza di divorzio definitivamente sancisce interviene dopo, sopraggiunge cioè ad un trattamento di fine rapporto già maturato e già acquisito, il credito sul tfr non è esigibile, perché non sussiste il relativo diritto (v. *infra*, par. 7) (29).

In tale contesto logico, mentre la dottrina riteneva che la contemporanea richiesta dell'assegno divorzile e della quota di indennità di fine rapporto rispondesse « ad elementari esigenze di economie processuali [ed è] certamente (...) più aderente al sistema » (30), per la prima giurisprudenza di merito era invece ritenuta inammissibile la richiesta del riconoscimento del diritto alla quota del tfr nell'ambito della causa di divorzio (31). Il giudice di legittimità pare infine aderire agli orientamenti della dottrina (32).

Un tale marcato mutamento interpretativo, sul « diritto alla quota prevista » prima negato e poi riconosciuto al divorziato, in termini sostanziali « spiazza » le ragioni e le posizioni delle parti; almeno nella misura in cui disattende quelle di un ex coniuge, convinto dalla lettura di sentenze, di niente dovere, questi si ritrova inaspettatamente debitore.

(29) A maggior ragione quando il tfr fosse stato acquisito in data anteriore l'entrata in vigore (12 marzo 1987) dell'art. 12-bis: cfr., in dottrina, M. BESSONE, *Giurisprudenza e diritto di famiglia: casi e materiali* raccolti da M. Dogliotti e G. Ferrando, Milano, 1980, p. 716 ss.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, p. 222; A. FINOCCHIARO, *Indennità di fine rapporto in sede di divorzio*, in *Vita not.*, 1995, p. 74; P. PARARDI, E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, Milano, 1990, p. 711 ss.; in giurisprudenza, Cass. 27 giugno 1995, n. 7249, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 91; Cass. 29 maggio 1993, n. 6047, *ivi*, 1994, p. 853; Trib. Monza 10 settembre 1994, in *Foro pad.*, 1995, I, c. 89, con nota di V.A. Poso; Trib. Milano 5 marzo 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 80; Trib. Milano 14 giugno 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1409.

(30) Così P. PARARDI, E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., p. 719.

(31) Cfr. App. Milano 4 maggio 1993, in *Fam. dir.*, 1994, p. 168, con nota adesiva di L. GIORGIANNI.

Il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio è requisito richiesto da Cass. 17 aprile 1997, n. 3294, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, p. 46; Cass. 6 ottobre 1977, n. 4252, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 77, con nota di A. PALAMERI; App. Brescia 28 novembre 1992, cit.; in dottrina, A. SALERITI, *Procedimento e sentenze di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonifini e G. Cattaneo, I, cit., p. 615, avverte che, tra le parti, « la pronuncia di divorzio non potrà spiegare effetti che dopo il passaggio in giudicato ».

(32) Né « la lettera né la ratio giustifica un'interpretazione tanto restrittiva da non consentire con lo stesso provvedimento il riconoscimento sia dell'assegno che, conseguentemente, anche della quota dell'indennità di fine rapporto ». Cass. 27 giugno 1995, n. 7249, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 626.

I conflitti fra divorziati sulla titolarità dell'indennità di fine rapporto ed i profili di incertezza di ruoli fra debitori e creditori, sono alimentati dall'inciso finale del 1° cpv. del più volte citato art. 12-bis L. div., «anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza».

Ne scrivono in molti, denotando difficoltà; in sedi diverse e con risultati ermeneutici tutt'altro che omogenei (33).

Nell'ultima decisione della Cassazione (34), contestate le ragioni delle tesi avverse, «senza escludere una sua non manifestamente infondata censura di costituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost.», la Corte accerta come, nonostante la natura costitutiva della sentenza di divorzio, il «legislatore della riforma del 1987 consente una anticipazione degli effetti del divorzio al momento

(33) Entrando nel merito del problema e di quell'inciso, così motivatamente sentenziò M. FINOCCHIARO, estensore di App. Brescia 28 novembre 1992, cit.: «deve ritenersi che il legislatore del 1987 abbia avuto presente l'eventualità (peraltro normale) che nel coacervo dell'indennità siano rappresentati (cioè tenuti presenti al fine del relativo computo) "anche" anni di lavoro "successivi alla sentenza di divorzio" avvertendo che la circostanza non è — da sola — idonea ad escludere il diritto nei confronti di una quota, dell'indennità medesima, in capo al divorziato e ciò ha fatto ricorrendo all'espressione "anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza" (ove il termine "maturare" non è affatto sinonimo di "sorgere del diritto" o del suo divenire "esigibile", ma sta a significare "ad incrementarsi") (...). Deve escludersi, pertanto che l'espressione "anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza" possa leggersi (...) nel senso che non può distinguersi a seconda che il diritto all'indennità sia sorto e sia divenuto esigibile (ed il relativo credito, riscosso, dall'avente diritto) prima o dopo la sentenza (di divorzio), (...) Prima di tale sentenza non esiste un "congiuge divorziato avente diritto all'assegno" e non è — quindi — configurabile, neppure astrattamente, il diritto in questione». Nello stesso senso, Cass. 17 aprile 1997, n. 3294, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 46; Trib. Catania 30 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1259; e più recentemente, Trib. Torino 17 marzo 1999, cit., p. 1230: «lo status di coniuge divorziato è presupposto inderogabile per il riconoscimento della titolarità della quota del tfr ai sensi dell'art. 12-bis L. 898 del 1970; ne sono prospettabili valenze più ampie in relazione alla norma, e dunque solo se l'indennità venga percepita in un momento successivo alla sentenza di divorzio, essa sarà soggetta al riparto del 40% ex L. 898 del 1970».

La tesi contraria di Cass. 27 giugno 1995, n. 7249, cit., — «se il diritto permane "anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza" che sancisce lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, tale diritto deve conseguentemente riconoscersi anche se l'indennità (...) sia maturata prima di detta sentenza, quando ovviamente al coniuge sia stato attribuito l'assegno divorzile» — è successivamente ribaltata dallo stesso giudice di legittimità: per Cass. 7 giugno 1999, n. 5553, cit., essa «non può essere seguita nella sua assolutezza», essendo «argomentata esclusivamente sul dato letterale costituito dalla congiunzione anche, da ciò traendosi, a contrario, la conclusione che il diritto alla quota spetta in ipotesi di indennità maturata prima della sentenza di divorzio senza altro limite che non sia quello della maturazione in un momento anteriore all'entrata in vigore della L. 74 del 1987».

(34) Cass. 7 giugno 1999, n. 5553, cit., «il diritto alla quota dell'indennità di fine lavoro sorge anche se l'indennità matura prima della sentenza di divorzio, ma la maturazione deve avvenire in un momento in cui tale sentenza può produrre i suoi effetti, e cioè, al più presto, al momento della proposizione della domanda, con la conseguenza che, se l'indennità è maturata anteriormente a tale momento, la stessa non dà diritto ad alcuna quota».

della domanda con riguardo agli effetti patrimoniali», ma non prima della proposizione della domanda di divorzio.

6. Anticipazione del trattamento di fine rapporto per l'acquisto della c.d. prima casa a favore del coniuge, e successivo divorzio.

In linea generale, un'anticipazione del tfr, chiesta in costanza di rapporto di lavoro e corrisposta durante il matrimonio (art. 2120, 6° e 8° comma, c.c.), non costituisce eccezione alla riscontata regola della titolarità: la somma è del percettore. Se poi questi, con l'andar degli anni è alla fine collocato a riposo, in pensione cioè, e al momento in cui recepisce il saldo risulta divorziato e debitore di assegno divorzile, solo su tale ultimo importo, differenziale e residuale, l'altro, l'ex coniuge cioè, avrà il diritto di credito che gli riconosce l'art. 12-bis L. div. (V. *infra*, par. 7).

In particolare, può supporre che l'anticipazione del tfr sia stata giustificata ed ottenuta per l'acquisto della c.d. prima casa (art. 2120, 8° comma, lett. b), c.c.) e venga impiegata a favore del coniuge.

In regime di separazione dei beni, l'unità immobiliare che il *partner* acquista dipende ed è collegata ad una donazione, diretta od indiretta che sia, disposta dal coniuge che ha ottenuto l'anticipazione; forse, nelle intenzioni del donante, remuneratoria (art. 770, 1° comma, c.c.). A leggere, le ipotesi di «colpa» del donatario dettate dall'art. 801 c.c., liberalità con tutta probabilità irrevocabile; comunque, anche in caso di successivo divorzio.

Se il regime patrimoniale della coppia è di comunione legale, l'abitazione donata non ne costituisce oggetto per la lett. b), dell'art. 179 c.c., dovendo essere considerata «bene personale», appartenente cioè al patrimonio del donatario (a meno che l'atto di liberalità indichi espressamente la sua destinazione alla comunione). Mi pare perciò che, in caso di successivo divorzio, debbano applicarsi le conclusioni più sopra esposte in merito alla donazione in caso di separazione dei beni.

Infine, se in regime di comunione legale il percettore dell'anticipazione compra l'abitazione tutta per sé, intestandosela, spendendo il «suo», investendo l'intera anticipazione conseguita cioè, non evita tuttavia che il bene entri nella comunione legale (art. 177, 1° comma, lett. a), c.c.). In caso di successivo divorzio, ai sensi dell'art. 191, 1° comma, c.c., la comunione si scioglie; e par-

rebbe doversi procedere alla divisione «in parte uguali» del bene (art. 194, 1° comma, c.c.); non può peraltro, a tal fine trascurarsi che, in tale sede ed in tal momento, ciascuno «dei coniugi può richiedere la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune» (art. 192, 3° comma, c.c.).

In linea di massima e conclusivamente mi pare perciò possibile dedurre dal nostro ordinamento che il divorzio sopravvenuto non scalfisce né interferisce con il diritto ed il vantaggio patrimoniale acquisito dall'altro coniuge attraverso quello specifico impiego dell'anticipazione.

7. *Trattamento di fine rapporto del dipendente (già) divorziato.*

La cessazione del rapporto di lavoro può sovrapporsi e seguire ad un avvenuto scioglimento del matrimonio (35).

Nel vigore dell'art. 9 L. 1° dicembre 1970, n. 898 (che ha notoriamente introdotto nel nostro ordinamento il divorzio), alcune voci, in dottrina come in giurisprudenza, in via interpretativa e con varietà di motivazioni, avevano minoritariamente individuato un diritto del divorziato sul tfr poi percepito dall'altro coniuge (36).

Il riferito orientamento sembra successivamente plasmare l'art. 12-bis(37), dall'art. 16 della L. 6 marzo 1987, n. 74, aggiunto

(35) Sul saldo del tfr conseguito dopo il divorzio, mentre l'anticipazione era stata ottenuta durante il matrimonio, v. retro, par. 6.

(36) In argomento, cfr. G. NICOLINI, *sub art. 12-bis*, in *Commentario alla riforma del divorzio: testo aggiornato della L. 1° dicembre 1970*, n. 898, Milano, 1987, p. 136 ss.

(37) G. FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio, tra autonomia e tutela*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, II, p. 723, nota 1, avverte giustamente sull'«evoluzione della normativa dal 1970 al 1987. La legge del 1970, infatti, si inseriva all'interno di un ordinamento di radicata tradizione antidivorzista (...) La legge del 1987 invece, rivolge la propria attenzione a rapporti prevalentemente sorti in regime divorzista».

Per riferimenti bibliografici sulle svariate riserve che l'art. 12-bis ha incontrato in larga parte della dottrina, cfr. M.S. MARTELLO, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, cit., p. 177 ss.

In giurisprudenza lo specifico *ius superveniens* apre un vivace dibattito. L'indirizzo prevalente, senz'altro favorevole al divorziato, ritiene retroattivamente applicabile l'art. 12-bis pur se il tfr sia stato percepito prima dell'entrata in vigore della nuova norma: in tal senso, con diversità di argomentazioni: Cass. 18 marzo 1996, n. 2273, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1340, con nota di R. GIOIA; in *Fam. dir.*, 1996, p. 439 con nota di G. AMADIO; Cass. 28 aprile 1998, n. 4327, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Matrimonio. Divorzio*, n. 163; Trib. Roma 9 aprile 1990, *ivi*, 1990, voce *Matrimonio*, n. 234, su cui Corte cost. 24 gennaio 1991, n. 23, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3006, con nota di E. QUADRI, *Matrimonio, separazione personale, divorzio e costituzionalità nell'attribuzione dell'indennità di fine rapporto al divorziato*; in *Dir.*

ed innestato nella L. div. con effetto dal 13 marzo 1987: i due commi dell'art. 12-bis configurano e quantificano infatti un'obbligo a carico del titolare del tfr, tenuto a corrispondere al coniuge da cui è divorziato una «percentuale dell'indennità di fine rapporto (...) anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza. Tale percentuale è pari al quaranta per cento dell'indennità totale riferibile agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio».

Quanto riconosciuto al (già) divorziato, non ha quindi la consistenza della titolarità, ma ha la natura di un diritto di credito. Che non sussiste sempre e comunque (38), ma richiede i presupposti di cui al 1° comma.

Due positivi: oltre ad essere appunto divorziato (39), essere anche «titolare di assegno» (40); ed uno negativo: non «essere passato a nuove nozze» (41).

fam. pers., con nota di G. NAPPI, *Sull'ambito di applicazione dell'art. 12-bis della legge n. 898/70*; e in *Corr. giur.*, 1991, p. 302, con nota di V. CARBONE, *Il concetto di matrimonio abbraccia anche il periodo di separazione legale?*; Trib. Napoli 21 gennaio 1998, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1354.

Ma si è obiettato che prima dell'entrata in vigore dell'art. 12-bis, «il coniuge titolare dell'assegno ai sensi dell'art. 12-bis non ha diritto di conseguire una quota dell'anticipo del trattamento di fine rapporto dell'altro coniuge ai sensi dell'art. 12-bis»: così, oltre a Cass. 27 giugno 1995, n. 7249, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 626, da cui è estratta la citazione, anche Trib. Monza 10 settembre 1994, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Matrimonio*, n. 223, in *Foro pad.*, 1995, I, p. 89, con nota di V.A. POSO; Cass. 29 maggio 1993, n. 6047, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2053 e in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 853; Trib. Milano 5 marzo 1992, cit., Trib. Milano 14 giugno 1988, cit., e, in dottrina, M. BISSONE, *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1980, p. 716 ss., M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., pp. 208 e 215; A. FINOCCHIARO, *Indennità di fine rapporto in sede di divorzio*, in *Vita not.*, 1995, p. 44; P. PARARDI, E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, Milano, 1990, p. 711 ss.

(38) Di «petteccanza eventuale di quota del tfr», scrive Trib. Torino 17 marzo 1999, cit.

(39) Lo «status di coniuge divorziato è presupposto infedutibile per il riconoscimento della titolarità della quota di tfr»: così, Trib. Torino 17 marzo 1999, cit., p. 1230. E divorziati si è da quando la sentenza di divorzio è «passata in cosa giudicata», avverte App. Brescia 28 novembre 1992, cit. Nello stesso senso: Cass. 17 aprile 1997, n. 3294, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, p. 46; Cass. 6 ottobre 1977, n. 4252, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 77, con nota di A. PALMERI, e in dottrina, A. SALERITI, *Procedimento e sentenze di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, I, cit., p. 615.

(40) Cui il divorziato ha diritto se il tribunale gliel'ha attribuito, accertato che questi «non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive» (6° comma dell'art. 5 L. div., nel testo rivisitato dall'art. 10 della L. 6 marzo 1987, n. 74).

G. BONILINI (*L'accordo per la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione*, in *Conti.*, 1996, p. 401) esclude, la titolarità dell'assegno dovendo essere attuale, che la c.d. liquidazione *una tantum* — di cui all'art. 5, 8° comma (già nel testo originario della L. 898 del 1970, rivisitato poi dalla L. 74 del 1987) — concreti il richiesto elemento della fattispecie: avverte infatti a chiare lettere il legislatore, che dopo la corresponsione «non può essere proposta nessuna successiva domanda di contenuto economico». Essa estingue pertanto ogni rapporto patrimoniale tra i divorziati, impedendo di successivamente considerare lo stato di grave bisogno in cui uno dei coniugi venisse eventualmente a trovarsi: G. CATTANEO, *Corso*

Soggetto passivo della prestazione è certamente il titolare del tfr, e cioè il percettore divorziato (42).

Qualcuno (43), nel silenzio dell'art. 12-bis L. div., inopinatamente si chiede se obbligato non sia anche il datore di lavoro; ed ammette che a questi l'ex coniuge possa avanzare direttamente la sua pretesa *pro quota*, evitando in tal modo il rischio che il percettore dell'indennità possa risultare inadempiente.

Proprio perché convinto che lo specifico rapporto obbligatorio riguarda e si esaurisce tra i due coniugi, un giudice di merito chiede la declaratoria di illegittimità sostituzionale della norma *de qua* «nella parte in cui non consente che il coniuge (...) possa ottenere direttamente dal datore di lavoro dell'ex coniuge la quota dell'indennità di fine rapporto». Ma con ordinanza 6 luglio 2001, n. 237 — considerato che «il riconoscimento di un'azione diretta contro il

di diritto civile: effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio, Milano, 1988, p. 171; F. MACCARO, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p. 911; M. FINOCCHIARO, sub art. 56, in *Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151*, Milano, 1984, p. 569 ss.; E. QUADRI, *Assegnazione e quantificazione dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, pp. 125-127, alle cui citazioni bibliografiche rinvio; ma *contra*, nel senso che l'ex coniuge potrebbe far valere il diritto alimentare in caso di sopravvenuta incapacità a provvedere ai bisogni fondamentali della vita, C.M. BIANCA, sub art. 9-bis, in *Commentario di diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, VI, 1, cit., p. 485.

Che il divorziato si trovi in una situazione di bisogno che gli consentirebbe di ottenere l'assegno (divorziale) — c.d. titolarità potenziale — è irrilevante, la L. div. richiedendo la titolarità attuale dell'assegno: M. DOSSERTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, cit., p. 702. Cass. 25 maggio 1991, n. 5939, in *Foro it.*, 1991, c. 514, precisa che titolarità dell'assegno equivale ad «avvenuta liquidazione dell'assegno»; e perciò, non può essere ritenuta equivalente ad «un diritto astratto all'assistenza».

(41) Gli ultimi due requisiti coincidono con quelli richiesti «dall'art. 9, 2° e 3° comma, l. div.» per l'attribuzione della pensione di reversibilità al divorziato»: M. DOSSERTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, cit., p. 702.

(42) Per una valutazione degli effetti fiscali connessi alla erogazione del tfr da parte del datore di lavoro al dipendente, e da parte di quest'ultimo all'ex coniuge, v. F. PRUCCI, *Profili fiscali dell'attribuzione al coniuge titolare di assegno di divorzio del Tfr*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, II, pp. 628 s.

(43) Cfr. principalmente F. BOCCHINI, *Tutela del coniuge divorziato per il conseguimento della indennità di fine rapporto*, in *Dir. giur.*, 1993, p. 68 ss., e M. DOSSERTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, cit., pp. 707-708.

App. Brescia 28 novembre 1992, cit., spiega che la parola «percepita» è utilizzata dal legislatore per «evitare equivoci»; per indicare che il divorziato può far valere la propria pretesa «solo nei confronti dell'ex coniuge, cessato dal rapporto di lavoro», e non anche «nei confronti dell'ex datore lavoro» che altrimenti, «ove avesse versato l'intera indennità al proprio dipendente si sarebbe esposto al rischio di dover pagare due volte». Anche Trib. Roma (ord.) 2 luglio 1999, in *Gazz. uff.*, I s.s., n. 48 del 2000, così riassunta nell'ord. 6 luglio 2001, n. 237, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 20, dalla Corte cost.: «ritrava che la norma impugnata collega in modo certo il diritto alla quota del trattamento di fine rapporto con l'effettiva percezione dello stesso da parte dell'ex coniuge, con ciò dimostrando che il relativo rapporto obbligatorio sorge e si perfeziona soltanto tra i due ex coniugi, senza che sia possibile alcun coinvolgimento del datore di lavoro».

datore di lavoro (o, viceversa, la necessità che il trattamento di fine rapporto venga prima acquisito nel patrimonio dell'avente diritto e poi trasferito, per la quota spettante, all'ex coniuge), si appalesa come frutto di una scelta affidata alla discrezionalità del legislatore», e comunque che la norma «non ha finora ricevuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina un'interpretazione univoca sul punto in contestazione, sicché il giudice remittente avrebbe anche potuto fornire una lettura diversa, allo stato non sussistendo un diritto vivente in argomento» (44) — per il giudice delle leggi «la presente questione dev'essere dichiarata manifestamente infondata».

La partecipazione al tfr, riconosciuta *pro quota* dalla L. div. all'ex coniuge divorziato, ha per riferimento nominalistico la «indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro» (art. 12-bis, 1° comma, L. div.); di un tfr computato secondo i criteri di cui agli artt. 2120 e 2121 c.c., essa «è pari al quaranta per cento dell'indennità totale riferibile agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio» (art. 12-bis, 2° comma, L. div.).

Questa coincidenza tra durata del rapporto di lavoro e durata del rapporto patrimoniale, apre delicate questioni a più livelli.

Sotto il profilo interpretativo, anzitutto. E lo evidenzia bene l'ordinanza con cui un giudice di merito (45) rimette alla decisione della Consulta se la percentuale del tfr di cui al 2° comma debba essere «rapportata alla sola durata della convivenza» matrimoniale, o debba comprendere «anche il periodo successivo alla cessazione della convivenza, fino al momento dello scioglimento del vincolo coniugale».

La risposta della Corte costituzionale (46) è puntuale: «la questione è certamente ammissibile, ma non può dirsi fondata»;

(44) Per la prima cit., v. Trib. Roma 2 luglio 1999, cit.; per le due successive, cfr. Corte cost. 6 luglio 2001, cit.

(45) Trib. Roma 9 aprile 1990, cit., condividendo la tesi di L. BARBERA, *Il regime patrimoniale della famiglia. La comunione legale, in Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, III, Torino, 1982, p. 82, e di M. PRINCIGALLI, sub art. 16, cit., p. 1015, per i quali rilevante è la sola durata della convivenza matrimoniale, in senso opposto le tesi di E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio: profili matrimoniali*, Napoli, 1987, p. 219; G. CARTA-NEO, *La nuova legge sul divorzio*, in *Quadimestre*, 1988, p. 242; G. D'ALLURA, *Indennità di fine rapporto e diritti del coniuge divorziato*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 37; M. FINOCCHIARO, sub art. 12-bis, in *Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151*, cit., p. 187; P. UBALDI, sub art. 12-bis, cit., p. 512, e in giurisprudenza Trib. Napoli 15 gennaio 1988, in *Giur. merito*, 1988, p. 980.

(46) Corte cost. 24 gennaio 1991, n. 23, cit.

accerta infatti che nel sistema — oltre all'art. 12-bis L. div., i riferimenti sono, con evidenza, all'art. 5, 6° comma (sulla determinazione dell'assegno di divorzio), e all'art. 3, 3° comma (ripartizione della pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato e il coniuge superstite), dove quello stesso criterio temporale compare costantemente — la « durata del matrimonio è un parametro cui è attribuito rilievo centrale » dal legislatore, per valorizzare « la solidarietà economica che lega i coniugi durante il matrimonio » (47).

In una stagione socio-economica come quella attuale anche segnata dai c.c.dd. esodi incentivati o da incentivi prepensionamenti, in altri termini da un *bonus* corrisposto dal datore di lavoro per acquisire il necessario consenso a ridurre il numero dei dipendenti, sono poi senz'altro ipotizzabili nuovi interrogativi.

La decisione della Corte si fonda su tre ordini di considerazioni.

La prima, di carattere generale ed in tal modo prendente posizione in merito a un'accertata *querelle*, è che « nel modello di divorzio concepito nella legge del 1970 e mantenuto in quella del 1987, la cessazione della convivenza non comporta automaticamente ed immediatamente il totale venir meno della comunione materiale e spirituale di vita e la separazione legale introduce una fase di sospensione della convivenza — con la permanenza di diritti e obblighi — e di riflessione sulla possibilità di ripristinarla ».

La seconda, sottolineata da un « soprattutto » iniziale, « perché qui si tratta di un'entità economica maturata nel corso del rapporto di lavoro e del matrimonio, sicché il contributo dato dall'altro coniuge non può non avere rilievo determinante. È evidente che, in via generale, tale contributo non cessa con la separazione, legale o di fatto: e ciò proprio nel caso in cui il coniuge più debole sia quello cui sono affidati i figli: anzi, esso aumenta con l'accrescersi della sua responsabilità nell'opera di educazione e di assistenza e col venir meno di quel tanto di materiale collaborazione che, in relazione ad un compito così importante e spesso assorbitivo, poteva pervenirgli dall'altro coniuge ».

Infine, perché considera ragionevole che il legislatore « abbia preferito ancorarsi ad un dato giuridicamente certo ed irreversibile, quale la durata del matrimonio, piuttosto che ad uno incerto e precario come la cessazione della convivenza: non solo perché questa è di non facile accertamento in caso di separazione di fatto, ma perché anche in quella legale essa è soggetta a fasi di reversibilità ».

È ben vero che in tal modo può darsi parità di trattamento di coppie con uguale durata di matrimonio e diversa durata di convivenza. Ma (...), è decisivo considerare che si tratta essenzialmente di differenze di mero fatto, perché in certa misura legate a determinazioni degli stessi coniugi ».

Particolarmente in quest'ultima affermazione, e più in generale nel ragionamento della Corte, può registrarsi l'hatteos incarnarsi della tutela del soggetto debole (e della solidarietà) in una presunzione *invers et de iure*, in un mezzo di prova che *opae legis* non ammette il contrario, utilizzato dal legislatore per direttamente quantificare un altrimenti dall'incerta prova, e più difficile e costosa.

(47) A. FINOCCHIARO, *Pensione di reversibilità e indennità di fine rapporto in sede di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 299; E. QUADRI, *Matrimonio, separazione personale, divorzio e costituzionalità nell'attribuzione dell'indennità di fine rapporto al divorziato* (nota a Corte cost. 24 gennaio 1991, n. 23), cit., c. 3007; G. NAPPI, *Sull'ambito di applicazione dell'art. 12-bis della legge n. 898/70* (nota a Corte cost. 24 gennaio 1991, n. 23), cit., p. 38; contra V. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, pp. 42 e 82; V. CARBONE, *Il concetto di matrimonio abbraccia anche il periodo di separazione legale?* (nota a Corte cost. 24 gennaio 1991, n. 23), cit., p. 304.

Da un lato, infatti, il prepensionamento si traduce inevitabilmente in una diminuzione della durata del rapporto di lavoro; e dunque degli « anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio », com'è scritto nel 2° comma dell'art. 12-bis L. div., quando quantifica — lo si è visto poc'anzi — la « percentuale dell'indennità di fine rapporto » da corrispondersi al coniuge divorziato.

Dall'altro, ci si interroga sulla natura del *bonus* (48). Ed in particolare se debba essere o meno considerato ai fini della liquidazione, o non sia invece « una erogazione del tutto distinta, per natura, presupposti, finalità e criteri di determinazione, dall'indennità di fine rapporto (...) e non assoggettabile quindi alla disciplina dell'art. 12-bis » (49).

L'elenco delle questioni potrebbe proseguire e dilatarsi: *de iure condendo*, indagando tra progetti e propositi per una diversa disciplina dei flussi economici che danno corpo al trattamento di fine rapporto; *de iure condito*, riproponendo interrogativi sulla portata applicativa dell'art. 12-bis L. div., avanzati tra i primi interpreti: se essa debba essere cioè limitata « ai soli trattamenti relativi ai rapporti di lavoro subordinato » o possa comprendere anche altri rapporti che, oggi soprattutto, nei mutamenti del mercato del lavoro, vanno prendendo corpo e sempre più assumono consistenza anche quantitativa (50).

8. Anticipazione del trattamento di fine rapporto e tutela del coniuge (già) divorziato.

Per quanto precedentemente dimostrato e considerato, tanto la liquidazione conseguente alla cessazione del rapporto lavorativo per collocamento a riposo, quanto una sua anticipazione nel vigore di quello stesso rapporto (pubblico o privato che sia), hanno identico regime giuridico: dell'una, come dell'altra, ne è titolare il percettore (v. *retro*, par. 3).

(48) Per quanto si legge in Cass. 17 aprile 1997, n. 3294, in *Riv. dir. trib.*, 1997, II, p. 619, con nota di F. PERRUCCI, era questa la tesi del Tribunale e della Corte d'appello di Roma, peraltro cassata dal giudice di legittimità.

(49) Così Cass. 17 aprile 1997, n. 3294, cit.

(50) Cfr. G. D'ALLURA, *Indennità di fine rapporto e diritti del coniuge divorziato*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 36.

Regola e conclusione da ultimo confermate nell'ipotesi che, al momento del collocamento a riposo, il lavoratore sia divorziato: del tfr, è e resta unico titolare; nei suoi confronti e relativamente a quanto incassato, il suo *ex coniuge* — solo se gode di assegno divorzile e non è risposato — ha un diritto di credito di ammontare percentualizzato (v. *retro*, par. 5).

La regola della titolarità non dovrebbe mutare nel caso che il lavoratore divorziato abbia conseguito un'anticipazione in co-stanza di rapporto di lavoro (51).

Però, nessuno dei due commi che compongono l'art. 12-bis L.div. si interessa esplicitamente della questione.

Forse, il legislatore non aveva bisogno di dettare regole in proposito: se dell'anticipazione è unico titolare il percettore, non dovrebbe interferirvi alcun diritto altrui, neanche quello del coniuge divorziato. La norma contiene infatti una discriminazione temporale: il credito del divorziato è riferibile (solo) «all'indennità totale», percepita dall'altro coniuge «all'atto della cessazione del rapporto di lavoro».

Conseguentemente, in tale lettura, se anticipazione del tfr c'è stata, del tfr è rimasto solo il residuo, cui deve essere rapportata la percentuale massima (del 40%) esigibile dal divorziato, senza perciò considerare l'anticipazione.

Tutta affidata all'interpretazione letterale, la conclusione è tutt'altro che appagante: può prestarsi — e persino può suggerire — interventi elusivi ed emulativi; indurre il lavoratore a richiedere l'anticipazione (e nella misura massima del 70%) al solo scopo — è il lessico dell'art. 833 c.c. — di «nuocere o recare molestie», per sacrificare il diritto di un *invisio creditore*.

Il che non può non indurre a riflettere, convincere ad una più meditata rilettura dei dati legislativi.

Nella norma intitolata «Disciplina del trattamento di fine rapporto», è scritto puntualmente che il prestatore di lavoro può chiedere «un'anticipazione non superiore al settanta per cento sul trattamento di fine rapporto cui avrebbe diritto nel caso di cessa-

zione del rapporto alla data della richiesta» (art. 2120, 6° comma, c.c.).

Nel codice, l'anticipazione è dunque quota di un intero; costituisce una frazione del «totale» rappresentato dal tfr fino a quel tempo maturato. Nell'art. 12-bis, 1° comma, L.div., quest'ultimo è considerato in misura intera — in quanto incassato «all'atto della cessazione del rapporto di lavoro» — per parametrarvi e commisurarvi il valore massimo (la percentuale del quaranta per cento) del diritto del divorziato (con assegno).

Se durante il rapporto di lavoro il prestatore (divorziato) chiede ed ottiene una quota fino al settanta per cento del totale (a quel momento maturato) dell'indennità, su quella quota (dell'intero) il divorziato con assegno — a differenza del coniuge *toti couri* — non può non avere parimenti diritto a partecipare in misura percentuale (del 40%).

(51) Cass. 27 giugno 1995, n. 7249, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 626, e in *Vita not.*, 1995, I, p. 1346: «il coniuge titolare dell'assegno di divorzio non ha diritto di conseguire una quota dell'anticipo del trattamento di fine rapporto dell'altro coniuge ai sensi dell'art. 12-bis della L. 1° dicembre 1970, n. 898 (introdotto dall'art. 16 della L. 6 marzo 1987, n. 74)».