

## LA PROSECUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO OLTRE L'ETÀ PENSIONABILE TRA TUTELE INDIVIDUALI ED ESIGENZE DI RICAMBIO GENERAZIONALE\*

di Marianna Russo

Il presente saggio analizza l'art. 24, comma 4°, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, che consente ai lavoratori di continuare a prestare la propria attività fino al compimento dei settanta anni di età continuando a godere delle tutele contro i licenziamenti. Tale disposizione appare in linea con la necessità di valorizzare la partecipazione dei lavoratori anziani nel mercato del lavoro, come dimostra l'interesse generale negli ultimi anni per le politiche di cosiddetto invecchiamento attivo da parte dell'Unione Europea. Cionondimeno tale facoltà solleva numerosi interrogativi sulle finalità degli incentivi, le modalità di esercizio dell'opzione e, in particolare, sulle tutele contro il licenziamento ingiustificato. Le prospettate problematiche hanno ripercussioni significative sul mercato del lavoro, in quanto incidono non solo sul sistema previdenziale, ma anche sulla gestione dei rapporti di lavoro e sulle politiche di ricambio generazionale.

This paper provides an analysis of art. 24 of D.L. n. 201 dated 6 December 2011, converted with amendments by law n. 214 dated 22 December 2011, that allows employees to keep working until they are seventy years old. This possibility raises several questions about the aims of incentives, how to exercise the option and the actual protection against unjustified dismissal. These issues have a significant impact on the labor market because they affect the social security system, the management of employment relations and generational turnover policies. In addition to, the need to increase participation of older people in the labor market and the general interest in the development of policies for older workers and the contribution they can make to society – so called active ageing – have received great attention from the European Union in recent years.

### 1. PREMESSA

L'art. 24, comma 4°, del cosiddetto Decreto Salva-Italia, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, introduce l'incentivazione alla prosecuzione dell'attività lavorativa fino a settant'anni di età, superando una delle poche ipotesi di recesso *ad nutum* presenti nel nostro ordinamento, quella del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici<sup>1</sup>.

La norma, inserita nella riforma pensionistica Monti, non riguarda soltanto il sistema previdenziale, ma incide anche sulla gestione dei rapporti di lavoro, offrendo variegati profili di indagine, che sono al centro di un rilevante contrasto interpretativo

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

Marianna Russo, ispettore del lavoro d.l. Roma, Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Art. 4, comma 2°, legge 11 maggio 1990, n. 108.

e giurisprudenziale, recentemente sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>2</sup>.

Numerosi sono gli interrogativi sollevati dalla disposizione in esame: dalle finalità perseguitate dal legislatore all'ambito soggettivo di applicazione della norma, dalle modalità di esercizio alle tutele apprestate dall'ordinamento giuridico nell'ipotesi di licenziamento intimato al lavoratore che abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Inoltre, è opportuno analizzare quale sia stato finora l'impatto di tale istituto sul mercato del lavoro e valutare quali strumenti possano risultare idonei a contemperare la tutela dei lavoratori pensionabili con le esigenze di equilibrate politiche di ricambio generazionale, soprattutto in un periodo di grave disoccupazione giovanile.

## 2. DAL RECESSO *AD NUTUM* ALL'INCENTIVAZIONE DELLA PROSECUZIONE DEL RAPPORTO OLTRE L'ETÀ PENSIONABILE

L'operatività dell'art. 2118 c.c. – che disciplina il recesso senza motivazione, con il solo obbligo del preavviso – è ormai limitata ad un esiguo ventaglio di ipotesi<sup>3</sup>, in ragione delle tutele che l'ordinamento, nel corso del tempo, ha apprestato nei confronti del lavoratore subordinato<sup>4</sup>.

La libera recedibilità da parte del datore di lavoro nei confronti del dipendente in possesso dei requisiti pensionistici è stabilita per la prima volta dall'art. 11 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che sancisce 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<sup>5</sup>. Tale principio viene ribadito dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, che, all'art. 4, prevede l'esclusione sia dalla tutela reale che obbligatoria per gli ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, senza distinzione di sesso, salvo 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. 54.

La norma richiamata disciplina 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, al fine di garantire il miglioramento dell'anzianità contributiva del dipendente. Qualche anno più tardi, l'art. 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 407, introduce la possibilità di prolungare il 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 pensionistico<sup>6</sup> e la comunicazione deve essere effettuata sia al datore di lavoro che all'ente previdenziale.

<sup>2</sup> Si veda Cass. SS.UU., 4 settembre 2015, n. 17589.

<sup>3</sup> 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 (salvo l'applicabilità della disciplina collettiva), dei lavoratori a domicilio e dei collaboratori nell'impresa familiare.

<sup>4</sup> Già con la legge 15 luglio 1966, n. 604, è stato introdotto il principio di necessaria giustificazione del licenziamento: si veda art. 1. Per un approfondimento sullo squilibrio contrattuale nel diritto del lavoro, cfr. A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2007, IV, p. 427.

<sup>5</sup> Per un approfondimento sulla distinzione tra "età lavorabile" ed "età pensionabile" per lavoratori e lavoratrici e sulle numerose pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione al riguardo si rinvia a M. Russo, *Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24 L. n. 214/2011*, in "Lavoro e Previdenza Oggi", 2014, V-VI, p. 274.

<sup>6</sup> Art. 6, comma 6°, legge 407/1990.

Fino al 31 dicembre 2011, comunque, il datore di lavoro poteva – con sicurezza – licenziare *ad nutum* i dipendenti al compimento del sessantacinquesimo anno d’età<sup>7</sup>.

L’art. 24 del D.L. 201/2011, conv. in legge 214/2011, allunga il termine dell’età massima lavorabile fino a settant’anni, al fine di adeguarlo alle attuali aspettative di vita<sup>8</sup>. Nel contempo, però, 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»<sup>9</sup>.

### 3. ART. 24, COMMA 4°, D.L. 201/2011: LE FINALITÀ

Alla luce della rapida ricostruzione del quadro normativo sopra riportata, è evidente come l’art. 24, comma 4°, D.L. 201/2011 non introduca di per sé una novità nel nostro ordinamento: la possibilità di prosecuzione della prestazione lavorativa oltre l’età pensionabile era già contemplata, come visto, dall’art. 6 D.L. 791/1981 e dall’art. 6 legge 407/1990. A cambiare sono, però, le finalità della normativa, volta non più a migliorare l’anzianità contributiva o a conseguire – soltanto – una maggiorazione del trattamento pensionistico<sup>10</sup>, bensì a contenere la spesa pubblica<sup>11</sup>, tanto che l’art. 24, recante disposizioni in materia pensionistica, è inserito nel capo IV del provvedimento, rubricato “riduzioni di spesa”.

Il citato art. 24, però, può anche essere letto come il tentativo italiano di recepimento ed attuazione delle politiche di cosiddetto *active ageing*<sup>12</sup> – 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 società<sup>13</sup>.

#### 3.1. Segue: l’ambito soggettivo di applicazione

Per poter cogliere appieno la portata della normativa in esame, occorre verificare a quali soggetti si applichi, sulla base del suo tenore letterale, delle interpretazioni autentiche

<sup>7</sup> Fermo restando il possesso dei requisiti contributivi minimi e il rispetto del meccanismo delle cosiddette finestre di accesso; si veda art. 6, comma 2°-bis, D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, 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.

<sup>8</sup> Tale tetto massimo è sottoposto a 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, si veda M. R. Gheido, A. Casotti, *Riforma delle pensioni: passaggio al contributivo*, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2012, v, p. 287.

<sup>9</sup> Art. 24, comma 1°, D.L. 201/2011, conv. in legge 214/2011.

<sup>10</sup> Il comma 4° del citato art. 24 prevede anche un incentivo di tipo economico consistente nell’«operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all’età di settant’anni».

<sup>11</sup> Si veda M. Cinelli, *La Riforma delle pensioni del “Governo tecnico”*. Appunti sull’art. 24 della legge n. 214 del 2011, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2012, II, p. 385. Cfr. anche P. Sandulli, *Il settore pensionistico tra una manovra e l’altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in “Rivista di diritto della sicurezza sociale”, 2012, I, p. 1.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sulle politiche di *active ageing* in ambito europeo, si vedano D. Avramov, M. Maskova, *Active ageing in Europe (volume 1)*, Council of Europe Publishing, Luxembourg 2003; H. Blossfeld, S. Buchholz, K. Kurz (eds.), *Aging populations, globalization and the labor market*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) 2011; European Committee, *Active ageing and gender equality policies*, Publications Office of the European Union, Brussels 2012.

<sup>13</sup> In Italia, si vedano T. Treu, *Le politiche di active ageing*, in M. Madia (a cura di), *Un welfare anziano. Invecchiamento della popolazione o ringiovanimento della società?*, il Mulino, Bologna 2007, p. 55; A. Pozzi (a cura di), *Un modello di autovalutazione delle politiche di active ageing: verso la certificazione sociale di anzianità aziendale*, Franco Angeli, Milano 2007; V. Ferrante, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, Napoli 2011, III, p. 1187; 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 “Lavoro e diritto”, 2013, III, p. 384.

che sono state offerte e delle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali proposte in questi primi tre anni di vita della riforma pensionistica Monti.

Il riferimento espresso all'art. 18 Stat. lav.<sup>14</sup> sembrerebbe includere nel campo di applicazione della norma solo i lavoratori occupati in regime di cosiddetta stabilità reale, con conseguente esclusione di tutti gli altri dipendenti – che, secondo i dati ISTAT, costituiscono circa la metà della forza-lavoro nazionale – dalla possibilità di avvalersi dell'incentivazione a proseguire il rapporto di lavoro fino ai settant'anni. Al fine di evitare una disparità di trattamento dei lavoratori pensionabili a seconda dei requisiti dimensionali del datore di lavoro<sup>15</sup>, si potrebbe accogliere l'interpretazione<sup>16</sup> che ammette l'esercizio dell'opzione di prosecuzione per tutti i dipendenti, a cui corrisponderebbero tutele diversificate a seconda del regime di stabilità reale oppure obbligatorio<sup>17</sup>.

La nuova disciplina è sicuramente applicabile ai lavoratori che non abbiano maturato i requisiti pensionistici alla data del 31 dicembre 2011, mentre c'è contrasto in giurisprudenza<sup>18</sup> sull'estensione nei confronti di coloro che, pur avendo maturato il diritto al trattamento pensionistico in base alla normativa previgente, intendano continuare a lavorare oltre l'età pensionabile<sup>19</sup>. In realtà, il riferimento<sup>20</sup> ai lavoratori che abbiano maturato entro la fine del 2011 i requisiti di età e anzianità contributiva sembra soltanto volto a garantire il diritto di accesso alla pensione sulla base della normativa previgente, ma non impone la 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 normativa<sup>21</sup> farebbe propendere per la prosecuzione lavorativa, fermi restando i diritti acquisiti.

Un'altra questione controversa riguarda l'applicabilità dell'incentivazione alla prosecuzione nei confronti dei dirigenti privati. A rigor di logica, la risposta sembra positiva, in

<sup>14</sup> L'ultimo periodo del comma 4º 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).

<sup>15</sup> Cfr. L. D'ambrosio, *Il licenziamento ad nutum del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia: disciplina e problematiche*, in "Bollettino ADAPT", n. 6, 20 febbraio 2012.

<sup>16</sup> La questione è stata sottoposta all'attenzione del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in occasione del videoforum organizzato da IPSSA e Italia Oggi in data 18 gennaio 2012: cfr. [www.italiaoggi.it](http://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 si attuerà il principio indennitario. In tal senso, si veda anche M. R. Gheido, A. Casotti, *Pensione di vecchiaia*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2012, vi, p. 355.

<sup>17</sup> Al riguardo, è opportuno segnalare che il D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, cosiddetto *Jobs Act*, incide notevolmente sulle tutele previste per i nuovi assunti, delimitando la tutela reintegratoria ai soli licenziamenti discriminatori o nulli per expressa previsione di legge e alle ipotesi di accertata insussistenza del fatto materiale contestato nei licenziamenti disciplinari. Anche per i neo-assunti, però, sussiste un trattamento differente a seconda dei requisiti dimensionali del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 9 del citato decreto delegato.

<sup>18</sup> Trib. Torino 29 marzo 2013, in "Bollettino ADAPT", n. 21, 2013, e Corte d'Appello Genova 8 gennaio 2014, in "Diritto delle relazioni industriali", 2014, iii, p. 787, attribuiscono la facoltà di lavorare fino a settanta anni anche ai lavoratori già in possesso dei requisiti pensionistici prima dell'entrata in vigore della riforma, motivando tale interpretazione in base al carattere generale del principio di flessibilità introdotto dalla lettera b) del comma 1º del citato art. 24 e alla ratio di riduzione dei costi del sistema previdenziale. Corte d'Appello Torino 24 ottobre 2013 e Trib. Genova 12 novembre 2013, entrambe in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2014, ii, p. 223, lo escludono categoricamente in base al tenore letterale del terzo – e non del quarto – comma dell'art. 24 cit.

<sup>19</sup> Per i pubblici dipendenti, si veda art. 2, comma 4º, 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.

<sup>20</sup> I commi 3º e 14º del cit. art. 24 D.L. 201/2011.

<sup>21</sup> Si veda comma 3º art. 24 D.L. 201/2011. Cfr. Messaggio INPS 20 dicembre 2011, n. 24126, e Circ. INPS 14 marzo 2012, n. 35.

quanto la disciplina si rivolge a tutti i lavoratori dipendenti<sup>22</sup> e anche la previgente disciplina in materia – il già citato art. 6 D.L. 791/1981 – è pacificamente applicata ai dirigenti<sup>23</sup>, che possono prorogare l'attività lavorativa oltre l'età pensionabile, nonché oltre i termini previsti dalle clausole contrattuali di cosiddetta risoluzione automatica del rapporto<sup>24</sup>. Nei loro confronti, però, non si estenderebbero le tutele previste per gli altri lavoratori<sup>25</sup>.

Molto dibattuta<sup>26</sup> è l'applicazione della norma *de qua* nei confronti dei giornalisti, i quali non rientrano nell'Assicurazione generale obbligatoria dell'INPS, ma appartengono al regime previdenziale gestito dall'INPGI<sup>27</sup>, che certamente risponde alle caratteristiche di esclusività e sostitutività<sup>28</sup> richiamate dal comma 4° dell'art. 24, ma al tempo stesso sembra non conforme ad altre condizioni richieste dalla norma. L'INPGI adotta, infatti, il sistema retributivo per il calcolo della prestazione pensionistica, a cui non si potrebbe applicare il meccanismo di incentivazione introdotto dalla norma in questione. Inoltre, il settore giornalistico presenterebbe dei particolari “limiti ordinamentali”<sup>29</sup>, che indurrebbero a propendere per una risposta negativa<sup>30</sup>. Per tali ragioni, con l'ordinanza n. 23380 del 3 novembre 2014, la Corte di Cassazione ha sottoposto la questione all'esame del primo presidente per valutare l'opportunità dell'assegnazione alle Sezioni Unite.

Con la pronuncia n. 17589/2015, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha escluso che «nonostante l'ambiguità dell'espressione normativa, le disposizioni contenute nell'art. 24, comma 4, possano avere un'estensione così ampia da abbracciare anche posizioni assicurative ricomprese nell'ambito del successivo comma 24». Non risultano, però, pienamente convincenti le argomentazioni, che si limitano per lo più a richiamare il «disegno di contenimento della spesa previdenziale inserito nell'art. 24», rischiando di trasformare una previsione economica in un principio giuridico.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate anche sul riferimento dell'art. 24 ai “limiti ordinamentali”, affermando che, pur nella consapevolezza della «genericità della formulazione

<sup>22</sup> Si veda ultimo periodo del cit. art. 24, comma 4°, D.L. 201/2011.

<sup>23</sup> Si veda Cass. 5 febbraio 1998, n. 1197; Corte d'Appello Milano 27 dicembre 2010, n. 1070. Cfr. Cass. 12 agosto 1997, n. 7495.

<sup>24</sup> Cfr. G. Prosperetti, *Reintegrazione del dirigente licenziato per ragioni d'età, nonostante l'esercizio dell'opzione di rimanere in servizio*, in [http://www.studioprosperetti.it/sites/default/files/u\\_7/Parere\\_art\\_18\\_Dirigenti.pdf](http://www.studioprosperetti.it/sites/default/files/u_7/Parere_art_18_Dirigenti.pdf).

<sup>25</sup> Sul punto, si veda Trib. Roma 14 aprile 2014, in “Lavoro e Previdenza Oggi”, 2014, VII-VIII, p. 447: «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». Sul punto, si veda anche M. Russo, *Licenziamento del dirigente con requisiti pensionistici: tentativi di tutela nell'attuale quadro normativo*, in “Lavoro e Previdenza Oggi”, 2014, VII-VIII, p. 454.

<sup>26</sup> Cfr. Corte d'Appello Roma 24 giugno 2014 e Trib. Roma 11 febbraio 2014 (Est. Boeri), in “Notiziario di giurisprudenza del lavoro”, 2014, II, p. 223, che negano l'applicabilità della normativa ai giornalisti. *Contra*, Trib. Roma 24 febbraio 2014 (Est. Ambrosi) e Trib. Roma 17 dicembre 2013 (Est. Leone), entrambe in “Notiziario di giurisprudenza del lavoro”, 2014, II, p. 223; Trib. Milano 10 aprile 2013, in “Lavoro e Previdenza Oggi”, 2013, III-IV, p. 198; Trib. Milano 14 dicembre 2012.

<sup>27</sup> Per un approfondimento sul regime previdenziale INPGI e sulla “parificazione” tra AGO e gestione INPGI ai fini dell'applicabilità dell'art. 24, comma 4°, D.L. 201/2011, si veda 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 “Lavoro e Previdenza Oggi”, 2013, III-IV, p. 203.

<sup>28</sup> Si veda legge 20 dicembre 1951, n. 1564; legge 9 novembre 1955, n. 1122; legge 25 febbraio 1987, n. 67.

<sup>29</sup> Cfr. art. 33 CCNL Giornalisti, che prevede la risoluzione del rapporto per limiti di età al compimento dei 65 anni. I limiti ordinamentali a cui fa riferimento il comma 4° dell'art. 24 D. L. 201/2011 sono generalmente indicati dalla contrattazione collettiva e non in via normativa. Sul punto, si vedano Trib. Milano 11 luglio 2013 e Trib. Milano 17 giugno 2013. In dottrina, si veda S. Piccininno, *Età pensionabile flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2014, I, p. 38.

<sup>30</sup> In tal senso, si veda Corte d'Appello Roma 24 giugno 2014; Trib. Roma 22 maggio 2013, in [www.diritto24.ilo24ore.com](http://www.diritto24.ilo24ore.com), 28 maggio 2013. *Contra*, Cass. 6 ottobre 2014, n. 21002, che, però, affronta la questione sulla base della normativa pregressa: nel caso di specie, l'opzione di prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 legge 407/1990.

della disposizione legislativa”, secondo la lettura “più ragionevole [...] l’incentivazione al prolungamento del rapporto di lavoro non deve collidere con le disposizioni che, sul piano legislativo, regolano gli specifici compatti di appartenenza».

È, invece, esclusa la facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settanta anni per i pubblici dipendenti, 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 comma 4° dell’art. 24 in esame<sup>31</sup>, ha risolto l’acceso dibattito in materia<sup>32</sup>. Questa scelta politica conferma la finalità di contenimento dei costi della Pubblica Amministrazione.

### *3.2. Segue: l’esercizio della facoltà di prosecuzione e la sua qualificazione giuridica*

La norma in esame lascia irrisolto un nodo di tipo formale, che ha, però, evidenti ricadute pratiche: è necessaria la comunicazione espressa da parte del lavoratore della volontà di avvalersi della prosecuzione del rapporto fino a settant’anni? In quali modalità?

Nel silenzio della legge, le prime pronunce di merito hanno cercato di dare una risposta alla questione ora prospettata. Al riguardo, 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<sup>33</sup> – espressamente previsto sia dall’art. 6 D.L. 791/1981 che dall’art. 6 legge 407/1990 – e riconosce valore giuridico al comportamento concludente del dipendente che continui a prestare la propria attività pur in presenza del raggiungimento dei requisiti pensionistici<sup>34</sup>.

Altra questione concerne la qualificazione giuridica della prosecuzione del rapporto oltre l’età pensionabile. La giurisprudenza è divisa tra il riconoscimento di un diritto soggettivo<sup>35</sup> e il diritto potestativo<sup>36</sup>. Il Tribunale di Milano<sup>37</sup> usa indistintamente i due

<sup>31</sup> Il cit. comma 4° dell’art. 24 D.L. 201/2011 «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 trattamento 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».

<sup>32</sup> Cfr. Cinelli, *La Riforma delle pensioni del “Governo tecnico”*, cit., p. 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 “Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”, 2011, vi, p. 903. Si vedano anche TAR Lazio 10 gennaio 2013, n. 2446; Corte Cost. 27 febbraio 2013, n. 33; Nota del Dipartimento Funzione Pubblica n. 41876 del 16 settembre 2013. Cfr. I. Tricomi, *Collocamento a riposo dei dirigenti medici, garanzia costituzionale del minimo pensionabile e buon andamento dell’amministrazione: un caso emblematico*, in “Rivista di diritto della sicurezza sociale”, 2013, II, p. 417; G. Marino, *Il dirigente sanitario ha meno di 70 anni? Ha diritto a rimanere in servizio per ottenere il minimo della pensione*, in “Diritti & Giustizia”, 2013, p. 249; M. Miscione, V. Amato, *Pensione di vecchiaia e trattamento in servizio*, in “Diritti e pratica del lavoro”, 2014, n. 36, p. 1903.

<sup>33</sup> In tal senso, si veda anche Corte d’Appello Genova 8 gennaio 2014. Su questo punto è critica C. Murena, *Età pensionabile e recesso ad nutum nel decreto-legge n. 201/2011*, in “Diritto del lavoro e delle relazioni industriali”, 2014, III, p. 787.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> In tal senso, si veda Trib. Roma 24 febbraio 2014.

<sup>36</sup> 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: si veda, tra gli altri, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2004, p. 61. Contra F. Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, in “Enc. Dir.”, XII, 1964, p. 752.

<sup>37</sup> 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 verificate 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».

termini, mentre il Tribunale di Roma<sup>38</sup> in più occasioni 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 programmatico<sup>39</sup>. Secondo tale pronuncia, la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici sarebbe subordinata al consenso del datore di lavoro<sup>40</sup> e alla sussistenza di un interesse economico – del datore di lavoro o dell’ente previdenziale<sup>41</sup> – al proseguimento del rapporto<sup>42</sup>.

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), l’art. 24, comma 4°, così come formulato, dovrebbe riconoscere al lavoratore pensionabile un diritto potestativo<sup>43</sup> – così come avviene per l’opzione prevista dal cit. art. 6 D.L. 791/1981<sup>44</sup> – rispetto al quale è irrilevante il consenso del datore di lavoro.

In tale prospettiva, il datore di lavoro non dovrebbe far nulla per permettere la realizzazione del diritto del lavoratore (ad esempio, mediante accettazione), ma non potrebbe neanche impedirla. E potrebbe legittimamente esercitare il recesso solo in presenza di una giusta causa o un giustificato motivo<sup>45</sup>.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, però, non riconosce al comma 4° dell’art. 24 alcun «diritto potestativo, in quanto la norma non crea alcun automatismo ma solo prefigura la formulazione di condizioni previdenziali che costituiscano un incentivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro per un lasso di tempo che può estendersi fino a settanta anni»<sup>46</sup>. Pertanto, le parti – cioè, il lavoratore che abbia già maturato il diritto al trattamento pensionistico e il datore di lavoro – devono «consensualmente» stabilire la prosecuzione del rapporto «sulla base di una reciproca valutazione di interessi».

Risulta evidente che tale interpretazione finisce per vanificare la portata della norma<sup>47</sup> e rende superfluo il riferimento normativo all’«efficacia delle disposizioni di cui all’art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni fino al conseguimento del

<sup>38</sup> Trib. Roma 5 novembre 2013 (Est. Mimmo). In tal senso, si veda anche Trib. Roma 17 dicembre 2013 (Est. Leone), Trib. Roma 14 aprile 2014 (Est. Gandini).

<sup>39</sup> «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.

<sup>40</sup> *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».

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> In tal senso, si veda anche P. Pozzaglia, *La prosecuzione incentivata del rapporto di lavoro sino al settantesimo anno di età*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 2014, vii, p. 450.

<sup>44</sup> L’opzione di cui all’art. 6 D.L. 791/1981 è pacificamente riconosciuta come diritto potestativo: si vedano Cass. 16 dicembre 1986, n. 7574, in “Foro italiano”, 1987, II, p. 391; Trib. Taranto 26 settembre 1986, in “Foro italiano”, 1987, II, 392; Pret. Genova 26 gennaio 1988, in “Lav80”, 1988, 514.

<sup>45</sup> In tal senso, si veda Corte d’Appello Genova 8 gennaio 2014.

<sup>46</sup> Cass. SS.UU., n. 17589/2015, cit.

<sup>47</sup> Sul punto si veda Trib. Torino 29 marzo 2013.

predetto limite massimo di flessibilità», in quanto la tutela contro il licenziamento ingiustificato opererebbe solo in presenza del consenso da parte del datore di lavoro alla continuazione del rapporto. Al contrario, in mancanza di accordo tra le parti, al raggiungimento dei requisiti pensionistici il rapporto sarebbe recedibile *ad nutum*, a prescindere dalla volontà del lavoratore di avvalersi dell'incentivazione alla prosecuzione.

#### 4. LE TUTELE NEI CONFRONTI DEL LAVORATORE PENSIONABILE CHE INTENDA PROSEGUIRE L'ATTIVITÀ FINO A SETTANT'ANNI

Il legislatore del 2011 ha scelto di tutelare l'incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro estendendo le garanzie dell'art. 18 Stat. lav. fino ai settant'anni di età. Nel frattempo, però, l'art. 18 è stato notevolmente modificato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, che, fermo restando le fattispecie di giusta causa e giustificato motivo, ha completamente rimodellato il regime sanzionatorio<sup>48</sup>. Inoltre, è entrato in vigore il 7 marzo 2015 il decreto delegato n. 23 del 4 marzo 2015, avente ad oggetto il contratto a tutele crescenti, cioè un'incisiva modifica del regime sanzionatorio per i licenziamenti illegittimi intimati ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della nuova normativa.

In considerazione di ciò, assume particolare rilevanza l'analisi del grado di illegittimità del licenziamento<sup>49</sup> del lavoratore pensionabile che abbia esercitato l'opzione di cui al comma 4° dell'art. 24. È necessario stabilire se si tratti di licenziamento nullo – in quanto discriminatorio<sup>50</sup> o per previsione di legge<sup>51</sup> o, ancora, per motivo illecito determinante<sup>52</sup> – oppure illegittimo perché intimato senza giusta causa o giustificato motivo, o addirittura valido<sup>53</sup>, benché il lavoratore abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

<sup>48</sup> Per un approfondimento, si veda A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, I, p. 436; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, III, p. 547; M. Marazza, *L'art. 18 nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, III, p. 612; A. Vallebona, *L'ingiustificatazza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2012, III, p. 621.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Trib. Genova 4 ottobre 2012.

<sup>51</sup> 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°, D.L. 201/2011 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*.

<sup>52</sup> 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 concretrerebbe un recesso determinato da un motivo illecito determinante, vale a dire l'età, illecitità 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».

<sup>53</sup> 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 protestativo 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».

Le prime pronunce di merito sono contrastanti e offrono l'occasione di una riflessione sulla riconducibilità della fattispecie concreta al licenziamento discriminatorio per ragioni di età<sup>54</sup>.

La Corte di Giustizia ha più volte affrontato la questione della discriminazione per età<sup>55</sup>, 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 cosiddetta 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 necessari<sup>56</sup>. In tema di recesso *ad nutum* per raggiungimento di un'età massima, il giudice dell'Unione Europea 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 salute<sup>57</sup>.

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, comma 2°, 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 collettivi<sup>58</sup> e ha ritenuto legittima la scelta del datore di lavoro di licenziare i lavoratori pensionabili<sup>59</sup>. Recenti pronunce di merito hanno, in tal senso, sottolineato come il criterio della prossimità alla pensione riduca al minimo

<sup>54</sup> 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 “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2011, III, p. 928; M. V. Ballestrero, *Pensionati recalcatranti e discriminazione fondata sull'età*, in “Lavoro e diritto”, 2011, p. 142. Cfr. M. P. Monaco, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 2010, p. 881; O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, p. 125.

<sup>55</sup> Si veda Corte Giust. 26 settembre 2013, C-476/11; 5 luglio 2012, C-141/11; 13 settembre 2011 C-447/09 (R. Prigge/Deutsche Lufthansa); 12 gennaio 2010, C-341-08. Si veda anche R. Zucaro, *La Corte di Giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti della Deutsche Lufthansa*, in “Diritto delle relazioni industriali”, 2011, IV, p. 1187; D. Izzì, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2013, I, p. 126; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'UE: alcune questioni problematiche*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2013, p. 177; M. Russo, *Il licenziamento discriminatorio per età pensionabile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in www.diritto.it. Diritto & Diritti Rivista giuridica elettronica, settembre 2014.

<sup>56</sup> La verifica di tali circostanze spetta al giudice nazionale.

<sup>57</sup> Ad esempio, nel settore delle forze armate, dei piloti di volo e dei vigili del fuoco: si veda Corte Giust. 21 luglio 2011, C-159/10 e C-160/10; 12 ottobre 2010, C-45/09; 12 gennaio 2010, C-229/08. Cfr. M. Mocella, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2011, II, p. 515; F. Schiavetti, *Limits e deroghe al divieto di discriminazione per età*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2010, IV, p. 660.

<sup>58</sup> 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».

<sup>59</sup> 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». In tal senso, si veda anche, da ultimo, Cass. 11 marzo 2013, n. 5965.

l'impatto sociale negativo, in quanto i lavoratori possono sostituire il reddito da lavoro con il trattamento pensionistico<sup>60</sup>.

Più delicata – e finora poco vagliata in sede giudiziale – 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 lavoro<sup>61</sup> – senza assumersi il rischio e la difficoltà di provare l'intento discriminatorio<sup>62</sup>.

In seguito alla modifica dell'art. 18 Stat. lav. e all'introduzione del contratto a tutele crescenti è assai probabile prevedere un incremento delle censure di nullità fondate sul motivo discriminatorio al fine di ottenere la tutela reintegratoria piena prevista dal primo comma<sup>63</sup>.

Una pronuncia *apripista* è sicuramente quella del Tribunale di Genova<sup>64</sup>, che qualifica come discriminatorio 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.

È opportuno ricordare, inoltre, che il licenziamento discriminatorio per età comporta la reintegrazione nel posto di lavoro e l'indennità risarcitoria in misura piena<sup>65</sup> anche per i lavoratori occupati in aziende con meno di quindici dipendenti<sup>66</sup> e per i dirigenti<sup>67</sup>, nonché per i titolari del cosiddetto contratto a tutele crescenti<sup>68</sup>.

Il rilevato contrasto giurisprudenziale sulle tutele apprestate dall'art. 24, comma 4°, D.L. 201/2011 finisce per frustrare le esigenze di certezza provenienti non solo dai lavoratori, ma anche dai datori di lavoro. Sciogliendo l'intricato nodo del termine di operatività del recesso *ad nutum* nei confronti dei lavoratori pensionabili<sup>69</sup>, gli imprenditori sarebbero in grado di gestire le proprie risorse umane attraverso una valida programmazione di politiche di ricambio occupazionale<sup>70</sup>, evitando i costi e le lungaggini dei contenziosi giudiziari.

<sup>60</sup> Si veda Trib. Reggio Calabria 12 settembre 2013; Trib. Agrigento 26 settembre 2013; Trib. Roma 7 ottobre 2013; Trib. La Spezia 9 ottobre 2013.

<sup>61</sup> Art. 5 legge 15 luglio 1966, n. 604.

<sup>62</sup> *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°, 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 (cosiddetto *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.

<sup>63</sup> Per un approfondimento, si vedano M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2013, I, p. 139; P. Bellocchi, *Il licenziamento discriminatorio*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2013, IV-V, p. 830.

<sup>64</sup> Trib. Genova 4 ottobre 2012. *Contra*, Trib. Genova 11 novembre 2013, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2014, II, p. 373, con nota di V. Ferrante, *Licenziamento dell'ultrasessantenne in possesso dei requisiti per la pensione (art. 24, co. 4 D.L. 201/2011): lex minus dixit quam voluit?*

<sup>65</sup> Art. 18, commi 1° e 2°, Stat. lav.

<sup>66</sup> Art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108.

<sup>67</sup> Art. 18, comma 1°, Stat. lav.

<sup>68</sup> Art. 2 D.Lgs. 23/2015.

<sup>69</sup> Come visto, le pronunce in materia sono numerose e contrastanti. Si veda, però, sul punto Cass. SS.UU., n. 17589/2015.

<sup>70</sup> D'Ambrosio, in *Il licenziamento ad nutum del lavoratore*, 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*.

## 5. EFFETTI DELLA DISCIPLINA SUL MERCATO DEL LAVORO: OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Una volta individuate – o, almeno, prospettate – le possibili tutele nei confronti dei dipendenti che intendano continuare a lavorare oltre l'età pensionabile, è, però, necessario, interrogarsi sulle conseguenze che tale scelta politica ed economica ha sul mercato del lavoro.

Se da un lato l'incentivo al differimento volontario dell'età pensionabile si colloca in un'ottica di attuazione delle politiche di invecchiamento attivo<sup>71</sup> – l'*active ageing* promosso dall'Unione Europea<sup>72</sup> –, 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 giovanile<sup>73</sup>. E trovare un contemperamento tra interessi ed esigenze contrastanti non è facile.

Un tentativo nella prospettiva dell'avvicendamento generazionale può essere ravvisato nell'introduzione di misure incentivanti all'esodo dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti per il pensionamento, previste dall'art. 4, commi da 1° a 7°-ter, legge 92/2012<sup>74</sup>. Inoltre, per contemperare le esigenze dei lavoratori anziani<sup>75</sup> con le legittime aspirazioni dei giovani e attuare in maniera non traumatica il ricambio generazionale, si sono registrati negli ultimi anni alcuni – auspicabili – tentativi di *riscoperta*<sup>76</sup> dei contratti di solidarietà espansivi, completamente trascurati per un trentennio e recentemente disciplinati dall'art. 41 del D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 148.

Contestualmente si assiste alla promozione dei cosiddetti patti generazionali<sup>77</sup>, per i

<sup>71</sup> Cfr. P. De Nardis, *Il testimone è caduto: giovani e anziani nel mercato del lavoro*, in [http://host.uniroma3.it/associazioni/astril/attività\\_svolte\\_files.aspx?id=19](http://host.uniroma3.it/associazioni/astril/attività_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». Si veda 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.

<sup>72</sup> Il 2012 è stato dichiarato anno europeo per l'invecchiamento attivo al fine di sensibilizzare la solidarietà tra generazioni.

<sup>73</sup> Cfr. Cinelli, *La Riforma delle pensioni del "Governo tecnico"*, cit., p. 385. Si veda anche M. Simoni (a cura di), *URG! Urge ricambio generazionale. Primo rapporto su quanto e come il nostro Paese si rinnova*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2009.

<sup>74</sup> Al riguardo, si veda Circ. MLPS 19 giugno 2013, n. 24. Per un approfondimento, si vedano P. Sandulli, *L'esodo incentivato*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino 2013, p. 559; G. Ferraro, *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2013, n. 189, p. 27.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> Cfr. Interpello del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 23 ottobre 2013, n. 28. Si veda contratto di solidarietà espansivo siglato a Reggio Emilia in data 18 febbraio 2013 tra le organizzazioni sindacali e l'IFOA in [http://net.ifoia.it/PressArea/Allegati/119/solidariet%C3%A0%20espansiva\\_rassegna%20web\\_20131104040047.pdf](http://net.ifoia.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 ooss e la Società L'Isola Verde 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.

<sup>77</sup> Cfr. CCNL Chimico Farmaceutico 2013-15, 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*».

quali sono stati stanziati fondi statali<sup>78</sup> in vista di accordi tra le Regioni e le parti sociali<sup>79</sup> finalizzati alla realizzazione di una sorta di *staffetta generazionale*<sup>80</sup>, consistente in una riduzione dell'orario di lavoro dei dipendenti vicini al pensionamento a fronte dell'assunzione a tempo indeterminato di giovani, anche con contratto di apprendistato.

In tal modo, al tradizionale e repentino *turn-over* subentrerebbe un sistema di graduale trasmissione del *know-how* aziendale, in un'ottica di solidarietà intergenerazionale e di valorizzazione di risorse e competenze. Ciò potrebbe garantire continuità e – al tempo stesso – innovazione nell'assetto gestionale dell'impresa<sup>81</sup> e comporterebbe positivi effetti occupazionali nel mercato del lavoro.

<sup>78</sup> Si vedano decreti direttoriali del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 25 giugno 2012, n. 481, e del 19 ottobre 2012, n. 807.

<sup>79</sup> Cfr. L. Guaglione, *Parti sociali e politiche di ageing. Una sfida tutta da giocare*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2015, II, p. 326.

<sup>80</sup> Per la Regione Lombardia, si vedano, da ultimo, d.d.g. 2 febbraio 2015, n. 665 e in precedenza d.d.g. 28 febbraio 2013, n. 1676; per la Regione Piemonte, si veda d.d.g. 2 luglio 2013, n. 18-6043; per la Regione Lazio si veda 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.

<sup>81</sup> Cfr. C. Sorci, *La prefigurazione del ricambio generazionale nell'impresa*, in AA.VV., *Continuità e ricambio generazionale nell'impresa*, Giuffrè, Milano 1995, p. 1.