

Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24 L. n. 214/2011**

*di Marianna Russo**

(Articolo pubblicato in *Lavoro e Previdenza Oggi*, n. 5-6/2014, pp. 273 – 290)

Sommario: 1. Premesse e interrogativi – 2. Il recesso *ad nutum* nei confronti del lavoratore pensionabile fino al 31 dicembre 2011 – 3. Finalità della L. n. 214/2011 – 4. Ambito soggettivo di applicazione della norma – 5. Esercizio della facoltà di prosecuzione del lavoro e sua qualificazione giuridica – 6. Conseguenze del licenziamento intimato al lavoratore che abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni – 7. Profili critici e prospettive.

1. Premesse e interrogativi

L'art. 24, comma 4, del c.d. Decreto Salva-Italia, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in Legge 22 dicembre 2011, n. 214, incentiva il proseguimento dell'attività lavorativa fino a settanta anni di età. La norma, inserita nella riforma pensionistica del Governo Monti, non riguarda soltanto il sistema previdenziale, ma incide sulla gestione dei rapporti di lavoro. Essa consente di superare una delle poche ipotesi di recesso *ad nutum* presenti nel nostro ordinamento, quella del lavoratore ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici¹.

Numerosi sono gli interrogativi sollevati dalla norma in esame, che offre variegati profili di indagine e interessanti spunti di riflessione. È necessario, *in primis*, un approfondimento sulle finalità perseguite dal legislatore e sui destinatari della norma, e, successivamente, sulle modalità di esercizio del diritto di opzione e sulle effettive tutele apprestate dall'ordinamento giuridico nell'ipotesi di licenziamento intimato al lavoratore che abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro, in considerazione dell'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla Legge 28 giugno 2012, n. 92.

** Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

* Ispettore del lavoro DTL Roma. Dottoranda di ricerca in Diritto del Lavoro - Università di Roma "La Sapienza".

¹ Art. 4, comma 2, legge 11 maggio 1990, n. 108.

Infine, è utile chiedersi quali siano gli strumenti offerti dall'ordinamento per contemperare le esigenze di bilancio con equilibrate politiche di ricambio generazionale.

Gli interrogativi - tanti e articolati - sono il segno dell'importanza e vivacità del dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia, nonché dell'incidenza pratica sui lavoratori, giovani o anziani che siano.

2. Il recesso *ad nutum* nei confronti del lavoratore pensionabile fino al 31 dicembre 2011

Il campo di applicazione dell'art. 2118 cod. civ. - che disciplina il recesso senza motivazione, con il solo obbligo del preavviso - è ormai circoscritto², in ragione delle tutele che l'ordinamento, nel corso del tempo, ha apprestato nei confronti del lavoratore subordinato³.

La libera recedibilità da parte del datore di lavoro nei confronti del dipendente in possesso dei requisiti pensionistici è sancita per la prima volta dall'art. 11 della Legge 15 luglio 1966, n. 604, che stabilisce l'inapplicabilità delle tutele contro i licenziamenti illegittimi nei riguardi dei prestatori di lavoro in possesso dei requisiti di legge per accedere alla pensione di vecchiaia o che, comunque, abbiano superato i sessantacinque anni di età. Tale norma, però, è stata dichiarata incostituzionale⁴ per violazione degli artt. 3, 4, 35 e 37 Cost., nella parte in cui consente il licenziamento *ad nutum* della donna lavoratrice al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età anziché al compimento del sessantesimo anno, come per l'uomo.

Al fine di sanare questa disparità di trattamento è, nel frattempo, intervenuta la Legge 9 dicembre 1977, n. 903, che, all'art. 4, prevede la possibilità per le donne di rimanere in servizio fino a sessanta anni (cioè, l'età prevista per gli uomini), previa richiesta al datore di lavoro⁵. La Corte costituzionale ha successivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 4 Legge n. 903/77⁶, nella parte in cui subordina il diritto delle lavoratrici di continuare a lavorare fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini all'esercizio di un'opzione da comunicare al datore di lavoro.

Con la Legge 11 maggio 1990, n. 108, il legislatore tenta di risolvere la delicata questione stabilendo all'art. 4 l'esclusione dalle tutele di cui all'art. 18 Stat. lav. per gli ultrasessantenni in

² Oltre che nell'ipotesi *de qua*, il recesso *ad nutum* opera soltanto nei confronti dei lavoratori in prova, dei lavoratori domestici, degli apprendisti al termine del periodo di formazione, degli atleti professionisti, dei dirigenti (salva l'applicabilità della disciplina collettiva), dei lavoratori a domicilio e dei collaboratori nell'impresa familiare.

³ Già con la Legge 15 luglio 1966, n. 604, è stato introdotto il principio di necessaria giustificazione del licenziamento: vd. art. 1. Per un approfondimento sullo squilibrio contrattuale nel diritto del lavoro, cfr. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, IV, 427.

⁴ Corte cost. 11 giugno 1986, n. 137.

⁵ Da effettuare almeno tre mesi prima del raggiungimento dell'età pensionabile.

⁶ Corte cost. 21 aprile 1988, n. 498.

possesso dei requisiti pensionistici, senza distinzione di sesso, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a sessantacinque anni a norma dell'art. 6 del D.L. 22 dicembre 1981, n. 791, convertito con modificazioni nella Legge 26 febbraio 1982, n. 54⁷. La finalità della norma è chiara: è diretta a garantire il miglioramento dell'anzianità contributiva del dipendente. Qualche anno più tardi, l'art. 6 Legge 29 dicembre 1990, n. 407, introduce la possibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro fino ai sessantadue anni di età anche per coloro che abbiano già maturato la massima anzianità contributiva. In tale ipotesi i lavoratori hanno diritto a una maggiorazione del trattamento pensionistico⁸.

Due anni dopo, la c.d. Riforma Amato, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, innalza l'età pensionabile a sessantacinque anni per gli uomini e sessanta per le donne. La norma ripropone il problema della disparità di trattamento tra sessi nella prosecuzione dell'attività lavorativa, in quanto per poter lavorare fino a sessantacinque anni le lavoratrici, al contrario dei lavoratori, devono esercitare l'opzione di cui all'art. 6 D.L. n. 791/81, cit. Anche su tale norma si è pronunciata la Corte costituzionale⁹, la quale, con sentenza interpretativa di rigetto, ha sottolineato la necessità di distinguere tra età lavorativa massima - che deve coincidere per uomini e donne - ed età pensionabile - che, pur essendo inferiore per le donne, non costituisce ipotesi di discriminazione in considerazione della possibilità per la lavoratrice di esercitare il diritto di opzione¹⁰.

Sulle modalità di esercizio del diritto di opzione alla prosecuzione dell'attività fino a sessantacinque anni da parte delle lavoratrici è più volte intervenuta la Corte di Cassazione, ondeggiando tra il prevalente indirizzo, che nega l'imposizione di un onere di comunicazione al datore di lavoro¹¹, e qualche pronuncia in senso contrario¹². Forse proprio per risolvere tale stato di incertezza, il D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, all'art. 30 dispone l'obbligo - già previsto a suo tempo dall'art. 4 della Legge n. 903/77 e dichiarato incostituzionale

⁷La norma richiamata prevede l'esercizio di un diritto di opzione mediante una comunicazione da consegnare al datore di lavoro sei mesi prima del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia. In tal senso, vd. anche art. 6, commi 1 e 2, legge 29 dicembre 1990, n. 407, che introduce l'onere di una comunicazione al datore di lavoro ed all'ente previdenziale per poter proseguire l'attività fino al sessantaduesimo anno di età.

⁸ Art. 6, comma 6, legge n. 407/90.

⁹ Corte cost. 17 giugno 2002, n. 256, con nota di A. PILEGGI, *Limiti dell'età pensionabile e principio di parità tra i sessi*, in *Mass. giur. lav.* 1-2/2003, 45.

¹⁰ Si veda la motivazione della sopra citata sentenza: "Mentre le diverse disposizioni che hanno in vario modo ampliato la possibilità di fare ricorso al pensionamento c.d. posticipato, originariamente introdotto dall'art. 6 del D.L. n. 791 del 1981, non contengono alcuna diversità di disciplina tra i lavoratori dei due sessi, le altre disposizioni hanno esclusivamente innalzato i limiti della età pensionabile perpetuando in riferimento a tale età, sia pure con uno spostamento in avanti, la differenza già esistente tra uomini e donne, la quale continua a costituire un giustificato beneficio per queste ultime, ma non hanno in alcun modo reintrodotta per le donne la correlazione tra età pensionabile ed età lavorativa".

¹¹ Cass. 24 aprile 2003, n. 6535; Cass. 8 luglio 2004, n. 12640; Cass. 1 giugno 2006, n. 13045.

¹² Cass. 6 febbraio 2006, n. 2472.

nel 1988 – della comunicazione al datore di lavoro da parte della lavoratrice che intenda proseguire il rapporto oltre il sessantesimo anno di età¹³.

Fino al 31 dicembre 2011, comunque, il datore di lavoro poteva licenziare *ad nutum* i dipendenti al compimento del sessantacinquesimo anno d'età¹⁴.

3. Finalità della L. n. 214/2011

L'art. 24 della L. n. 214/2011 allunga il termine dell'età massima lavorabile fino a settanta anni, adeguandola alle attuali aspettative di vita¹⁵. Nel contempo, persegue espressamente gli obiettivi di “garantire il rispetto degli impegni internazionali e con l'Unione Europea, dei vincoli di bilancio e della stabilità economico-finanziaria e sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico”¹⁶.

La preoccupazione del legislatore è soprattutto il contenimento della spesa¹⁷, tanto che l'art. 24, recante disposizioni in materia pensionistica, è inserito nel capo IV del provvedimento, rubricato “riduzioni di spesa”.

Inoltre, il citato art. 24 si inserisce nell'ambito delle politiche di c.d. *active ageing* – o invecchiamento attivo – promosse dall'Unione Europea al fine del prolungamento della vita lavorativa e della valorizzazione del contributo che gli anziani possono offrire alla società¹⁸.

¹³ La Corte costituzionale, nella sent. 19 ottobre 2009, n. 275, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui fa dipendere dall'adempimento della comunicazione l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata - senza distinzione di genere – dalla legge sui licenziamenti individuali. Per completezza, si precisa che tale previsione è stata espunta dal nuovo Codice per le Pari Opportunità, il D.Lgs. n. 25 gennaio 2010, n. 5. L'art. 30 è stato sostituito dal seguente: “Le lavoratrici in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia hanno diritto di proseguire il rapporto di lavoro fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali”.

¹⁴ Fermo restando il possesso dei requisiti contributivi minimi e del rispetto del meccanismo delle c.d. finestre di accesso: vd. art. 6, comma 2 *bis*, D.L. 248/2007, convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31. Cfr. Nota Ministero del Lavoro del 10 gennaio 2008 prot. n. 15/V/0000379/03.01.01 e Circ. INPS n. 5 del 15 gennaio 2008.

¹⁵ Tale tetto massimo è sottoposto ad un graduale innalzamento in base all'adeguamento all'aspettativa di vita, ai sensi dell'art. 12 D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv., con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122. Il primo aggiornamento, realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze con il d.m. 6 dicembre 2011 e pubblicato sulla G.U. n. 289 del 13 dicembre 2011, prevede un incremento di tre mesi a decorrere dal primo gennaio 2013. Per un approfondimento sul punto, v. M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Riforma delle pensioni: passaggio al contributivo*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, V, 287.

¹⁶ Art. 24, comma 1, legge n. 214/2011.

¹⁷ M. CINELLI, *La Riforma delle pensioni del “Governo tecnico”. Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 385. In tale ottica vanno letti ed interpretati i criteri di flessibilità nell'accesso ai trattamenti pensionistici, l'incentivazione alla prosecuzione della vita lavorativa e il conseguente “sfasamento fattuale” tra la data di maturazione del diritto e l'effettivo godimento del trattamento pensionistico: cfr. P. SANDULLI, *Il settore pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214 /2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 1, che ravvisa in tale meccanismo di slittamento dell'accesso alla pensione una sorta di riproposizione del sistema delle c.d. “finestre d'uscita”, abolito proprio dalla riforma pensionistica in esame. È opportuno sottolineare, però, che tale rinvio nell'accesso al trattamento pensionistico non è subito dal lavoratore per ragioni burocratiche di regolamentazione dei pensionamenti, ma è liberamente e consapevolmente scelto dall'interessato, che intende continuare a prestare la propria opera lavorativa.

Questa scelta politica ha conseguenze dirette e rilevanti sulla posizione individuale del singolo lavoratore che opti per la prosecuzione dell'attività fino a settanta anni e sull'esercizio del potere di recesso del datore di lavoro.

4. Ambito soggettivo di applicazione della norma

Per quanto concerne la posizione soggettiva del lavoratore, il riferimento espresso all'art. 18 Stat. lav.¹⁹, contenuto nell'art. 24 in esame, sembra escludere dal campo di applicazione soggettivo della norma i lavoratori occupati alle dipendenze di imprese con meno di quindici dipendenti. Questo significa che l'art. 18 Stat. lav. si applica soltanto ai lavoratori in regime di stabilità reale che abbiano esercitato l'opzione di prosecuzione. Tale interpretazione comporta, ad avviso di chi scrive, una disparità di trattamento del lavoratore pensionabile a seconda dei requisiti dimensionali del datore di lavoro²⁰: i lavoratori in regime di stabilità reale²¹ possono optare per la prosecuzione della prestazione ed essere tutelati dal recesso ingiustificato fino a settanta anni, mentre i dipendenti in regime di stabilità obbligatoria²² possono essere licenziati *ad nutum* al raggiungimento dell'età pensionabile²³.

La nuova disciplina per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni, introdotta dal quarto comma dell'art. 24 Legge n. 214/2011, è riferita ai lavoratori che non abbiano maturato i requisiti pensionistici alla data del 31 dicembre 2011. Per coloro che, pur avendo maturato il diritto al trattamento pensionistico in base alla normativa previgente, intendano continuare a svolgere la prestazione lavorativa fino a settanta anni, in assenza di una precisa disposizione normativa al

¹⁸ Per un approfondimento sul punto, vd. T. TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 24; M. Corti, *Active ageing e autonomia collettiva. "Non è un Paese per vecchi", ma dovrà diventarlo presto*, in *Lav. dir.*, 2013, III, 384.

¹⁹ L'ultimo periodo del comma 4 prevede che "l'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità", cioè fino ai settanta anni di età (e successivi innalzamenti in base all'adeguamento all'aspettativa di vita).

²⁰ Cfr. L. D'AMBROSIO, *Il licenziamento ad nutum del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia: disciplina e problematiche*, in *Bollettino ADAPT*, 20 febbraio 2012, n. 6, che solleva dubbi di legittimità costituzionale, pur evidenziando come la Corte costituzionale si sia già pronunciata favorevolmente sull'adversificazione del regime delle tutele in base ai requisiti dimensionali del datore di lavoro, per "esigenze di funzionalità delle unità produttive, soprattutto ai fini occupazionali" (Corte cost. 19 febbraio 1996, n. 44).

²¹ Ai sensi del comma 8 dell'art. 18 dello Stat. lav.

²² Vd. art. 8 L. n. 604/66, come modificato dall'art. 2 L. n. 108/90.

²³ La questione è stata - seppur informalmente - sottoposta all'attenzione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in occasione del *videoforum* organizzato da Ipsoa e Italia Oggi in data 18 gennaio 2012: vd. www.italiaoggi.it. Dai chiarimenti forniti dal Direttore Generale per le attività ispettive p.t. emerge che possono avvalersi della facoltà di prosecuzione del lavoro fino al compimento dei settanta anni sia i dipendenti in regime di stabilità reale - ai quali si applicherà l'art. 18 Stat. lav. - sia i lavoratori in regime di tutela obbligatoria, per i quali di attuerà il principio indennitario. In tal senso, vd. anche M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Pensione di vecchiaia*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, VI, 355.

riguardo²⁴, si rileva un contrasto tra le pronunce di merito: il Tribunale di Torino²⁵ attribuisce la facoltà di lavorare fino a settanta anni anche ai lavoratori già in possesso dei requisiti pensionistici prima dell'entrata in vigore della riforma²⁶, mentre la Corte d'Appello di Torino²⁷ ed il Tribunale di Genova²⁸ lo escludono categoricamente²⁹. Ad avviso di chi scrive, il riferimento³⁰ ai lavoratori che abbiano maturato entro la fine del 2011 i requisiti di età e anzianità contributiva mira soltanto a garantire il diritto di accesso alla pensione sulla base della normativa previgente, ma non sancisce un obbligo di cessazione del rapporto di lavoro. Anzi, la previsione di un meccanismo di richiesta all'INPS della certificazione attestante il conseguimento del diritto alla prestazione pensionistica secondo la previgente normativa³¹ sembrerebbe proprio consentire la prosecuzione lavorativa, fermi restando i diritti acquisiti.

Un altro nodo da sciogliere è se i dirigenti privati possano o no avvalersi dell'incentivazione alla prosecuzione dell'attività lavorativa fino a settanta anni, anche qualora la contrattazione collettiva di settore preveda un'età massima pensionabile inferiore. La risposta sembra positiva, in quanto la disciplina si rivolge a tutti i lavoratori dipendenti³², quindi anche ai dirigenti. Anche la normativa previgente - il già citato art. 6 D.L. n. 791/81 - è applicata ai dirigenti³³, che possono prorogare l'attività lavorativa oltre il termine di pensionamento, nonché oltre i termini previsti dalle clausole contrattuali di c.d. risoluzione automatica del rapporto³⁴. Nei loro confronti, però, non si estendono le tutele previste dall'art. 18 Stat. lav.³⁵, salva l'ipotesi di licenziamento discriminatorio o

²⁴ Per i pubblici dipendenti, vd. art. 2, comma 4, D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni in legge 30 ottobre 2013, n. 125, e parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica 31 gennaio 2014, n. 6295.

²⁵ Trib. Torino 29 marzo 2013.

²⁶ La decisione si basa sul carattere generale del principio di flessibilità introdotto dalla lettera b) del comma 1 del citato art. 24 sia sulla *ratio* di riduzione dei costi del sistema previdenziale.

²⁷ Corte App. Torino 24 ottobre 2013, che ha riformato la sentenza del Trib. Torino sopra citata.

²⁸ Trib. Genova 11 novembre 2013: "l'aver la ricorrente ampiamente maturato i requisiti di età e di anzianità contributiva al 31/12/2011 non consente di ricondurre la sua posizione soggettiva all'art. 24 comma 4 che prevede la tutela di cui all'art. 18 legge 300/70".

²⁹ Entrambe le pronunce fanno espresso riferimento al terzo - e non al quarto - comma dell'art. 24, che riguarda coloro che raggiungano l'età pensionabile dopo il 31 dicembre 2011.

³⁰ I commi 3 e 14 del cit. art. 24 legge n. 214/2011.

³¹ Vd. comma 3 art. 24 legge n. 214/2011. Cfr. Messaggio INPS 20 dicembre 2011, n. 24126, e circ. INPS 14 marzo 2012, n. 35.

³² Vd. ultimo periodo del cit. art. 24 legge n. 214/2011.

³³ Vd. Cass. 5 febbraio 1998, n. 1197; Corte App. Milano 27 dicembre 2010, n. 1070. Cfr. Cass. 12 agosto 1997, n. 7495.

³⁴ Cfr. G. PROSPERETTI, *Reintegrazione del dirigente licenziato per ragioni d'età, nonostante l'esercizio dell'opzione di rimanere in servizio*, in http://www.studioprospereetti.it/sites/default/files/u_7/Parere_art_18_Dirigenti.pdf.

³⁵ Sul punto, vd. Trib. Roma 14 aprile 2014: "dalla interpretazione letterale e sistematica dell'art.24 co.4 d.l. 201/2011 deve anzitutto escludersi che tale disposizione abbia inteso estendere l'area di applicabilità dell'articolo 18 legge 300/1970 anche ai dirigenti. Quanto alla interpretazione sistematica, si osserva che la legge 92/2012, nel novellare l'art.18 legge 300/1970, ne ha previsto l'applicabilità ai dirigenti nei soli casi di cui al co. 1".

comunque nullo³⁶, e, pertanto, l'esercizio dell'opzione alla prosecuzione della vita lavorativa risulta inevitabilmente *monco*.

Sono stati sollevati alcuni dubbi sull'estensione della normativa in esame ai giornalisti, che non rientrano nel campo di applicazione dell'Assicurazione Generale Obbligatoria dell'INPS, ma appartengono al regime previdenziale – esclusivo e sostitutivo – gestito dall'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (di seguito INPGI). È opportuno ricordare che, fino al 2011, il sistema previdenziale del nostro Paese presentava un quadro pluralistico³⁷ e variegato, in quanto, accanto all'INPS, nel corso del tempo sono sorti alcuni regimi speciali, riservati a specifiche categorie di lavoratori per i quali la tutela previdenziale è disciplinata in maniera parzialmente diversa per tener conto delle peculiarità dell'attività professionale svolta o del particolare settore in cui operano³⁸. Negli ultimi anni si è registrata una “inarrestabile tendenza all'omogeneizzazione delle tutele previdenziali”³⁹, che ha comportato il graduale inglobamento nell'INPS dei fondi sostitutivi⁴⁰. L'INPGI, sopravvissuto alle incorporazioni, continua a gestire, in regime sostitutivo e con regolamentazione autonoma, tutte le forme assicurative obbligatorie di previdenza e assistenza in favore dei giornalisti⁴¹ e, pertanto, risponde alle caratteristiche di esclusività e sostitutività⁴² dell'Assicurazione Generale Obbligatoria INPS, richieste per l'applicazione del quarto comma dell'art. 24 L. n. 214/2011⁴³.

È, invece, esclusa l'applicazione ai pubblici dipendenti della facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni, a norma dell'art. 2, comma 5, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito in Legge 30 ottobre 2013, n. 125, che, con un'interpretazione autentica del quarto comma

³⁶ Art. 18, comma 1, L. n. 300/70.

³⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Il pluralismo dei regimi previdenziali*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 89.

³⁸ Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2007, 206; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2007, 112.

³⁹ M. PERSIANI, *op. cit.*, 207.

⁴⁰ L'art. 42 legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Legge finanziaria 2003) ha disposto la soppressione dell'INPDAL, con effetto dal primo gennaio 2003, e il trasferimento di tutte le strutture e le funzioni all'INPS. Da ultimo, per effetto del c.d. Decreto Salva-Italia, conv. con modifiche nella L. n. 214/2011, dal primo gennaio 2012 l'INPDAL e l'ENPALS sono confluite nell'INPS.

⁴¹ Per un approfondimento sul regime previdenziale INPGI, sulla “parificazione” tra AGO e gestione INPGI e sul proseguimento del rapporto di lavoro giornalistico ai sensi dell'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011, vd. M. RUSSO, *Licenziamento di un giornalista pensionabile: spunti di riflessione su regime previdenziale INPGI, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e discriminazione per età*, in *Lav. prev. oggi*, III-IV, 203.

⁴² Vd. legge 20 dicembre 1951, n. 1564; legge 9 novembre 1955, n. 1122; legge 25 febbraio 1987, n. 67.

⁴³ “Per i lavoratori e le lavoratrici la cui pensione è liquidata a carico dell'Assicurazione Generale Obbligatoria e delle forme esclusive e sostitutive della medesima”. V. sul punto Trib. Milano 14 dicembre 2012; Trib. Milano 10 aprile 2013. A nulla rileva il fatto che l'INPGI non adotti il sistema di calcolo contributivo con i coefficienti di trasformazione a cui il citato art. 24 fa riferimento, in quanto – pur avendo una propria autonomia in materia di accesso ai trattamenti pensionistici rispetto al sistema generale e potendo prevedere trattamenti più favorevoli per i propri iscritti - l'Istituto non ha alcuna competenza sulla normativa avente ad oggetto la risoluzione del rapporto di lavoro: vd. Circ. INPGI 29 novembre 2012, n. 11.

dell'art. 24 in esame⁴⁴, ha risolto la dibattuta questione⁴⁵. Questa scelta politica ha la finalità di contenere i costi della Pubblica Amministrazione, come già in precedenza l'art. 72, comma 11⁴⁶ del c.d. Decreto Brunetta, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133⁴⁷, che stabilisce la risoluzione automatica del rapporto di lavoro al compimento dell'età massima contributiva⁴⁸. Inoltre, è opportuno ricordare che per i lavoratori pubblici sussistono i "limiti ordinamentali" a cui fa riferimento il citato art. 24 Legge n. 214/2011: il d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092⁴⁹ e la Legge 20 marzo 1975, n. 70⁵⁰ indicano, rispettivamente, per i dipendenti statali e degli enti parastatali, i sessantacinque anni come età massima per il collocamento a riposo. Per i magistrati (art. 5 R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511), gli avvocati dello Stato (art. 34 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611) e i docenti universitari (art. 19 d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382) l'età massima pensionabile è stabilita a settanta anni. Sulla base dell'insuperabilità di tali limiti ordinamentali, il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella circolare 8 marzo 2012, n. 2, conferma l'esclusione dei pubblici dipendenti dalla facoltà di prosecuzione del rapporto fino a settanta anni. Di diverso avviso è la sentenza n. 2446 del 10 gennaio 2013 emessa dal TAR Lazio, che ha annullato la citata circolare nella parte in cui stabilisce che

⁴⁴Il cit. comma 4 dell'art. 24 L. n. 214/2011 "si interpreta nel senso che per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio e vigente all'entrata in vigore del decreto legge stesso, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per trattenimento in servizio o per consentire all'interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione, ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l'amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro, se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione".

⁴⁵ Cfr. M. CINELLI, *op. cit.*, 385; D. CASALE, *Il collocamento a riposo dall'impiego pubblico per limite massimo d'età dopo la riforma pensionistica di cui all'art. 24 del D.L. n. 201/2011 convertito con L. n. 214/2011*, in *Lav. nelle p.a.*, 2011, VI, 903.

⁴⁶ Per un approfondimento sul punto, v. F. E. ANZILOTTI NITTO DE' ROSSI, *La motivazione nel licenziamento ex art. 72 D.L. n. 112 del 2008*, in *Giur. mer.*, 2011, V, 1239; C. DI CARLUCCIO, *L'esperimento del pensionamento forzoso del dipendente pubblico con quaranta anni di anzianità contributiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, VI, 1137; S. FERRARIO, *La risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro del personale pubblico con quaranta anni di anzianità contributiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, III-IV, 657.

⁴⁷ Come modificato dall'art. 1, comma 16, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148.

⁴⁸ "Nel caso di compimento dell'età massima contributiva di 40 anni del personale dipendente, le pubbliche amministrazioni possono risolvere il rapporto di lavoro con un preavviso di sei mesi": art. 72, comma 11, D.L. n. 112/2008. Il pubblico dipendente, a norma del comma 7 del cit. art. 72, ha, però, la possibilità di presentare, entro i dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo, un'apposita domanda per il trattenimento in servizio. L'accoglimento di tale istanza non è un obbligo da parte della P.A., ma solo una facoltà, sulla base delle proprie esigenze organizzative e funzionali, tenendo conto della particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. È opportuno rilevare che tale norma ha previsto anche un limite temporale, fissato al 2014, come prorogato dalla legge n. 148/2011. Inoltre, è doveroso segnalare che l'art. 72, comma 8, della legge n. 133/2008 afferma che sono fatti salvi i trattenimenti in servizio in essere alla data di entrata in vigore, in quanto la risoluzione unilateralmente adottata dalla P.A. non può ledere il principio di affidamento riposto dal lavoratore sull'adempimento contrattuale a cui si era impegnata la parte datoriale pubblica con l'emanazione del provvedimento amministrativo di accoglimento dell'istanza di trattenimento in servizio: vd. Cass. 7 ottobre 2013, n. 22790.

⁴⁹ Vd. art. 4.

⁵⁰ Vd. art. 12.

l'Amministrazione deve collocare a riposo i dipendenti al compimento del sessantacinquesimo anno d'età⁵¹. Il Dipartimento della Funzione Pubblica, nella nota n. 41876 del 16 settembre 2013, ribadisce la posizione già espressa, forte dell'intervenuto D.L. 101/2013, convertito nella citata L. n. 125/2013.

5. Esercizio della facoltà di prosecuzione del lavoro e sua qualificazione giuridica

La norma in esame lascia irrisolto il problema delle modalità di comunicazione della facoltà di prosecuzione del lavoro fino a settanta anni. Nel silenzio della legge, le prime pronunce di merito hanno cercato di dare una risposta alla questione ora prospettata.

Il Tribunale di Torino, nell'ordinanza del 29 marzo 2013, afferma che non si può attribuire al lavoratore alcun obbligo di comunicazione al datore di lavoro. La pronuncia riconosce valore giuridico al comportamento concludente del dipendente che continui a prestare la propria attività pur in presenza del raggiungimento dei requisiti pensionistici⁵². La mancata richiesta di accesso al trattamento pensionistico da parte del dipendente che ne abbia maturato i requisiti⁵³ può essere, dunque, ragionevolmente interpretata come volontà di prosecuzione del rapporto di lavoro, considerato che il raggiungimento dell'età pensionabile non comporta automaticamente il diritto alla percezione del trattamento pensionistico. Questo è subordinato alla dimostrazione della

⁵¹ In realtà, la pronuncia non affronta specificatamente la problematica dell'incentivazione alla prosecuzione dell'attività fino a settanta anni, ma focalizza l'attenzione sull'applicabilità ai pubblici dipendenti dei requisiti di età previsti dalla legge n. 214/2011 e, quindi, la valenza o meno dei limiti ordinamentali. Anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 33 del 27 febbraio 2013, si è espressa sul punto, sebbene sulla scorta della normativa previgente, collegando la prosecuzione volontaria fino ai settanta anni del personale dirigente medico soltanto al conseguimento dell'anzianità minima per il diritto alla pensione. Con tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 15 *nonies*, comma 1, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e 16, comma 1, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, nella parte in cui non consente al personale medico dirigente - che abbia raggiunto il limite massimo di età per il collocamento a riposo senza aver compiuto il numero degli anni richiesti per ottenere il minimo della pensione - di rimanere, su richiesta, in servizio fino al conseguimento di tale anzianità minima e, comunque, non oltre il settantesimo anno di età. Cfr. I. TRICOMI, *Collocamento a riposo dei dirigenti medici, garanzia costituzionale del minimo pensionabile e buon andamento dell'amministrazione: un caso emblematico*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, II, 417; G. MARINO, *Il dirigente sanitario ha meno di 70 anni? Ha diritto a rimanere in servizio per ottenere il minimo della pensione*, in *Dir. giust.*, 2013, 249.

⁵² “Non si può ritenere che il lavoratore abbia il dovere di comunicare preventivamente al datore di lavoro la sua intenzione di proseguire l'attività lavorativa dopo il conseguimento della pensione di vecchiaia: la norma non prevede alcun onere di comunicazione a carico del lavoratore. [...] Il comportamento del dipendente – che ha proseguito l'attività lavorativa dopo il raggiungimento dei requisiti della pensione di vecchiaia – è di per sé idoneo a dimostrare la sua intenzione di avvalersi della facoltà concessagli dall'art. 24, comma 4 del D.L. 201/2011, indipendentemente da una comunicazione formale”: Trib. Torino 29 marzo 2013. Per completezza, si segnala che la citata pronuncia del Tribunale di Torino è stata riformata dalla Corte d'Appello di Torino in data 24 ottobre 2013, che, però, non è intervenuta sulla necessità o meno della comunicazione al datore di lavoro.

⁵³ L'accesso al trattamento pensionistico non è automatico, ma strettamente connesso ad una esplicita richiesta – formale domanda di pensione – da parte dell'interessato, che può essere presentata dopo il conseguimento dei requisiti minimi di accesso: cfr. circ. INPS n. 108 del 9 dicembre 2008 e n. 131 del 10 ottobre 2011, circ. INPGI n. 11 del 29 novembre 2012.

cessazione del rapporto di lavoro e del possesso dei requisiti necessari, nonché alla presentazione - al competente ente previdenziale - di apposita domanda da parte del soggetto interessato⁵⁴.

Altra questione attiene alla qualificazione del diritto di opzione. La giurisprudenza è divisa tra il riconoscimento di un diritto soggettivo e il diritto potestativo⁵⁵. Il Tribunale di Milano⁵⁶ usa indistintamente i due termini, mentre il Tribunale di Roma⁵⁷ nega la sussistenza di un qualsivoglia diritto – soggettivo o potestativo - in favore del lavoratore che opti per la prosecuzione dell'attività lavorativa fino a settanta anni, in quanto l'opzione è prevista da una disposizione normativa dal valore meramente programmatico⁵⁸. Secondo tale pronuncia, la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici sarebbe subordinata al consenso del datore di lavoro⁵⁹ e alla sussistenza di un interesse economico – del datore di lavoro o dell'ente previdenziale⁶⁰ - al proseguimento del rapporto⁶¹.

Ad avviso di chi scrive, anche se il fine del legislatore è il conseguimento di un interesse pubblicistico (il contenimento della spesa pubblica e la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico), al lavoratore pensionabile viene riconosciuto un diritto potestativo: è, infatti,

⁵⁴ In passato (vd. art. 6 D.L. n. 791/81, cit.) il legislatore ha stabilito, per l'esercizio della facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il raggiungimento dell'età pensionabile, la necessità di una comunicazione scritta al datore di lavoro e talvolta anche all'ente previdenziale competente (vd. art. 6, comma 2, legge n. 407/1990, cit.) entro un termine antecedente alla data di conseguimento del diritto alla pensione. Sul punto, cfr. Trib. Milano 14 dicembre 2012; Trib. Milano 10 aprile 2013: in entrambi i *casus* sottoposti al vaglio giudiziale i ricorrenti sono giornalisti iscritti all'Ordine professionale di Milano e, nel silenzio della legge, hanno provveduto ad effettuare all'editore – con atto scritto di data anteriore al raggiungimento dei requisiti pensionistici - la comunicazione di prosecuzione dell'attività, in seguito all'invito espresso dal consigliere dell'Ordine dei Giornalisti della Lombardia e dell'Associazione Lombarda dei Giornalisti, Franco Abruzzo, in occasione dell'entrata in vigore della Riforma pensionistica: vd. <http://www.francoabruzzo.it/document.asp?DID=7957>.

⁵⁵ In dottrina la qualificazione dei diritti potestativi quali diritti soggettivi è controversa e la maggior parte degli autori esclude la riconducibilità dei primi nell'alveo dei secondi: vd., tra gli altri, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2004, 61. *Contra* F. SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964, 752.

⁵⁶ Trib. Milano 10 aprile 2013: “La questione rilevante afferisce alla verifica in concreto della sussistenza di un diritto soggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro una volta verificatesi le condizioni della libera recedibilità” e, subito dopo, “solo l'accertamento di un diritto potestativo alla prosecuzione del rapporto di lavoro consente di qualificare come illegittimo l'atto di recesso datoriale”.

⁵⁷ Trib. Roma 5 novembre 2013.

⁵⁸ “Non sussiste alcun diritto a fronte del quale vi sarebbe un obbligo del datore di lavoro di consentire la prosecuzione del rapporto fino all'età richiesta dal lavoratore. [...] L'utilizzo del termine 'è incentivato' ha un valore meramente programmatico, nel senso di costituire un invito alle parti”: Trib. Roma 5 novembre 2013.

⁵⁹ *Contra* Trib. Torino 29 marzo 2013: “la *ratio* della norma è quella di incentivare la prosecuzione del rapporto di lavoro dopo il conseguimento del diritto al pensionamento di vecchiaia e non è pensabile che l'obiettivo perseguito possa essere raggiunto con il consenso del datore di lavoro, considerato che in genere il datore di lavoro ha interesse a recedere subito dal rapporto”.

⁶⁰ Il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, a norma del secondo periodo del comma 4 dell'art. 24 in esame, dall'applicazione dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settanta anni.

⁶¹ L'interesse tutelato dalla normativa *de qua* è la stabilità economico-finanziaria ed il rafforzamento della sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul prodotto interno lordo. Pertanto, la scelta della prosecuzione in servizio “soddisfa pienamente gli obiettivi perseguiti con il decreto Salva-Italia, ossia quelli di ridurre la spesa pensionistica e di assicurare frattanto introiti contributivi alla gestione”: Trib. Milano 10 aprile 2013.

sufficiente l'esercizio di tale opzione da parte del titolare – mediante comunicazione espressa o comportamento concludente, in mancanza di espressa previsione di legge – perché il rapporto di lavoro prosegua fino a settanta anni con le tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. Inoltre, già l'opzione prevista dal cit. art. 6 D.L. n. 791/81 è pacificamente riconosciuta come diritto potestativo⁶², rispetto al quale è irrilevante il consenso del datore di lavoro.

Alla luce di ciò, il datore di lavoro - soggetto passivo - non deve fare nulla per permettere la realizzazione del diritto del lavoratore (ad es., mediante accettazione), ma non può neanche impedirla, essendo in una posizione di c.d. soggezione⁶³. Qualora il lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici opti per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni a norma dell'art. 24 L. n. 214/2011, il datore di lavoro può legittimamente esercitare il recesso solo se sussista una giusta causa o un giustificato motivo⁶⁴.

6. Conseguenze del licenziamento intimato al lavoratore che abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni

Il legislatore del 2011 ha inteso tutelare l'incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni garantendo l'art. 18 Stat. lav. ai lavoratori in regime di stabilità reale. Nel frattempo, però, l'art. 18 è stato notevolmente modificato dalla L. n. 92/2012 e presenta ora una graduazione del regime sanzionatorio⁶⁵ a seconda della gravità del vizio: dal licenziamento nullo di cui al primo comma fino ad arrivare agli errori formali e procedurali di cui al sesto comma, passando per l'accertamento della mancanza del giustificato motivo soggettivo o oggettivo, diversamente tutelata a seconda che si tratti di "ingiustificatezza qualificata"⁶⁶ o no.

In considerazione di ciò, assume particolare rilevanza l'analisi del grado di illegittimità del licenziamento⁶⁷ intimato al lavoratore pensionabile che abbia esercitato l'opzione di cui al quarto comma dell'art. 24. È necessario stabilire se si tratti di licenziamento nullo - in quanto

⁶² Cfr. Cass. 16 dicembre 1986, n. 7574, in Foro it., 1987, II, p. 391; Trib. Taranto 26 settembre 1986, in Foro it., 1987, II, 392; Pret. Genova 26 gennaio 1988, in *Lav80*, 1988, 514.

⁶³ Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁴ Art. 1 legge n. 604/66.

⁶⁵ Per un approfondimento, vd. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 436; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, 547; M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, 612.

⁶⁶ A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, III, 621.

⁶⁷ Il regime sanzionatorio è articolato in vari livelli, che passano da una tutela reintegratoria piena (reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento pieno del danno) nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio - o comunque nullo - fino ad arrivare alla risoluzione del rapporto di lavoro con una mera indennità risarcitoria da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità, come previsto dal sesto comma dell'art. 18 Stat. lav. nel caso di vizi formali e procedurali.

discriminatorio⁶⁸ o per previsione di legge⁶⁹ o, ancora, per motivo illecito determinante⁷⁰ - oppure annullabile - perché intimato senza giusta causa o giustificato motivo - o addirittura valido⁷¹, ancorché il lavoratore abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Le prime pronunce di merito sono contrastanti e offrono l'occasione di una riflessione sulla riconduzione della fattispecie concreta al licenziamento discriminatorio per ragioni di età⁷².

La Corte di Giustizia ha più volte affrontato la questione della discriminazione per età⁷³, dal momento che il principio di non discriminazione anagrafica, sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e attuato dalla direttiva 2000/78/CE, ha una c.d. clausola di giustificazione, secondo la quale non sussiste discriminazione laddove i diversi trattamenti siano oggettivamente e ragionevolmente giustificati, nel diritto nazionale, da una finalità legittima - compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale - e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari⁷⁴. In tema di recesso *ad nutum* per raggiungimento di un'età massima, il giudice comunitario opera caso per caso, a seconda dell'attività lavorativa svolta, un bilanciamento tra il principio di non discriminazione per età e la sicurezza pubblica, la tutela dell'ordine pubblico e della salute⁷⁵.

⁶⁸ Trib. Genova 4 ottobre 2012.

⁶⁹ Trib. Torino 29 marzo 2013: "Il licenziamento è nullo per violazione di norme imperative, essendo stato intimato in contrasto con la specifica tutela prevista dall'art. 24, comma 4, del citato D.L. [...] la conseguenza è che deve essere applicata la disposizione di cui al primo comma dell'art. 18 L. 300/70, così come modificato dalla Legge 92/12". In realtà, l'art. 24, comma 4, legge n. 214/2011 non prevede espressamente la nullità del licenziamento intimato in violazione delle proprie disposizioni - anche perché emanato prima delle modifiche intervenute sull'art. 18 Stat. lav. - e si limita a differire l'area della recedibilità *ad nutum*.

⁷⁰ Trib. Genova 11 novembre 2013: "la ricorrente ha prospettato che nel licenziamento intimato l'unico motivo addotto è quello che fa riferimento all'età della lavoratrice, cosicché l'atto concreterebbe un recesso determinato da un motivo illecito determinante, vale a dire l'età, illecità che darebbe luogo alla nullità del recesso. [...] Non ricorre ad avviso del Tribunale un licenziamento determinato da un motivo illecito, dovendosi evidenziare che al legislatore nazionale non è inibito dettare una normativa che assuma l'età quale elemento idoneo a fondare una disparità di trattamento all'interno dei lavoratori".

⁷¹ Cfr. Trib. Roma 5 novembre 2013: "la possibilità per il lavoratore di rimanere in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età, in assenza della previsione di un diritto potestativo in favore del lavoratore, usufruendo degli incentivi indicati dalla legge, è in ogni caso subordinata al consenso di entrambe le parti, consenso che nella fattispecie in esame non vi è stato. Appare corretto, allora, l'esercizio del diritto di recesso al raggiungimento dell'età pensionabile".

⁷² La discriminazione per età è considerata come la "discriminazione del futuro", un criterio pericoloso ed "inafferrabile" in quanto non individua una categoria specifica di persone, perché tutti - prima o poi - siamo "potenziali vittime": cfr. M. FALSONE, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, 928; M. V. BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, 142. Cfr. M.P. MONACO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 881.

⁷³ Vd., da ultimo, Corte Giust. 26 settembre 2013, C-476/11; 5 luglio 2012, C-141/11; 13 settembre 2011 C- 447/09 (R. Prigge/Deutsche Lufthansa). Vd. anche R. ZUCARO, *La Corte di Giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti della Deutsche Lufthansa*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, IV, 1187.

⁷⁴ La verifica di tali circostanze spetta al giudice nazionale.

⁷⁵ Ad es., nel settore delle forze armate e dei piloti di volo: v. Corte Giust. 21 luglio 2011, C-159/10 e C-160/10; 12 ottobre 2010, C-45/09. Cfr. M. MOCELLA, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 515.

In Italia la giurisprudenza sulla discriminazione per età sta ancora muovendo i primi passi, in quanto la ragione anagrafica è inclusa tra i motivi di discriminazione elencati nell'art. 15, secondo comma, Stat. lav. solo in seguito all'art. 4 D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che ha recepito la direttiva comunitaria 2000/78 del 27 novembre 2000.

La Corte di Cassazione, seppure con orientamenti ondivaghi, ha finora affrontato la questione solo nell'ambito dei licenziamenti collettivi⁷⁶ e, con una recente pronuncia, ha ritenuto legittima la scelta del datore di lavoro di licenziare i lavoratori pensionabili⁷⁷.

Più delicata - e finora poco vagliata in giudizio - è la discriminazione in ragione dell'età nei licenziamenti individuali: prima della riforma dell'art. 18 Stat. lav. i lavoratori discriminati potevano ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento pieno adducendo la mera infondatezza della giusta causa o del giustificato motivo - la cui prova grava sul datore di lavoro⁷⁸ - senza assumersi il rischio e la difficoltà di provare l'intento discriminatorio⁷⁹.

In seguito alla modifica dell'art. 18 Stat. lav. è assai probabile prevedere un incremento delle censure di nullità fondate sul motivo discriminatorio per età al fine di ottenere la tutela reintegratoria piena prevista dal primo comma.

Una pronuncia *apripista* è sicuramente quella del Tribunale di Genova⁸⁰, che qualifica come discriminatorio - e, pertanto, nullo - il licenziamento intimato alla lavoratrice in possesso dei requisiti pensionistici, in quanto il criterio aziendale di selezione e assetto dell'organico risulta fondato esclusivamente sull'elemento anagrafico.

⁷⁶ La Corte di Cassazione con sentenze 21 settembre 2006, n. 20455; 6 ottobre 2006, n. 21541; 24 aprile 2007, n. 9866 ha escluso la sussistenza della discriminazione nell'ambito dei licenziamenti collettivi nel caso in cui il criterio di scelta dei lavoratori riguardi la prossimità del pensionamento. Secondo Cass. 27 gennaio 2011, n. 1938, e 20 marzo 2013, n. 6959, "il criterio della prossimità alla pensione, scelto come unico criterio, non può prescindere dalla funzionalizzazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell'azienda". Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268: "la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato del lavoro tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro".

⁷⁷ Cass. 13 gennaio 2012, n. 391: "la contrattazione collettiva è libera di scegliere qualsiasi criterio purché rivolto a tutelare gli interessi dei lavoratori nella logica della riduzione delle conseguenze negative del licenziamento, non ricadendo, pertanto, nell'individuazione di indici di selezione meramente discriminatori in base al possesso dei requisiti per l'accesso alla pensione".

⁷⁸ Art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604.

⁷⁹ *Onus probandi incumbit ei qui dicit*: cfr. Cass. 14 luglio 2005, n. 14816; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283. In base all'art. 28, comma 4, del D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, però, nelle controversie in materia di discriminazione "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione". Pertanto, qualora il lavoratore ricorrente abbia assolto l'onere dell'allegazione ed abbia dimostrato la verosimiglianza e probabilità (c.d. *fumus boni iuris*) della discriminatorietà del licenziamento, si assiste ad una sorta di inversione dell'onere della prova. Per quanto riguarda le discriminazioni di genere, una previsione ancora più favorevole è contenuta nell'art. 40 del D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Cfr. anche Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

⁸⁰ Trib. Genova 4 ottobre 2012.

7. Profili critici e prospettive

Dalla trattazione sono emersi alcuni aspetti problematici che richiedono una tempestiva revisione e armonizzazione della normativa al fine di fornire una risposta alla legittima esigenza di certezza sia da parte del datore di lavoro - per un corretto esercizio del recesso *ad nutum*, in modo da effettuare una valida programmazione di politiche di ricambio occupazionale⁸¹ e così evitare contenziosi lunghi e costosi – sia da parte dei lavoratori – che hanno interesse a conoscere il termine finale di operatività delle tutele contro il licenziamento ingiustificato e le modalità per avvalersi della facoltà di prosecuzione dell’attività lavorativa. Forse anche a causa di tali *zone d’ombra* datori di lavoro e dipendenti, all’approssimarsi della pensione, preferiscono stipulare accordi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

Inoltre, se da un lato l’incentivo al differimento volontario dell’età pensionabile si colloca in un’ottica pienamente comunitaria di attuazione della politica del c.d. invecchiamento attivo⁸², l’*active ageing* promosso dall’Unione Europea⁸³, dall’altro lato non si può negare il rischio di un rafforzamento della posizione di preminenza degli *insiders* nei confronti degli *outsiders* in un momento di grave disoccupazione giovanile⁸⁴.

Per contemperare le esigenze dei lavoratori anziani⁸⁵ e le legittime aspirazioni dei giovani e attuare in maniera non traumatica il ricambio generazionale, si registrano negli ultimi mesi alcuni - auspicabili - tentativi di *riscoperta*⁸⁶ dei contratti di solidarietà espansivi⁸⁷ - finora completamente

⁸¹ L. D’AMBROSIO, nell’*op. cit.*, evidenzia anche l’“impaccio gestionale” del datore di lavoro, che, non potendo agevolmente accedere ai dati contributivi del lavoratore per verificare la sussistenza dei requisiti minimi per l’accesso alla pensione, difficilmente intima il licenziamento *ad nutum*.

⁸² Cfr. P. DE NARDIS, *Il testimone è caduto: giovani e anziani nel mercato del lavoro* in http://host.uniroma3.it/associazioni/astril/attivita_svolte_files.aspx?id=19: “Gli anziani sono coloro che non si rassegnano a diventare i pensionati di oggi. [...] Per questo motivo da diverso tempo si parla di invecchiamento attivo e di politiche attive per la terza età. [...] L’immagine dell’anziano va rovesciata completamente, valorizzandone capacità e competenze, invece di sottolinearne (presunti) costi sociali e quasi inevitabile improduttività. [...] Se di responsabilità individuale si parla, che possa esprimersi, allora, facendo decidere al lavoratore la permanenza in attività oltre una certa soglia di età: è indubbio che il lavoro sia un efficace esorcismo contro il deperimento fisico e psichico, ma la piena espressione della propria autonomia si ha solo con il prolungamento della carriera lavorativa su base esclusivamente volontaria”. Vd. P. ICHINO, *Active ageing: aprire il mercato del lavoro ai sessantenni (e ai giovani)*, in <http://www.pietroichino.it/?p=22627>. Cfr. anche disegno di legge n. 3515 presentato alla Presidenza del Senato il 10 ottobre 2012.

⁸³ Il 2012 è stato dichiarato anno europeo per l’invecchiamento attivo al fine di sensibilizzare la solidarietà tra generazioni.

⁸⁴ Cfr. M. CINELLI, *op. cit.*, p. 385.

⁸⁵ Cfr. G. RICCIO, P. RICCONE, *Lavoratori adulti a rischio di esclusione: materiali per un piano nazionale per l’invecchiamento attivo*, in *Monografie ISFOL*, 2008, III.

⁸⁶ Cfr. Interpello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 23 ottobre 2013, n. 28. Vd. contratto di solidarietà espansivo siglato a Reggio Emilia in data 18 febbraio 2013 tra le organizzazioni sindacali e l’IFOA in http://net.ifo.it/PressArea/Allegati/119/solidariet%C3%A0%20espansiva_rassegna%20web_20131104040047.pdf e contratto di solidarietà espansivo sottoscritto a Firenze il 27 febbraio 2013 dalle Oo.Ss. e la Società L’Isola Verde

trascurati - e di promozione dei c.d. patti generazionali⁸⁸, per i quali sono stati stanziati fondi statali⁸⁹ in vista di accordi tra le Regioni e le parti sociali finalizzati alla realizzazione di una sorta di *staffetta generazionale*⁹⁰, consistente in una riduzione dell'orario di lavoro dei dipendenti prossimi al pensionamento a fronte dell'assunzione a tempo indeterminato di giovani, anche con contratto di apprendistato. Al tradizionale e repentino *turn-over* subentrerebbe, in pratica, un sistema di graduale trasmissione del *know-how* aziendale, in un'ottica di solidarietà intergenerazionale e di valorizzazione di risorse e competenze, che potrebbe avere effetti positivi sul mercato del lavoro.

Erboristerie Srl in <http://www.dirittisocialitrentino.it/dati/wp-content/uploads/2013/09/isola-verde.pdf>. Cfr. anche Accordo Quadro tra Enel SpA e le organizzazioni sindacali Filctem-Flaei-Uilcem in materia di occupabilità in azienda.

⁸⁷ Vd. art. 2, comma 1, D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863: “Nel caso in cui i contratti collettivi aziendali, stipulati con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, al fine di incrementare gli organici, prevedano, programmandone le modalità di attuazione, una riduzione stabile dell'orario di lavoro, con riduzione della retribuzione, e la contestuale assunzione a tempo indeterminato di nuovo personale, con richiesta nominativa, ai datori di lavoro è concesso, per ogni lavoratore assunto sulla base dei predetti contratti collettivi e per ogni mensilità di retribuzione ad esso corrisposta, un contributo a carico della gestione dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria, pari, per i primi dodici mesi, al 15 per cento della retribuzione lorda prevista dal contratto collettivo di categoria per il livello di inquadramento. Per ciascuno dei due anni successivi il predetto contributo è ridotto, rispettivamente, al 10 e al 5 per cento”. Per un approfondimento sui contratti di solidarietà: T. TREU, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà: riflessioni generali*, in *Dir. lav.*, 1985, I, 14; L. MENGHINI, *Contratti di solidarietà, relazioni industriali e politica dell'occupazione*, in *Lav. prev. oggi*, 1985, I, 6; G. SANTORO PASSARELLI, *I contratti di solidarietà: due esperienze a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 263.

⁸⁸ Cfr. CCNL Chimico Farmaceutico 2013-2015, sottoscritto in data 4 marzo 2013, che prevede l'ipotesi di un patto di solidarietà generazionale denominato “Progetto Ponte”, fondato “sulla disponibilità dell'azienda ad investire su nuove assunzioni di giovani in cambio della disponibilità di lavoratori anziani in forza a trasformare, in vista della pensione, il proprio contratto da *full-time* a *part-time*”.

⁸⁹ Vd. decreti direttoriali del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 25 giugno 2012, n. 481, e del 19 ottobre 2012, n. 807.

⁹⁰ Per la Regione Lombardia, vd. d.d.g. 28 febbraio 2013, n. 1676; per la Regione Piemonte, vd. d.d.g. 2 luglio 2013, n. 18-6043; per la Regione Lazio vd. d.G.R. 21 gennaio 2014, n. 30. In Friuli Venezia Giulia è stato sottoscritto l'1 marzo 2013 l'accordo con le parti sociali; in Campania è stato siglato il 21 maggio 2013 l'accordo con le parti sociali.