

zione della capacità lavorativa; i due/quinti destinati, invece, al ristoro per quegli svantaggi, privazioni e ostacoli che la menomazione sofferta comporta e comporterà in riferimento agli altri ambiti e agli altri modi nei quali il Pivetta svolgerà la sua personalità, nella sua propria vita.

Se ne deduce, che la somma di lire 12.500.000 (10.000.000 + 2.200.000 + 300.000) non potrà essere assoggettata alla procedura di regresso, esercitabile dall'Inail ai sensi degli artt. 10 e 11 DPR 1124/65; la stessa troverà concreta applicazione esclusivamente sulla somma residuale, di lire 15.000.000. (...)

X 6. Pretura La Spezia 8 agosto 1996, est. Ghinoy, Compagnia Lavoratori Portuali Srl (avv. Giromini) c. Borsi (avv. Caprara).

Tfr - Anticipazione - Condizioni di ammissibilità della richiesta - Onere di documentazione - Necessità - Concorso tra più richiedenti - Discrezionalità - Esclusione - Ordine di presentazione delle domande - Rilevanza.

Al fine di ottenere l'erogazione dell'anticipazione del Tfr è necessaria la sussistenza di una serie di condizioni, che è onere del lavoratore provare, mentre, esclusa la discrezionalità della scelta tra più richiedenti da parte del datore di lavoro, unico elemento ulteriore rilevante risulta l'ordine di presentazione delle domande.¹

¹ *Anticipazione del Tfr: diritti e doveri dei lavoratori e del prestatore di lavoro e criteri di scelta tra più richiedenti*

Le situazioni che determinano l'anticipazione del Tfr (spese sanitarie e acquisto prima casa per sé e per i figli), evidenziano il fine sociale di tale normativa, teso all'attuazione dei precetti costituzionali in tema di tutela della salute e del riconoscimento della funzione sociale della proprietà e del diritto alla casa di abitazione (art. 42, 2° comma, Cost.), e ciò nella più ampia accezione e applicazione del precetto costituzionale relativo alla retribuzione, la quale deve assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36, 1° comma, Cost.).

Assumono rilievo, tra le varie argomentazioni sollevate dal datore di lavoro - ricorrente opponente -, quella relativa a c.d. «criterio di necessità» della richiesta e quella relativa all'adempimento dell'onere probatorio circa la sussistenza della necessità.

Circa la «necessità» delle spese sanitarie, in linea con la quasi totalità della giurisprudenza di merito, la più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 11/4/90 n. 30436) ha statuito che essa deve concorrere con «la straordinarietà, da intendersi in un'accezione che non è limitata a terapie o interventi (con relative spese) di rilievo assoluto (quali trapianti di organi od operazioni al cervello), ma comprende anche terapie o interventi che abbiano rilievo, per importanza e delicatezza dal punto di vista medico ed economico, in relazione alle condizioni (anche fisiopsichiche) del singolo soggetto, restando irrilevante, ai fini della sussistenza del requisito predetto, che la terapia o l'intervento possano o no essere praticati in strutture pubbliche».

In tal senso si è espressa anche la dottrina (Giugni - De Luca Tamajo - Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova 1984, p. 193).

L'onere di documentare la necessità e straordinarietà della spesa incombe sul lavoratore che richiede l'anticipazione, il quale deve presentare una documentazione idonea a certificare tale situazione di necessità.

Essa pertanto deve provenire dalle competenti strutture, e ciò deve essere ricavabile da elementi quali la carta intestata o il timbro della carta della certificazione stessa. È richiesto anche il requisito della provenienza da strutture pubbliche della suddetta documentazione.

Su tale requisito, e cioè circa la sua rilevanza e necessità, si possono sollevare dei dubbi in quanto, così richiedendo, si renderebbero invalide sia le certificazioni di centri medico-diagnostici privati, che non di rado sono più all'avanguardia rispetto alle strutture pubbliche, sia le certificazioni di istituti medico specializzati siti in paesi stranieri.

Punto di maggiore difficoltà di risoluzione è quello del concorso di più aventi titolo.

Statuisce su tale questione la decisione del Pretore di La Spezia, il quale testualmente e preliminarmente dispone che «un'accurata istruttoria dovrà essere pertanto fatta dalla Compagnia, all'esito della presentazione della necessaria documentazione».

(...) La causa verte sull'applicazione dell'art. 2120 c.c., come modificato dall'art. 1 della L. 29/5/82 n. 297: la disciplina è applicabile al lavoro portuale già dal 1983 in virtù di accordo sindacale, come risulta dalla direttiva del Ministero della Marina Mercantile del 25/3/83 prodotta in atti.

Nell'anno di riferimento (1995), la Compagnia doveva soddisfare n. 4 richieste di anticipazione, secondo quanto assunto dalla difesa di parte ricorrente sulla base del prodotto libro matricole e non contestato, tenendosi conto che in quell'anno tutti i 92 occupati avevano più di otto anni di servizio. Anche considerandosi tutti i 99 dipen-

Il Pretore al fine di individuare gli aventi titolo tra i vari richiedenti, ha disposto la chiamata in causa di coloro che avevano presentato l'istanza di anticipazione del Tfr.

Sentiti i chiamati in causa, e verificata la non sussistenza in capo alla loro situazione delle condizioni richieste dalla legge, il Pretore ha dichiarato il diritto di ottenere l'anticipazione da parte del lavoratore convenuto-opposto.

Esso infatti ha accertato in sede di interrogatorio dei chiamati, la sussistenza in capo ad alcuni di essi di situazioni «eterogenee rispetto a quelle contemplate dalla norma», affermando poi che le altre domande «benché precedenti non possono quindi essere ritenute prioritarie rispetto all'unica nella quale l'esistenza dei requisiti di legge è stata dimostrata».

Unico criterio di priorità logico razionale applicabile, seguito dal Pretore di La Spezia, pare essere quello della priorità cronologica della presentazione di una richiesta rispetto a un'altra.

Ritiene il Pretore che, in difetto di previsione in senso contrario, onde non introdurre arbitrarie valutazioni in ordine alle esigenze qualificandole come prioritarie, le domande debbano essere soddisfatte secondo l'ordine di presentazione, qualora le stesse siano presentate per le esigenze contemplate nella norma e siano sufficientemente documentate. Ciò deve significare che qualora una domanda precedente abbia i connotati della necessità e della straordinarietà (riguardo al punto a dell'8° comma dell'art. 2120 c.c.), essa non possa essere superata da una domanda successiva avente gli stessi requisiti, o requisiti di maggior gravità rispetto a essa.

Se così non fosse ci troveremmo in una situazione di permanente incertezza, in quanto se fossero possibili valutazioni che la norma contemplata non ammette, anche circa la maggiore o minore necessità e/o gravità di una situazione rispetto a un'altra, si aprirebbe la porta all'arbitrio.

A tal fine è però determinante la verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge e in specie della necessità e straordinarietà della terapia e/o dell'intervento.

In tal senso depone anche la dottrina e la giurisprudenza, le quali sottolineano che l'eventualità e la straordinarietà devono per avere un significato (Pera, «Il trattamento di fine rapporto», in *Foro it.* 1986, V, 189; Vallebona, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano 1984, p. 103), rinvenute nella difficoltà dell'intervento (Pret. Firenze 21/12/82, in *Riv. giur. lav.* 1983, II, 220; D'Avossa, «Il trattamento di fine rapporto», in *Lavoro* 80/1983, 10, in particolare p. 27; Soresina, in *Giust. civ.* 1983, II, 359) o nella comparativa minore efficienza, con riferimento ai tempi e al risultato, delle strutture pubbliche (Vallebona, *Il trattamento*, cit. p. 103).

Secondo autorevole dottrina il diritto all'anticipazione nel corso del rapporto è configurato come un «diritto autonomo» a percepire una parte delle quote accantonate, qualora ricorrano determinate condizioni in un momento in cui il diritto al trattamento di fine rapporto non si è ancora perfezionato (Vallebona, *Il trattamento*, cit. p. 91), o secondo altra tesi, invece, esso costituisce una «facoltà» priva di autonomia inerente al diritto di credito al Tfr da considerarsi già esistente in costanza di rapporto (Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano 1984, pp. 79-81).

Comunque qualificando tale situazione giuridica l'erogazione è sottoposta a delle condizioni.

Il possesso da parte del richiedente di un'anzianità aziendale di servizio di minimo otto anni (art. 2120 c.c., 6° comma).

In merito vale giusto rilevare che ci sono opinioni contrastanti circa il computo dell'anzianità, e cioè si discute se si debba far riferimento al servizio effettivo ovvero ai periodi comunque utili per la maturazione del Tfr ovvero alla mera permanenza del rapporto (per le diverse posizioni Pera, «Il trattamento», cit.; Vallebona, *Il trattamento*, cit., pp. 91-92; Giugni - De Luca Tamajo - Ferraro, *Il trattamento*, cit., p. 104; D'Avossa, *op. cit.*; Soresina, cit., in particolare p. 356; Meucci, in *Giust. civ.* 1984, II, 474).

Ulteriore condizione, naturalmente, è l'assenza di precedente anticipazione, in quanto la stessa può essere ottenuta una sola volta nel corso del rapporto (art. 2120 c.c., 9° comma).

Altra condizione è il mancato superamento del contingentamento annuo delle anticipazioni, pari al 10% degli aventi diritto e comunque, non superiore al 4° del numero totale dei dipendenti (art. 2120 c.c., 7° comma).

Tali limiti sono stati fissati nell'interesse del datore di lavoro al fine di consentirgli ampi accantonamenti, quale fonte di autofinanziamento dell'impresa (Cass. 6/3/93 n. 2749; Giugni, De Luca Tamajo - Ferraro, *Il*

denti con più di otto anni di anzianità in servizio al gennaio 1995, il risultato sarebbe ugualmente di 4, a tale cifra arrotondandosi quella risultante di 3,9.

Occorre quindi procedere a una valutazione comparativa delle domande, prodotte in quell'anno nel numero di 16 (dich. CLP depositata in data 5/7/96).

Ritiene questo Pretore che, in difetto di previsione in senso contrario, onde non introdurre arbitrarie valutazioni in ordine alle esigenze qualificabili come prioritarie, le domande debbano essere soddisfatte secondo l'ordine di presentazione, qualora le stesse siano presentate per le esigenze contemplate nella norma e siano sufficientemente documentate.

In relazione alla domanda del Borsi, a differenza di quanto sostenuto dalla difesa della Compagnia, la necessità dell'intervento è stata riconosciuta dal medico chirurgo convenzionato con la Usl dott.ssa Puccio, sanitario inserito a tutti gli effetti nella struttura pubblica, la quale ha riferito di algie anche a riposo interessanti la spalla destra. Risulta poi dalla documentazione prodotta che l'intervento consiste nella «ricostruzione della cuffia dei rotatori», quindi in intervento ortopedico su struttura essenziale per l'articolazione della spalla, sicché indubbiamente può ritenersi importante e delicato sotto il profilo medico: sussiste quindi anche il requisito della «straordinarietà», per esso dovendosi intendere l'importanza e delicatezza dell'intervento dal punto di vista medico ed economico (Cass. 11/4/90 n. 3046). Quanto all'ammontare della spesa necessaria, risulta da preventivo prodotto dalla difesa del ricorrente che

trattamento, cit., p. 108; D'Avossa, cit., in particolare p. 26; cit., Garilli, «Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità», in *Riv. giur. lav.* 1982, I, 333, in part. p. 352; Vallebona, *Il trattamento*, cit., pp. 90-91-95) e infatti tra i due (10% aventi titolo, 4% dei dipendenti) in concreto si applica quello più favorevole al datore di lavoro (Cass. 6/3/92 n. 2749; Pret. Macerata 20/9/84, in *Giust. civ.* 1985, I, 226; Pret. Milano 9/2/84, in *Orientamenti* 1984, 518, Giugni - De Luca Tamajo - Ferraro, *Il trattamento*, cit., p. 108; Soresina, cit., p. 357; Vallebona, *Il trattamento*, cit., pp. 95-96).

Sono computabili tutti i dipendenti dell'azienda senza distinzioni di categoria o di unità produttiva; circa l'organico fluttuante quali i lavoratori stagionali, a termine o in prova, è utilizzabile il criterio della media (Meucci, cit.; Pera, *op. cit.*; *contra* Vallebona, *Il trattamento*, cit., p. 97 secondo il quale il calcolo va effettuato annualmente a data fissa).

Non sussiste l'obbligo di anticipazioni per le aziende in crisi, dovendosi intendere esser tali quelle imprese per le quali è stato emanato il relativo provvedimento amministrativo dichiarativo della crisi (Pret. Milano 8/5/89, in *Orientamenti* 1989, 776; Pret. Milano 22/12/88, in *Lavoro* 80 1989, 479).

Ennesima condizione, la cui sussistenza è richiesta per ottenere l'anticipazione del Tfr, è una delle situazioni previste dai punti a) o b) del 6° comma dell'art. 2120 c.c.

Sul piano processuale c'è da osservare che nel caso esaminato dal Pretore di La Spezia, il lavoratore ha chiesto e ottenuto l'emissione di un decreto ingiuntivo per l'importo pari all'anticipazione richiesta. Perplesità potrebbero esser sollevate in ordine all'ammissibilità di tale strumento.

Infatti l'art. 633 c.p.c., condizioni di ammissibilità per la pronuncia di ingiunzione di pagamento, al 2° comma stabilisce che se il diritto dipende da una condizione, è necessario che il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'avveramento della condizione.

Come abbiamo visto in precedenza è possibile chiedere l'anticipazione di una quota del Tfr, sussistendo una serie di condizioni, quali l'anzianità di servizio aziendale di almeno otto anni, l'assenza di una precedente anticipazione, la sussistenza di una delle situazioni previste dai punti a) o b) dell'8° comma dell'art. 2120 c.c., il non superamento del contingentamento annuo del 10% degli aventi titolo o comunque del 4% dei dipendenti, e la non sussistenza della crisi dell'azienda. Mentre per il lavoratore è possibile e agevole fornire la prova della sussistenza delle prime tre condizioni, pare non possibile o comunque non agevole fornire «elementi atti a far presumere l'avveramento della condizione» circa le ultime due condizioni le quali riguardano situazioni interne del datore di lavoro.

Parrebbe pertanto più idoneo, e certamente ammissibile, un ricorso di urgenza ex art. 700 c.p.c., il quale, con l'instaurazione del contraddittorio e con lo svolgimento di una fase di istruttoria, benché sommaria, offrirebbe al giudice gli elementi per valutare la legittimità o meno della richiesta del lavoratore e la sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge (in tal senso Pret. Firenze 15/2/83, in *Orientamenti* 1983, 757; Pret. Bari 29/10/82, *ivi* 1983, 389; Vallebona, *Il trattamento*, cit. p. 101).

MASSIMO ARAGIUSTO

l'importo previsto è di L. 32.585.000, oltre 430.000 più Iva per ogni giorno di degenza. Sussistono quindi tutti i requisiti di legge per l'accoglimento.

Nessuna delle ulteriori domande presentate è stata invece corredata dalla necessaria documentazione, né presso il datore di lavoro né in giudizio. Né è possibile in questa sede un vaglio della teorica accoglibilità, atteso che, come è risultato dall'espletato interrogatorio libero dei chiamati in causa, le motivazioni palesate nella richiesta sono spesso generiche e non del tutto conformi con le reali esigenze, come nel caso di Galli Emilio, che motivò la domanda sulla base di «gravi problemi familiari», che costituiscono fattispecie eterogenea rispetto a quelle contemplate dalla norma, precisando solo in udienza trattarsi di spese per cure dentarie e apparecchio correttivo per la figlia. In altri casi, come quello di Baldassare Enzo, solo un'accurata disamina della documentazione potrebbe dimostrare se gli interventi qualificati «di ampliamento» della prima casa di abitazione siano o meno necessari per l'abitabilità.

Un'accurata istruttoria dovrà essere pertanto fatta dalla Compagnia, all'esito della presentazione della necessaria documentazione. In questa sede, le altre domande, benché precedenti, non possono quindi essere ritenute prioritarie rispetto all'unica nella quale l'esistenza dei requisiti di legge è stata dimostrata. (...)