

Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo

GUIDO VIDIRI

Giudice di Cassazione, Sezione Lavoro

1. - *Il risarcimento del danno ex art. 18, 4° co., st. lav.* — Come è noto l'art. 18 st. lav., nel testo introdotto dalla l. 11 maggio 1990, n. 108, stabilisce che il giudice, allorché ordina la reintegrazione nel posto di lavoro, condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, stabilendo una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione e che in ogni caso la misura del risarcimento del danno non può essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

Condanna altresì il datore di lavoro al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali relativi al citato periodo.

Sommario: 1. - Il risarcimento del danno ex art. 18, 4° co., st. lav. — 2. - Norme codicistiche (artt. 1218, 1223 e ss. e 1464 c.c.) e danno da licenziamento illegittimo. — 3. - La quantificazione del danno, l'*aliud perceptum* e l'indennità sostitutiva della reintegrazione. — 4. - Il risarcimento del danno nel licenziamento inefficace ex art. 2, l. n. 604/1966.

Contrariamente a quanto statuiva il vecchio testo, non viene più operata alcuna diversificazione tra momento precedente la sentenza di reintegra e periodo ad essa successivo (1), tanto che si è evidenziato come il nuovo disposto dell'art. 18 st. lav. sembri — almeno apparentemente — avere rimosso la linea di confine rappre-

sentata dalla pronuncia giudiziale (facendosi riferimento ad un generico e diffuso «risarcimento danni» che ricopre l'intero periodo di carenza funzionale del rapporto), e come il posto di lavoro divenga un «bene fungibile a scelta del dipendente», sì che il lavoratore può decidere di non riprendere servizio, anche a fronte dell'invito datoriale, optando per una ulteriore indennità economica che va ad aggiungersi alle attribuzioni spettanti in conseguenza dell'illegitto licenziamento (2).

La non chiara formulazione delle modifiche apportate all'iniziale testo dell'art. 18 st. lav. ha determinato in dottrina una disparità di opinioni in ordine alla qualifica delle attribuzioni economiche riconosciute al lavo-

N.B. Lo scritto riproduce — con integrazioni e l'aggiunta di note esplicative — la relazione all'Incontro-dibattito su «Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo», organizzato dal Centro Studi di diritto del lavoro «Domenico Napoletano» (Napoli, 26 novembre 2001).

(1) La nuova formulazione dell'art. 18 st. lav. si differenzia dalla precedente perché il vecchio testo distingueva due fasi, prevedendo per il tempo corrente tra l'estromissione del lavoratore e la sentenza di condanna alla reintegra il «risarcimento del danno subito» da calcolarsi in misura non inferiore a cinque mensilità di retribuzione e secondo i criteri dell'art. 2121 c.c., e contemplando per il periodo corrente dalla data della sentenza a quella della disposta reintegra l'obbligo del datore di lavoro inottemperante al *decisum* di corrispondere tutte le retribuzioni dovute in virtù della ricostruzione giudiziale del rapporto.

La giurisprudenza in relazione alla lettura di detta disposizione aveva riconosciuto: a) l'indipendenza, rispetto alla reintegra, del risarcimento del danno, che spettava in ogni caso e, quindi, anche quando il lavoratore aveva rinunciato a detta reintegra (cfr. Cass. Sez. Un., 23 aprile 1987 n. 3957, in questa rivista 1987, 214); b) la configurabilità accanto alla presunzione assoluta del danno (consistente nel diritto alla cinque mensilità di retribuzione) di una presunzione *iuris tantum* (per il periodo successivo ai cinque mesi dal licenziamento ma antecedente la sentenza di reintegra) di parametrizzazione del danno al trattamento economico perso dal lavoratore, con possibilità al riguardo di prova contraria non solo da parte del datore di lavoro sull'*aliud perceptum* (e sul *perceptendum*) al fine di ridurre l'entità dei danni da risarcire, ma anche da parte dello stesso lavoratore al fine, invece, di dimostrare l'esistenza di ulteriori danni patiti a seguito dell'estromissione dal posto di lavoro (cfr. tra le altre: Cass. 3 maggio 1990, n. 3686, in «Or. giur. lav.» 1990, 197; Cass. 26 gennaio 1989, n. 473, in questa rivista 1989, 210); c) l'inesistenza di qualsiasi onere probatorio per il lavoratore in relazione al «danno retributivo» sofferto attesa la diretta consequenzialità logica tra declaratoria della nullità del licenziamento e spettanze delle somme che lo stesso dipendente avrebbe percepito in assenza dell'atto interruttivo della concreta funzionalità del rapporto (cfr. tra le altre Cass. 28 novembre 1984, n. 6213, *ibidem* 1985, 68 e Cass. 4 ottobre 1982, n. 5087, in «Not. giurispr. lav.» 1983, 87), con conseguente impossibilità di sottrarre per il caso di inottemperanza alla sentenza di reintegra l'*aliunde perceptum* attesa, appunto, la permanenza del vincolo retributivo pur in assenza della prestazione lavorativa (permanenza che funzionava da evidente stimolo per il datore di lavoro a ripristinare anche di fatto il rapporto stesso) (cfr. *ex plurimis*: Cass. 2 ottobre 1986, n. 5838, in «Foro it. - Mass.» 1986; Cass. 11 luglio 1981, n. 4533, in «Dir. lav.» 1981, II, 266).

(2) In questi termini v. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano 1999, 827.

ratore e sul criterio di determinazione delle stesse.

Così un primo orientamento ha ritenuto che — per tutto il periodo che va dal licenziamento alla reintegra — alle somme dovute dal datore di lavoro debba riconoscersi una identica natura risarcitoria (3), con la conseguenza che risulterebbe in tal modo consentita la detrazione dell'*aliud perceptum* (o in contrario la liquidazione del maggior danno subito dal lavoratore) anche successivamente all'ordine di reintegrazione, contrariamente a quanto la giurisprudenza aveva concordemente affermato sotto la vigenza dell'originario testo dell'art. 18 st. lav. (4).

Un altro orientamento ha sostenuto, invece, che nel caso di specie si sia in presenza di un risarcimento danni in senso speciale, che si concretizzerebbe in una forma rigida di forfettizzazione consistente nell'obbligo di corrispondere somme dovute a titolo di inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (rimasto in vita in seguito all'invalidità del licenziamento anche se non funzionalmente operante), sicché al lavoratore spetterebbero tutte e soltanto le retribuzioni perse senza possibilità di detrarre l'*aliud perceptum*.

tum o di aggiungere il maggior danno subito dal lavoratore (5).

Nel ricco panorama dottrinario altra tesi, pur condividendo l'assunto che non vi sia più spazio per una valutazione del danno diversa dalla soglia minima rappresentata dalla «retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella della effettiva reintegra», per fungere tale danno da «zoccolo duro al di sotto del quale non è consentito andare», si è dimostrata però propensa a riconoscere al lavoratore il diritto alla liquidazione di un eventuale maggior danno subito in ragione del licenziamento, accentuando in tal modo il carattere sanzionatorio e compulsivo della declaratoria di illegittimità del licenziamento (6).

Infine, per altra opinione l'art. 18 st. lav. ha di fatto mantenuto la distinzione tra fase *pre* e *post* sentenza per cui, rifiutando una concezione forfettaria del danno, ha riconosciuto un regime risarcitorio nel primo periodo, con possibile detraibilità dell'*aliud perceptum* e del *perceptum* (e ripetizione del danno ulteriore subito dal lavoratore), ed un sistema strettamente retributivo nel secondo periodo, in cui la retribuzione globale di fatto non tollera, di

contro, alcuna deduzione dovendo essere corrisposta «come effetto (costitutivo) della sentenza di condanna, condizionato all'inottemperanza dell'ordine di reintegrazione e, quindi, come diretta conseguenza di quella inottemperanza» (7).

Il primo degli indirizzi indicati risulta più convincente sulla base di una interpretazione letterale e logico-sistemica dell'art. 18 st. lav.

Detta disposizione parlando, infatti, di «risarcimento» e di «commisurazione» (e non di «identità») alla retribuzione mostra chiaramente l'intento legislativo di assoggettare le conseguenze derivanti da un illegittimo licenziamento alle regole vigenti in materia risarcitoria e di riferirsi alla retribuzione quale mero parametro di calcolo per la quantificazione del pregiudizio economico sofferto dal lavoratore, di regola coincidente con l'importo degli emolumenti economici non riscossi, senza con ciò escludere in alcun modo che l'importo così parametrato possa in concreto essere aumentato o diminuito se rispettivamente il lavoratore ed il datore riescano a provare la ricorrenza di circostanze idonee a lievitare o ridurre la misura del risarcimento (8).

(3) Al riguardo v. DE LUCA, *Nuova disciplina dei licenziamenti individuali: note minime in tema di tutela forte*, in «Dir. lav.» 1993, I, 529; PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova 1993, 56; ID., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in «Riv. it. dir. lav.» 1990, I, 259; ROMAGNOLI, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro?*, in «Riv. it. dir. proc. civ.» 1990, 1221.

(4) Alla giurisprudenza già citata alla nota 1 *adde* anche: Cass. 16 febbraio 1982, n. 974, in «Foro it.» 1982, I, 2549 con nota di PRESTIPINO, ed in «Giust. civ.» 1982, I, 2133, e, per i giudici di merito, Trib. Milano 23 gennaio 1980, in «Or. giur. lav.» 1980, 463.

(5) Cfr. per tale opinione tra i primi commentatori alla l. n. 108 del 1990, SANDULLI, VALLEBONA, PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova 1990, 41 ss.; PROTO-PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in «Foro it.» 1990, V, 368, per il quale la soluzione di completa forfettizzazione del danno accolta dal legislatore è apprezzabile, per un verso, perché consente al giudizio avente ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità o meno del licenziamento di pervenire in tempi più rapidi alla sentenza relativa (evitando lungaggini per l'accertamento degli effettivi danni subiti dal lavoratore dal giorno della sentenza a quello della effettiva reintegra) e perché, per altro verso, permette che la sentenza dichiarativa di illegittimità del licenziamento possa contenere anche la condanna in futuro al risarcimento dei danni che matureranno, sì da agire quale «misura coercitiva diretta a premere psicologicamente sul datore di lavoro perché ottemperi alla sua obbligazione principale di reintegra».

(6) In questi termini v., NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli 1990, 184 ss.; FERRARO, *Commento all'art. 1 della l. 11 maggio 1990, n. 108*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, a cura di Ferraro, Napoli 1990, 15.

(7) Così D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in «Foro it.» 1990, V, 359 ss., cui *adde* MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Torino 1991, 128 ss., per il quale sarebbe, peraltro, dimostrabile il danno ulteriore mentre non sarebbe detraibile l'*aliud perceptum*.

(8) Per una simile lettura dell'art. 18 st. lav., v. BIANCHI D'URSO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in questa rivista 1991, 344, e successivamente BOGHETICH, *Il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 1, l. n. 108/90: la Cassazione opta per la tesi risarcitoria*, *ibidem* 1995, 422 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

Per di più, la previsione della garanzia di un risarcimento minimo non sarebbe stata necessaria se il giudice fosse stato strettamente vincolato alla retribuzione sicché detta previsione sembra attestare, piuttosto, la volontà legislativa di muoversi all'interno delle regole del danno contrattuale e di assicurare — con non marginali affinità con la clausola penale di cui all'art. 1382 c.c. — al lavoratore illegittimamente licenziato una soglia minima in funzione sanzionatoria del provvedimento giudiziale (9).

E che ci si muova ora in un'ottica in cui il risarcimento del danno debba essere valutato e liquidato in un contesto unitario, senza cioè la distinzione tra periodi anteriori o successivi alla sentenza di condanna, si evince, oltre che dai lavori preparatori dell'art. 1 della l. n. 108 del 1990 (in sede di approvazione del testo definitivo dell'art. 18 st. lav. venne respinta la proposta di l. n. 446 dell'on. Ghezzi tesa ad introdurre l'obbligo integrale del datore di lavoro di pagare tutte le retribuzioni perse dal lavoratore), anche dall'assoluto silenzio sul punto della suddetta legge. Invero, l'intento di confermare il precedente sistema risarcitorio si sarebbe certamente concretizzato, se esistente, in una espressa presa di posizione in ordine alle delicate e

controverse questioni che erano emerse proprio per il distinguo tra diverse fasi temporali operato dalla abrogata normativa (10).

In senso critico poi verso opinioni che reputano possibile in sede di liquidazione del danno solo un adeguamento in *melius* a favore del lavoratore — disconoscendo di contro ogni detraibilità dell'*aliud perceptum* (e del *perceptendum*) nonché delle conseguenze del fatto colposo del dipendente — va ribadito come la lettera della legge non conforti affatto soluzioni a senso unico, non fornendo impedimento alcuno alla possibilità di detrazioni di ogni genere (11).

2. - *Norme codicistiche (artt. 1218, 1223 e ss. e 1464 c.c.) e danno da licenziamento illegittimo.* — La ricostruzione teorica, di cui da ultimo si sono esposti i più significativi passaggi, risulta condivisa dal giudice delle leggi (12) e dalla giurisprudenza di legittimità (13).

La sua accettazione determina importanti ricadute sul versante del diritto sostanziale e processuale.

Ed invero, dalla opzione ermeneutica accolta consegue che il risarcimento del danno va commisurato al pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore, previa utilizzazione, come parametro di riferimento, della

sua retribuzione globale di fatto, suscettibile però di essere ridimensionata o aumentata alla stregua dei principi civilistici (artt. 1223 e ss., c.c.), che non consentono né arricchimenti ingiustificati né ristori patrimoniali di pregiudizi comunque addebitabili alla colpa del creditore o alla sua mancata diligenza (art. 1227 c.c.).

Soluzione questa che, come si è osservato, si lascia preferire anche per evidenti ragioni sistematiche.

Nei casi in cui il danno fosse modesto (per avere il lavoratore, subito dopo il licenziamento, trovato altra occupazione) e l'intervallo tra il licenziamento e la sentenza fosse lungo (anche in ragione di un tardivo ricorso alla sede giudiziaria da parte del lavoratore e di una non sollecita condotta processuale) la corrispondenza a titolo di danni di tutte le retribuzioni non ricevute a partire dal momento del licenziamento determinerebbe una liquidazione del tutto sproporzionata e tale da far sorgere, per la sua irragionevolezza, consistenti dubbi di costituzionalità (14).

Ulteriore corollario di quanto sinora detto è che, alla stregua del disposto dell'art. 1218 c.c., il datore di lavoro non è tenuto al risarcimento del danno nel caso in cui fornisca la prova che l'inadempimento dipende da causa a lui non imputabile, cioè da

(9) Parla della misura minima di cinque mensilità come «una sorta di penale avente la sua radice nel rischio di impresa»: Cass. 21 settembre 1998, n. 9464, in questa rivista 1999, 137, (con nota critica di RONDO, *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta, errore incolpevole del datore di lavoro e risarcimento dei danni ex art. 18 st. lav.*), che precisa altresì come essa possa assumere la funzione di un assegno di tipo, in senso lato, assistenziale nel caso di assenza di una responsabilità di tipo soggettivo a capo del datore di lavoro.

(10) Per tali considerazioni cfr. BOGHETICH, *op. cit.*, 425-426.

(11) Cfr. ancora in tali termini BOGHETICH, *op. cit.*, 427.

(12) Cfr. Corte cost. 22 dicembre 1998, n. 420, in questa rivista 1999, 137 ed in «Or. giur. lav.» 1998, 960, per la testuale affermazione che «la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per l'illegittimo licenziamento intimato in regime di tutela c.d. reale, non si discosta dalla disciplina ordinaria» perché implica comunque, per il danno eccedente la misura minima di cinque mensilità, la sussistenza della colpa del datore di lavoro «in mancanza della quale non c'è danno ulteriore risarcibile».

(13) Cfr. al riguardo Cass. 28 aprile 1995, n. 4743, in questa rivista 1995, 422, cui *adde*, in epoca più recente, Cass. 11 maggio 2000, n. 6042, in «Not. giur. lav.» 2000, 764; Cass. 21 settembre 1998, n. 9464, *cit.*, che dopo avere precisato come il legislatore in relazione alla indennità commisurata alla retribuzione non goduta (che superi la soglia minima prefissata) abbia introdotto una presunzione *iuris tantum*, aggiunge poi che «vertendosi in una ipotesi di risarcimento del danno occorre, pur sempre, che al risarcimento il datore di lavoro possa considerarsi tenuto, sicché si rende necessario rifarsi alla disciplina dettata dal codice civile in tema di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento delle obbligazioni, rispetto alla quale l'art. 18 st. lav. non ha introdotto elementi distintivi».

(14) Per tale considerazione cfr. SANDULLI, VALLEBONA, PISANI, *op. cit.*, 44.

(15) Per la statuizione che l'art. 1218 c.c. debba essere interpretato ed applicato in correlazione all'art. 1176 c.c. (che prescrive l'osser-

un comportamento non addebitabile in alcun modo a sua colpa (15). Così il datore di lavoro, al di là delle cinque mensilità di retribuzione, non è tenuto — per il periodo anteriore alla pronunzia della sentenza dichiarativa della illegittimità del licenziamento — al risarcimento dei danni allorquando abbia disposto il licenziamento a seguito di plurimi certificati medici, provenienti da servizi specialistici di strutture pubbliche, attestanti l'incapacità fisica del lavoratore all'esercizio delle mansioni svolte (16); o allorquando, in applicazione di una vigente disposizione legislativa di prepensionamento, ab-

bia disposto il licenziamento del lavoratore, poi riassunto in servizio a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di tale disposizione (17).

Così deve ritenersi che il datore di lavoro non sia tenuto al risarcimento del danno neanche quando abbia proceduto al licenziamento a seguito di un provvedimento dell'autorità amministrativa attestante una grave ipotesi di incompatibilità ambientale nella protrazione del lavoro come, ad esempio, nella fattispecie in cui il commissario straordinario, nominato dopo lo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazione ma-

fiosa, abbia indicato come contiguo ad associazione criminale un dipendente di impresa appaltatrice del servizio di nettezza urbana, successivamente assolto da ogni accusa al riguardo (18).

La regola generale secondo cui i danni risarcibili sono solo quelli legati da un nesso di causalità adeguata (o di regolarità causale) con l'illecito, comporta l'esclusione di ogni obbligo risarcitorio per tutti quei periodi in cui il rapporto lavorativo non ha potuto avere regolare svolgimento per fatti oggettivi, come avviene: nel caso di detenzione del lavoratore (19).

vanza dell'ordinaria diligenza quale canone di valutazione del comportamento dell'obligato) vedi: Cass. 11 maggio 2000, n. 6042, cit., anche per la precisazione che la prova liberatoria da fornire dal debitore non si sostanzia esclusivamente in quella positiva del caso fornito o della forza maggiore, potendosi considerare raggiunta anche quando viene dimostrato che l'inadempimento sia stato determinato da fattori puramente soggettivi ed appaia scusabile. In senso conforme Cass. 12 luglio 1995, n. 7619, in «Not. giurisp. lav.» 1995, 592; Cass. 30 ottobre 1986, n. 6404, in «Giur. it.» 1987, I, 1, 2060.

In dottrina è presente un più articolato dibattito in ordine al contenuto della prova liberatoria, in quanto a fronte della più seguita opinione secondo cui la responsabilità — proprio per la necessaria correlazione che deve sussistere tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c. — risulta configurabile solo allorquando l'obligato sia in colpa (cfr. in tali sensi: BIANCA, *La responsabilità*, Milano 1994, 17 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano 1970, 874 ss., secondo il quale per tutti quei rapporti diversi da quelli in cui la condotta da tenere consiste proprio nell'impedire la sopravvenuta impossibilità della prestazione — come avviene nelle obbligazioni di consegnare o restituire ovvero di trasferire una cosa certa e determinata — l'art. 1218 c.c. debba essere, appunto, letto anche alla stregua dell'art. 1176 c.c.), si riscontra altro più rigoroso indirizzo che invece reputa che l'art. 1218 c.c. stabilisca un criterio di attribuzione oggettiva della responsabilità sicché l'inadempimento prescinde dalla sussistenza della colpa e viene meno solo in presenza di un fatto non eziologicamente collegato all'obligato (per tale più rigorosa tesi cfr. per tutti: VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano 1987, 123 ss.; TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.» 1970, 513-514).

Per una chiara sintesi delle diverse opinioni dottrinarie e giurisprudenziali in materia e per la loro utilizzabilità nel campo giuslavoristico vedi: RONDO, *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta*, cit., 145-146.

(16) Cfr. Cass. 21 settembre 1998, n. 9694, cit.

(17) Cfr. in tali sensi: Cass. 3 febbraio 1999, n. 941, in «Or. giur. lav.» 1999, 192, che ribadisce anche come al lavoratore non possano essere pagate le retribuzioni in mancanza delle corrispondenti prestazioni lavorative atteso che il rapporto di lavoro subordinato è retto sul principio della corrispettività in base al quale — salve le deroghe tassativamente previste per legge — non può esservi retribuzione senza la corrispondente prestazione lavorativa; Cass. 26 luglio 1996, n. 6744, in questa rivista 1997, 87 (con nota di PILEGGI, *Età pensionabile e danno da licenziamento illegittimo*), che in applicazione dell'art. 1225 c.c. ha escluso la commisurabilità del danno alle retribuzioni successive al compimento dell'età pensionabile, non potendosi prevedere all'epoca del disposto licenziamento la sopravvenienza dell'art. 6, l. n. 26 febbraio 1982, n. 54 e dovendosi, comunque, escludere il dolo del datore di lavoro che aveva licenziato una lavoratrice in possesso dei requisiti per fruire della pensione di vecchiaia sulla base dell'art. 11, l. 15 luglio 1966, n. 604, dichiarato solo successivamente costituzionalmente illegittimo.

(18) Cfr. al riguardo Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in «Not. giurisp. lav.» 1999, 731. In dottrina vedi in argomento: MARINO, *Accuse di collusione mafiosa e licenziamento*, in «Riv. it. dir. lav.» 1999, 370.

(19) Cfr. al riguardo Cass. 11 gennaio 1995, n. 266, in «Not. giurisp. lav.» 1995, 80; Cass. 28 luglio 1994, n. 7048, in «Riv. crit. dir. lav.» 1995, 416 con nota di MUGGIA.

In tema di custodia cautelare del lavoratore da ultimo vedi Cass. 2 maggio 2000, n. 5499, in questa rivista 2000, 651, che dopo avere premesso che l'art. 102 bis disp. att. c.p.p. (introdotto con l'art. 24 della l. 8 agosto 1995, n. 332, e secondo cui «chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 285 del codice e sia stato per ciò stesso licenziato dal posto di lavoro che occupava prima della misura ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro medesimo qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione») riconosce al lavoratore, ingiustamente detenuto, il diritto alla reintegrazione, precisa poi come — non potendosi dubitare della legittimità del recesso, fondato esclusivamente sul protrarsi della impossibilità del dipendente a rendere la propria prestazione — non spetti al lavoratore il diritto alle retribuzioni, che sarebbero maturate nel periodo tra licenziamento e la reintegrazione, perché tale diritto trova fondamento nell'art. 18, co. 4°, l. n. 300/1970, che presuppone la responsabilità del datore di lavoro per avere illegittimamente intimato il licenziamento.

RAPPORTO DI LAVORO

Nelle ipotesi in cui si sia avuto il ritiro o il mancato rinnovo del cartellino indispensabile per l'esecuzione delle prestazioni lavorative del dipendente di una società aeroportuale o di navigazione interna (ed in ogni altro caso in cui sia necessaria una autorizzazione amministrativa per l'accesso nel luogo di lavoro), essendo il datore di lavoro sempre abilitato a recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 1464 c.c. in mancanza di un interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative, la sussistenza o meno del quale deve essere peraltro verificata, dato il coordinamento della suddetta norma con gli artt. 1 e 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, con riguardo alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa (20); ed infine, nell'ipotesi, anche essa presa in esame dalla giurisprudenza, in cui si sia proceduto da parte dell'autorità amministrativa alla revoca (o sospensione) del decreto di nomina di una guardia giurata e/o del porto d'armi, venendosi a configurare, anche in questa fattispecie, una impossibilità

sopravvenuta della prestazione (21). Qualche più articolata considerazione merita l'ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica (o psichica) del lavoratore alle mansioni affidategli. In questi casi la legittimità del recesso dal contratto di lavoro alla stregua dell'art. 1464 c.c. è stata dalla giurisprudenza subordinata alla dimostrazione da parte del datore di lavoro di non potere adibire il dipendente a nuove mansioni equivalenti e compatibili con le residue capacità lavorative, sempre che ciò non comporti una modifica dell'assetto organizzativo dell'impresa (22); e nella stessa direzione il suddetto obbligo di *repêchage*, come elemento integratore della legittimità del recesso, è stato ritenuto operante pure se la prestazione lavorativa è divenuta impossibile a causa di eventi estranei al rapporto lavorativo e non imputabili al dipendente (come nei casi, già esaminati, di ritiro del tesserino di accesso agli spazi doganali, di revoca di porto d'armi, ecc.) (23).

Val al riguardo ricordato che la giurisprudenza è ormai approdata verso soluzioni che portano ad ampliare

l'ambito di operatività del *repêchage*, ed ad estendere il relativo obbligo a tutte le fattispecie di licenziamento, prescindendo dalle specifiche ragioni che lo sorreggono, in quanto fonda detto obbligo sull'esigenza che l'intero sistema garantistico apprestato dalla normativa sui licenziamenti non venga a subire ingiustificate limitazioni.

Per di più la stessa giurisprudenza osserva che — dovendo l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro (artt. 4 e 36 Cost.) prevalere su quello alla salvaguardia della sua professionalità (art. 2103 c.c. ed anche 35, 2° co., Cost.) — l'impossibilità della prestazione lavorativa va accertata non solo con riferimento alle mansioni da ultimo svolte dal lavoratore ma anche ad altre ad esse equivalenti o inferiori, dovendosi adibire il lavoratore a dette mansioni, sempre che però ciò non comporti aggravati organizzativi (ed in particolare il trasferimento di singoli colleghi del lavoratore destinatario del provvedimento di licenziamento) (24).

In dottrina in argomento vedi per tutti: TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova 2000, 276 ss. (che evidenzia come si sia al di fuori del campo applicativo dell'art. 102 bis disp. att. c.p.p. quando il licenziamento sia intervenuto per giusta causa o giustificato motivo riconducibile all'illecito penale, dovendo operare in tal caso i principi generali relativi all'interferenza tra giudizio civile e giudizio penale); GRAMICIA, «Reintegrazione» a seguito di licenziamento per ingiusta detenzione: una importante sentenza della S.C., in questa rivista 2000, 653 ss. (che dopo avere ritenuto estensibile la disposizione in esame anche ai lavoratori in regime di tutela obbligatoria o di libera recedibilità e dopo avere ricordato come in dottrina si sia, con apprezzabile coerenza con il dato normativo, configurato l'accertamento giudiziale dell'ingiusta detenzione quale condizione risolutiva dell'efficacia del recesso ad estinguere il rapporto di lavoro, osserva in senso critico che «ove il licenziamento per la detenzione del lavoratore risulti legittimo, la situazione soggettiva passiva in cui versa il datore di lavoro sembra riconducibile ad una responsabilità oggettiva fondata a sua volta, sul rischio di impresa; prospettiva che, comunque, deve essere attentamente vigilata alla luce dell'art. 41, co. 1°, Cost., che sancisce il principio della libertà dell'iniziativa economica privata» (pag. 656).

(20) Cfr. *ex plurimis*: Cass. 13 marzo 1999, n. 2267, in «Not. giurisp. lav.» 1999, 367, che precisa come l'impossibilità della prestazione, anche se protrattasi per pochi giorni, può giustificare al suo manifestarsi l'immediato recesso del datore di lavoro, se il ritardo nella sostituzione del personale, le cui prestazioni siano divenute oggettivamente impossibili, finisce per tradursi concretamente in un «fermo» dell'attività produttiva o finisca per cagionare pregiudizi gravi e definitivi all'impresa; Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, *ibidem* 1998, 751; Cass. 18 agosto 1996, n. 7638, in «Lav. giur.» 1997, 254; Cass. 28 luglio 1994, n. 7048, in «Riv. crit. dir. lav.» 1995, 416.

(21) Cfr. al riguardo: Cass. 7 settembre 1988, n. 5076, in «Riv. it. dir. lav.» 1989, 153, cui adde, in epoca meno risalente, tra i giudici di merito, Pret. Milano 15 maggio 1996, in «Or. giur. lav.» 1996, 667.

In dottrina per una ampio esame delle varie problematiche dibattute: TATARELLI, *Il licenziamento*, cit., 278 ss.

(22) Così: Cass. 23 agosto 1997, n. 7908, in «Giur. it.» 1998, I, 1, 1570 ed in questa rivista 1997, 871, con nota di RICCARDI, *Impossibilità della prestazione lavorativa per inidoneità fisica: licenziamento, onere del «repêchage»*.

(23) In argomento vedi: Cass. 19 agosto 1996, n. 7638, cit.

(24) In questi termini vedi Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755 (che si legge in questa rivista 1998, 876, con nota di PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e repêchage*), secondo cui il datore di lavoro soddisfa l'onere probatorio su di esso incombente ex art. 5, l. n. 604 del 1966 dimostrando che nell'ambito del personale in servizio e delle mansioni già assegnate non è possibile un conveniente impiego o, co-

3. - *La quantificazione del danno, l'*aliud perceptum* e l'indennità sostitutiva della reintegrazione.* — Una diversità di opinioni si è manifestata anche su altre tematiche attinenti alle conseguenze dell'illegittimo licenziamento, sempre ricollegabili alla natura risarcitoria di dette conseguenze.

Così incertezze sono sorte intorno ai limiti della deducibilità del c.d. *aliud perceptum* dal risarcimento del danno spettante al lavoratore. Infatti a fronte di un indirizzo giurisprudenziale che ha ammesso la detraibilità delle erogazioni pensionistiche percepite dal lavoratore (25), e dell'indennità di disoccupazione allo stesso corrisposta, dal quantum del danno risarcibile (26), più di recente si è pervenuto ad una opposta conclusione in base all'assunto che non qualsiasi reddito percepito dal lavoratore può considerarsi compensativo del danno cagionato, ma solo quello conseguito attraverso l'impiego della stessa capacità lavorativa, resa libera dal licenziamento, in una occupazione equivalente (27).

La già evidenziata assoggettabilità dell'art. 18, 4° co., st. lav., ai principi generali in materia di danno risarcibile conduce a condividere il primo orientamento, in quanto sia il danno che il vantaggio da valutare ai

fini liquidatori — in base al criterio della *compensatio lucri cum damno* — devono essere conseguenza «immediata e diretta» di uno stesso fatto generatore giusta il dettato dell'art. 1223 c.c.. Secondo tale orientamento vanno detratti dal danno subito dal lavoratore tutti quegli emolumenti che quest'ultimo non avrebbe percepito se non fosse stato licenziato, e cioè, oltre le erogazioni pensionistiche e l'indennità di disoccupazione (o l'indennità di mobilità ex art. 8, l. 23 luglio 1991, n. 223), anche tutti quei guadagni derivanti dall'impiego (presso altro datore di lavoro) della capacità utilizzata nel rapporto interrotto dal licenziamento, dovendosi pervenire a diversa conclusione solo con riferimento ai corrispettivi scaturenti da rapporti (autonomi o subordinati) preesistenti e del tutto indipendenti da quello intercorso con il datore di lavoro.

Nella quantificazione del risarcimento deve, inoltre, ricordarsi che sul lavoratore-creditore incombe l'obbligo, imposto dall'art. 1227, co. 2°, c.c., di un impegno positivo al compimento di attività idonee ad impedire l'aggravamento del danno subito, ricercando attivamente una nuova occupazione lavorativa anche se, ai fini della individuazione della diligenza scriminante, occorre fare

riferimento al disposto dell'art. 2103 c.c. con la conseguenza che dovrà tenersi conto, per la determinazione del danno, solo del rifiuto delle occasioni lavorative non lesive della professionalità e personalità del lavoratore/creditore, beni non sacrificabili in nome della salvaguardia degli interessi economici facenti capo al danneggiante/debitore (28). Inoltre, il criterio della normale diligenza che il creditore deve osservare in materia non può estendersi sino ad imporre al creditore-danneggiato condotte comportanti notevoli rischi o spese, sicché non può addebitarsi al lavoratore di non avere accettato lavori fuori sede o altrimenti disagiati (29).

Sul versante processuale deve poi ricordarsi: che l'eccezione dell'*aliud perceptum* (o *percepiendum*) non configura una eccezione in senso stretto (come tale proponibile esclusivamente nella memoria difensiva ex art. 416 c.p.c.), per cui il giudice in presenza di una rituale allegazione dei fatti rilevanti, debitamente provati, può procedere alla liquidazione del danno con le conseguenziali detrazioni (30); che la regola generale sull'onere probatorio (art. 2697 c.c.) impone al datore di lavoro (danneggiante) di dimostrare che il danno avrebbe potuto essere in tutto o in parte evitato dal lavoratore (danneg-

unque, detto impiego non è compatibile con il buon andamento dell'impresa, rimanendo, invece, a carico del lavoratore «l'eventuale onere di contrastare detta prova indicando a sua volta specificamente le mansioni esercitabili e provando la sua idoneità ad esse».

(25) Cfr. Cass. 5 giugno 1996, n. 5228, in «Dir. lav.» 1997, II, 358.

(26) Al riguardo vedi: Cass. 29 marzo 1996, n. 2906, in «Foro it.» 1997, I, 554, con osservazioni di GENTILE.

(27) Cfr. Cass. 19 maggio 2000, n. 6548, in «Riv. it. dir. lav.» 2001, II, 351, con nota di CORSINOVÌ, *Risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e deducibilità delle erogazioni pensionistiche percepite medio tempore dal lavoratore*, ed in «Riv. crit. dir. lav.» 2001, 228, con nota di MARTINA, *In tema di risarcimento del danno ex art. 18 st. lav. e deducibilità del trattamento pensionistico*.

In dottrina vedi D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., 361, il quale afferma testualmente che «il datore di lavoro potrà quindi dedurre l'*aliud perceptum*, non nei termini generici dell'esistenza di un reddito di lavoro qualsiasi dopo il licenziamento, ma in quelli specifici dell'avere il lavoratore messo a frutto la medesima capacità di lavoro liberata dal licenziamento in una attività equivalente».

(28) Sostanzialmente in tali sensi: Cass. 16 luglio 1966, n. 1925, in «Foro it. - Rep.» 1966, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 216-218. In dottrina in argomento vedi GENTILE, *op. cit.*, 555.

(29) In giurisprudenza in ordine al criterio di ordinaria diligenza cui deve essere improntata la condotta del creditore danneggiato vedi tra le altre: Cass. 14 maggio 1998, n. 4854, in «Foro it.» 1998, I, 2850; Cass. 10 ottobre 1997, n. 9874, «Foro. It. - Rep.» 1997, voce *Danni civili*, n. 111.

(30) Cfr. Cass. Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in «Giur. it.» 1999, I, 1, 521, in «Giust. civ.» 1998, I, 645, con nota di GIACALONE, *La deduzione dell'*aliunde perceptum*: non sempre il giudice del lavoro ha le mani legate*, ed in questa rivista 1998, 297, con nota di CENTOFANTI, *L'*aliunde perceptum* o *percepiendum* nei suoi profili d'eccezione processuale*.

RAPPORTO DI LAVORO

giato) (31); che il guadagno compensativo conseguito dal lavoratore dopo il licenziamento comporta, nella liquidazione del danno da parte del giudice, una rivalutazione monetaria ex art. 429 c.p.c., operata detraendo dal credito (del lavoratore) rivalutato (sino alla data in cui il lavoratore ha ricevuto le somme che il datore di lavoro allega in detrazione) l'*aliunde perceptum*, e calcolando poi solo sul residuo la rivalutazione monetaria, salvo rinnovare tali modalità di calcolo alle rispettive date di riscossione di ulteriori somme da parte del lavoratore (32). L'unificazione dei periodi *pre* e *post*-sentenza sotto il comune denominatore dell'obbligo risarcitorio, attuata — come si è visto — dall'art. 18, 4° co., st. lav., porta ad una rivisitazione anche degli arresti dottrinari e

giurisprudenziali su taluni degli effetti consequenziali della riforma in appello della sentenza di reintegra nel posto di lavoro.

Un consistente indirizzo dottrinario ha sostenuto che, dovendo in ogni caso l'obbligo risarcitorio per il periodo successivo alla sentenza di reintegra qualificarsi come *astreinte* (per fungere da spinta all'ottemperanza dell'ordine del giudice), in caso di riforma definitiva della suddetta sentenza non è consentito al datore di lavoro reclamare la restituzione degli importi versati pur in assenza di una prestazione lavorativa, trovando l'irripetibilità il proprio titolo non nella illegittimità del licenziamento, poi negata, ma nella inosservanza da parte del datore di lavoro dell'obbligo di conformarsi all'ordine del giudice (33).

Una siffatta conclusione non può es-

sere condivisa perché l'unica misura compulsoria legislativamente prevista attiene al licenziamento illegittimo del sindacalista interno (cfr. art. 18, 10° co., st. lav., con riferimento ai lavoratori di cui all'art. 22); perché — come si è già evidenziato — non è consentito assegnare all'obbligo di pagamento una duplice funzione in relazione al periodo antecedente o successivo la sentenza di reintegra, e perché dalla doverosa applicazione dei principi generali in materia risarcitoria consegue, in ogni caso, solo il ristoro di danni ricollegabili causalmente e direttamente ad una condotta colpevole del datore di lavoro (nell'ipotesi in esame esclusa dall'accertata legittimità del recesso); e, perché, ancora, suscita giustificate perplessità la configurabilità di un *astreinte* che an-

(31) Sull'onere della prova relativo al concorso di colpa di cui al co. 1° dell'art. 1227 c.c. e sull'evitabilità del danno di cui al co. 2° della stessa norma, cfr. per tutti BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano 1994, 141 e 145, che addossa tale onere sul danneggiante sul presupposto che si sia in presenza di circostanze dirette ad escludere o limitare la pretesa del danneggiato (art. 2697, co. 2°, c.c.).

In giurisprudenza, invece, per l'affermazione che spetta al lavoratore licenziato il compito di dimostrare di non avere trovato una nuova occupazione altrettanto redditizia di quella perduta, non essendo consentito prospettare una presunzione di danno, vedi Cass. 24 maggio 1991, n. 5898, in questa rivista 1991,702; Cass. 14 giugno 1983, n. 4088, in «Giust. civ.» 1983, I, 2934, con nota di DEL PUNTA, *Prova del danno per licenziamento illegittimo*.

Per il contrario orientamento che addossa l'onere probatorio al datore di lavoro, anche se legittima il ricorso a prove presuntive, vedi invece: Cass. Sez. Un., 22 marzo 1995, n. 3319, in «Giur. it.» 1995, I, 1, 2022; Cass. 16 marzo 1992, n. 3205, in questa rivista 1992, 219, cui adde (per la precisazione che, in caso in cui il datore di lavoro abbia fornito la prova della sussistenza di altra occupazione lavorativa del dipendente dimissionario, incombe poi su quest'ultimo l'onere di provare che i guadagni ricavati da tale occupazione siano inferiori alle retribuzioni perdute a causa della risoluzione del rapporto, spettandogli in tal caso solo le differenze) Cass. 3 febbraio 1996 n. 924, in questa rivista 1996, 333 con nota di MASINI, *La distribuzione dell'onere probatorio in ordine all'aliunde perceptum*.

Invece, per la statuizione che «il danno da licenziamento illegittimo è coesenziale all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento» e che «la perdita da parte del lavoratore consiste nelle somme retributive non percepite sino alla reintegrazione», ed ancora per l'affermazione che «non v'è bisogno di prova, questa essendo insita nel fatto stesso della (implicitamente) riconosciuta persistenza del rapporto di lavoro, onde è inutile far ricorso anche ad una generalizzata presunzione», vedi: Cass. Sez. Un., 29 aprile 1985, n. 2762, in «Foro it.» 1985, I, 1290 e 2247, con nota di D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità «economica» del rapporto di lavoro secondo le Sezioni Unite*.

(32) Cfr. in tali termini: Cass. 10 luglio 1993, n. 7583, in «Foro it.» 1994, I, 501.

In dottrina sul computo della rivalutazione monetaria vedi: MAGRINI, voce *Rivalutazione dei crediti di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991,4.

(33) Cfr. in dottrina BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, 348; GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in «Riv. giur. lav.» 1990, I, 195; PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità*, cit., 370, il quale, a conforto della opinione della irripetibilità delle somme corrisposte al lavoratore, osserva che si può «con tutta tranquillità continuare a parlare di equiparazione della utilizzabilità alla utilizzazione effettiva, cioè di mantenimento da parte del lavoratore della propria capacità lavorativa a disposizione del datore di lavoro, sulla base dell'affidamento che il datore di lavoro tenga di fatto i comportamenti per lui doverosi in base al rapporto di lavoro accertato come esistente con accertamento immediato ed attualmente efficace».

Per l'individuazione nell'indennità dovuta dal datore di lavoro — per il periodo intercorrente tra la sentenza e la effettiva reintegrazione — di una funzione sanzionatoria dell'inottemperanza all'ordine del giudice, non rientrante nella figura generale del risarcimento del danno perché si colora di «una funzione coercitiva indiretta dell'obbligo di reintegrazione», che non consente detrazione alcuna, vedi in giurisprudenza: Cass. 3 giugno 1994, n. 5401, in «Not. giurisp. lav.» 1994, 666, ed in questa rivista 1994, 584 che, conferma così i principi già statuiti in materia, sotto il vigore dell'art. 18, l. n. 300 del 1970 nel suo testo originario, da Cass. Sez. Un., 13 aprile 1988, n. 2925, che può leggersi in «Foro it.» 1988, I, 1493.

drebbe ad arricchire la parte soccombente.

Né può sottacersi che la tesi dell'irripetibilità delle somme corrisposte al lavoratore finirebbe per limitare, contro la lettera dell'art. 336 c.p.c., il generale effetto espansivo scaturente — alla stregua della suddetta norma — oltre che dalla sentenza di cassazione anche (in ragione del disposto dell'art. 48, l. 26 novembre 1990, n. 353) dalla sentenza di appello di riforma della decisione di primo grado (34).

L'articolazione delle misure scaturenti dall'illegittimo licenziamento nell'ambito dei rapporti dotati di stabilità reale è completata, infine, dal co. 5° dell'art. 18 st. lav., che attribuisce al lavoratore il diritto di chiedere al datore di lavoro, «in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro», il versamento di una in-

dennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.

La prevalente dottrina e la giurisprudenza sono ormai attestate nell'individuare nel meccanismo di erogazione della suddetta indennità — da ritenersi convenzionalmente riducibile (35) — una ipotesi di obbligazione con facoltà alternativa.

In detta obbligazione è dovuta una sola prestazione, con facoltà di scelta di altra da parte del debitore (obbligazione facoltativa passiva) o da parte del creditore (obbligazione facoltativa attiva) (una *res in obligatione, duae autem in facultate solutionis*), con la conseguenza che — venendosi a configurare una obbligazione semplice — se l'unica prestazione dovuta è divenuta impossibile, l'obbligazione stessa si estingue, senza che abbia alcuna rilevanza la possibilità di esecuzione della prestazione rimessa alla

facoltà del debitore e rimanendo travolta la facoltà di scelta del creditore, che non sia stata già esercitata (36).

Si è ricordato che esiste piena convergenza intorno alla ratio della norma, e si è sottolineato al riguardo che attraverso di essa si è inteso ridurre la possibilità del contenzioso nella ipotesi in cui venga meno l'interesse del lavoratore alla ripresa del servizio, disincentivando le non infrequenti tattiche dilatorie e rimuovendo altresì l'incertezza attorno le sorti del rapporto in caso di rifiuto del datore di lavoro di provvedere alla reintegra (37).

La disposizione in esame risponde dunque, contestualmente, anche all'interesse del datore di lavoro di definire con sollecitudine — per evidenti esigenze organizzative della sua impresa — la sorte del rapporto lavorativo controverso (38).

(34) Per la ripetizione, in caso di riforma o cassazione della sentenza, anche di quanto pagato a titolo risarcitorio per il periodo successivo l'ordine di reintegrazione, cfr. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Torino 1999, 319-320.

(35) In questi sensi FERRARO, *Reintegrazione*, in AA.VV., *Licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli 1990, 73-74, per il quale deve escludersi che una eventuale rinuncia parziale in materia sia assoggettata alla disciplina di cui all'art. 2113 c.c., versandosi in materia di diritti disponibili, quali senz'altro sono sia il diritto alla reintegrazione sia il diritto al trattamento indennitario sostitutivo. *Contra*, invece, MAZZOTTI, *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990 n. 108*, Torino 1991, 121.

(36) In dottrina al riguardo vedi: FOGLIA, *L'«opzione» economica del lavoratore reintegrato*, in «Dir. lav.» 1991, I, 17; GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in «Giorn. lav. rel. ind.» 1991, 643.

Parlano, invece, di dimissione per giusta causa con indennità forfettariamente stabilita per legge: BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, 348 ss.; GAROFALO, *op. cit.*, 197, mentre FERRARO, *op. cit.*, 64-65, ritiene che la facoltà di opzione del lavoratore configuri un nuovo caso di risoluzione per inadempimento con risarcimento del danno ex art. 1453 c.c.

In giurisprudenza per la statuizione che si sia in presenza di una prestazione in *facultate creditoris* cfr. tra le tante: Cass. 4 novembre 2000, n. 14426, in «Not. giurisp. lav.» 2001, 201 ed in «Foro it.» 2001, I, 946; Cass. 1° settembre 2000, n. 11464, in «Not. giurisp. lav.» 2001, 109, ed in questa rivista 2000, 1320 con nota di DE MARINIS, *Esercizio tardivo dell'opzione ex art. 18, comma 5, statuto dei lavoratori e «perpetuatio» dell'obbligo di reintegra*; Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, *ibidem* 1998, 655, con nota ancora di DE MARINIS, *Rapporti tra reintegrazione cautelare e opzione per l'indennità sostitutiva. La Cassazione muta orientamento*.

La giurisprudenza di legittimità ha così mostrato adesione alla ricostruzione esegetica operata dalla Corte costituzionale che, sulla premessa della indennità come una delle due prestazioni che possono esser indicate secondo lo schema della obbligazione con facoltà alternativa, precisa altresì che il pagamento da parte del datore di lavoro produce «insieme l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo» (cfr. al riguardo Corte cost. 2 aprile 1992, n. 160 e Corte cost. 4 marzo 1992, n. 81, in «Foro it.» 1992, I, 2044, con nota di D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, anche per la precisazione che il rapporto di lavoro non cessa per effetto della mera dichiarazione di scelta del lavoratore, come avverrebbe se essa avesse la valenza di dichiarazione di recesso, bensì solo al momento e per l'effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva).

(37) In tali precisi termini vedi MAZZOTTA, *I licenziamenti*, cit., 835.

(38) Per l'affermazione che per effetto dell'indennità sostitutiva sembra giunta al tramonto l'epoca della preminenza della reintegrazione sulla mera monetizzazione della tutela reale vedi: MAZZOTTA, *I licenziamenti*, cit., 836, il quale denuncia anche l'evidente incongruenza tra il complessivo meccanismo introdotto dalla l. n. 108 del 1990 e le finalità da essa perseguite, osservando al riguardo che tingere del «colore dei soldi», l'armamentario allestito quale reazione al licenziamento comporta un mutamento dei costumi processuali sia del datore di lavoro «che spingerà per una (economicamente onerosa) soluzione stragiudiziale della controversia», sia del lavoratore estromesso «il quale, irrimediabilmente attratto dalla consistenza dell'indennità aggiuntiva, sarà stimolato all'utilizzazione del giudizio come mezzo per ottenere non tanto la riassunzione in servizio, quanto le quindici mensilità aggiuntive, le quali rappresenteranno il più delle volte l'obiettivo da questi principalmente perseguito».

RAPPORTO DI LAVORO

A ben vedere, infatti, ognuno dei due termini posti dal co. 5° dell'art. 18 st. lav. tende a garantire una parte contrattuale, in quanto il primo termine (attinente alla risposta del lavoratore all'invito a riprendere servizio) privilegia l'interesse del datore di lavoro ad accertare con tempestività la possibilità di ripresa del rapporto, laddove il secondo (relativo all'esercizio del diritto di opzione del lavoratore) è funzionalizzato soprattutto alla tutela del lavoratore, riconoscendo allo stesso uno *spatium deliberandi* per una adeguata valutazione delle circostanze capaci di indurre alla scelta dell'indennità (es.: sopraggiunta maggiore gravosità a riprendere il lavoro per le mutate condizioni fisiche o psichiche; reperimento *medio tempore* di altra più gratificante occupazione; incertezza sulle sorti future dell'impresa e sulle sue capacità economiche), cui non è estranea neanche la conoscenza della motivazione della sentenza.

Alla stregua delle suddette argomentazioni, una interpretazione che nell'esame della norma ne valorizzi adeguatamente l'elemento logico-sistematico, costituisce parametro affidabile per dare una risposta adeguata a quelle numerose fattispecie esaminate in giurisprudenza e ri-

spetto alle quali non sempre si sono formati indirizzi concordi.

In questa ottica si può affermare che: a) in ragione della natura dell'obbligazione facente capo sul datore di lavoro, se l'obbligo di reintegra è divenuto impossibile (esempio: decesso del lavoratore, chiusura dell'azienda) il diritto di opzione non è più esercitabile (39);

b) sempre in ragione della natura della già indicata obbligazione in esame — ed in considerazione anche della già indicata funzione deflattiva propria della norma statutaria volta a consentire accertamenti celeri, e nello stesso tempo definitivi, sulla sussistenza (o la carenza) dell'interesse alla ripresa del servizio — il ripristino della funzionalità di fatto del rapporto lavorativo prima della sentenza dichiarativa dell'illegittimità del recesso, anche se conseguente ad un ordine *ex art. 700 c.p.c.*, preclude al lavoratore la facoltà di chiedere, successivamente, l'indennità sostitutiva della reintegra, avendo il lavoratore manifestato con una condotta concludente una volontà incompatibile con la rinuncia alla prosecuzione del rapporto (40);

c) l'attualità dell'obbligo di reintegrazione come presupposto del diritto di opzione impedisce anche che il lavoratore, il cui licenziamento sia

stato revocato (nelle more del giudizio di impugnazione del licenziamento) con ripristino della funzionalità del rapporto, possa successivamente esercitare l'opzione (41).

Le svolte considerazioni che non possono, però, trascurare il dato normativo riguardante il periodo successivo alla declaratoria di illegittimità del licenziamento inducono, da un lato, a ribadire l'opinione secondo cui il termine di trenta giorni successivo alla comunicazione del deposito della sentenza si presenta del tutto autonomo (e distinto) rispetto al termine (pur esso contemplato nel co. 5°, dell'art. 18, st. lav.) di trenta giorni successivo all'invito del datore di lavoro alla ripresa del servizio; e dall'altro, portano a concludere che — nel caso in cui il suddetto invito rimanga inesaudito — si perviene all'estinzione del rapporto lavorativo ed alla preclusione all'esercizio della opzione, rimanendo invece salvaguardato il diritto di opzione entro il suo termine (trenta giorni dalla comunicazione della motivazione della sentenza) sia in assenza dell'invito del datore di lavoro, sia nella diversa ipotesi in cui il lavoratore aderendo alla richiesta rivoltagli abbia ripreso servizio al fine di usufruire di un maggior tempo di riflessione sul da farsi (42).

(39) Cfr. Cass. 4 novembre 2000, n. 14426, in «Not. giuris. lav.» 2001, 201, che ha negato il diritto all'indennità *ex art. 18, 5° co., st. lav.* nel caso in cui dopo un primo licenziamento dichiarato illegittimo era seguito altro licenziamento che, per non essere stato tempestivamente impugnato, non rendeva più possibile la reintegra nel posto di lavoro.

(40) Cfr. in tali sensi Cass. 13 agosto 1997, n. 7581, in «Not. giuris. lav.» 1997, 535, ed in questa rivista 1997, 876. *Contra* invece Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, cit.

(41) Cfr. Cass. 21 dicembre 1995, n. 13047, in «Foro it.» 1996, I, 2155 ed in questa rivista 1996, 76, con nota di MANNACIO, *Gli effetti della revoca del licenziamento sul risarcimento ex art. 18, 4 comma, st. lav. e sull'indennità in luogo della reintegrazione*. Per la statuizione che il lavoratore può limitarsi inizialmente a chiedere in giudizio l'indennità in sostituzione della domanda di reintegrazione, anche nell'ipotesi in cui il licenziamento sia stato revocato dal datore di lavoro sempre che alla revoca non abbia però fatto seguito il ripristino del rapporto, vedi: Cass. 16 ottobre 1998, n. 10283, in «Foro it.» 1999, I, 121, cui adde, in senso sostanzialmente conforme, Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in «Or. giur. lav.» 1997, 1056, ed in questa rivista 1998, 246, con nota di DE MARINIS, *Revoca del licenziamento ed indennità sostitutiva della reintegrazione. L'accordo tra le Corti è pieno*.

In argomento cfr. anche Corte cost. 22 luglio 1996, n. 291 (ord.), in «Not. giuris. lav.» 1996, 576, che condiziona anche essa la perdita dell'indennità sostitutiva alla accettazione da parte del dipendente della revoca del licenziamento e dell'invito a riprendere servizio — manifestato (espressamente o tacitamente) con la ripresa dell'attività lavorativa — non valendo ad escludere il diritto a tale indennità la mera «revoca» del licenziamento disposta in corso di causa dal datore di lavoro per impedire l'ordine integrale di reintegrazione.

(42) In questi termini cfr. Cass. 1° settembre 2000, n. 11464, cit.; Cass. 16 giugno 1998, n. 6005, cit.

In dottrina per tale opinione vedi: DE ANGELIS, *L'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro tra diritto e processo*, in «Riv. it. dir. proc. civ.» 1996, 156.

L'indennità sostitutiva della reintegrazione, in quanto rientrante anche essa nel ricco ed articolato apparato sanzionatorio apprestato dall'art. 18 st. lav., va restituita nel caso di riforma in appello della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento ed ordinato la reintegrazione, perché la tutela sostitutiva è strettamente collegata alla pronuncia di illegittimità del recesso e ne segue, conseguentemente, le vicende processuali (43).

4. - *Il risarcimento del danno nel licenziamento inefficace ex art. 2, l. n. 604/1966.* — Per quanto attiene ai rapporti lavorativi garantiti dalla stabilità obbligatoria le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, di recente, ritenuto che il licenziamento inefficace, sia in ragione della mancanza della forma scritta sia in ragione dell'assenza della comuni-

cazione dei motivi, non interrompe la continuità del rapporto per cui non venendo meno la relazione tra le parti, la situazione deve essere valutata tenendo conto dei principi generali in materia di inadempimento di contratto a prestazione corrispettive. I giudici di legittimità — sulla scia di quanto statuito dalla giurisprudenza in relazione agli intervalli non lavorati in caso di successione di una pluralità di contratti a termine nei quali l'apposizione della clausola sia illegittima (44) — hanno precisato al riguardo che al destinatario di un licenziamento inefficace spetta «non già la retribuzione, ma il risarcimento del danno», che nel caso di specie va poi commisurato «alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione» (45).

Alla stregua di tale iter argomenta-

tivo, anche nel caso di licenziamento inefficace nell'area della tutela debole sono stati, quindi, ritenuti applicabili i criteri generali in tema di inadempimento contrattuale, con la liberazione del datore di lavoro dall'obbligo del risarcimento in tutti quei casi in cui provi l'impossibilità della prestazione (artt. 1463 e 1464 c.c.) o la non imputabilità dell'inadempimento (o del ritardo) ex art. 1218 c.c., e con il diritto a vedersi, di contro, ridotta l'entità del risarcimento in ragione delle retribuzioni corrisposte in nuove attività occupazionali al lavoratore nonché di quei danni che quest'ultimo ha cagionato con dolo o colpa o avrebbe potuto impedire usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 c.c.) (46).

Si viene in tal modo a rendere praticabile un percorso volto ad una omogeneità e razionalità di disciplina in

Per una ampia ed accurata sintesi dei diversi indirizzi dottrinari e giurisprudenziali in materia cfr.: MAZZOTTA, *I licenziamenti*, cit., 834 ss.; TATARELLI, *Il licenziamento*, cit., 118 ss.

(43) Così D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo*, cit., 2050, che si richiama a quanto affermato al riguardo da Corte cost. 2 aprile 1992, n. 160, cit.

(44) Cfr. Cass. Sez. Un., 5 marzo 1991, n. 2324, in questa rivista 1991, 50, in «Foro it.» 1991, I, 1100 ed ancora in «Giust. civ.» 1991, I, 831.

(45) Cfr. al riguardo Cass. Sez. Un., 27 luglio 1999 n. 508 (pubblicata in questa rivista 1999, 1061, con nota di PAPALEONI, *Area debole, vizi formali, regime applicabile*, in «Giust. civ.» 1999, I, 2609, con nota di GIACALONE, *Sul licenziamento affetto da vizio di forma per omessa indicazione dei motivi nei rapporti sottratti al regime della tutela reale*, in «Riv. it. dir. lav.» 2000, II, 158, con nota di OGRISEG, *Licenziamento inefficace: mora credendi o inadempimento?*, in «Or. giur. lav.» 2000, I, 162, con nota di MANGANARO, *Gli effetti della mancata indicazione dei motivi di licenziamento*), che, nel confermare l'indirizzo maggioritario (per l'inefficacia del licenziamento da considerarsi *tamquam non esset* in ogni caso di violazione dell'art. 2, l. n. 604/1966 e per la permanenza del diritto a percepire a titolo risarcitorio l'intera retribuzione in attesa del ripristino della funzionalità del rapporto, cfr. infatti *ex plurimis*: Cass. 10 febbraio 1997, n. 11094, in questa rivista 1998, 9, ed, in epoca più risalente, Cass. Sez. Un., 21 febbraio 1984 n. 1236, *ibidem* 1984, 338, ed in «Giust. civ.» 1984, I, 1785, con nota di PAPALEONI, *L'inefficacia del licenziamento*) hanno reputato non condivisibile l'indirizzo che — distinguendo tra inefficacia conseguente alla mancanza di forma scritta (vizio genetico del negozio per mancanza di un requisito *ad substantiam*) ed inefficacia scaturente dalla mancata comunicazione dei motivi del recesso (elemento eventuale ed estrinseco al licenziamento, completo invece di tutti i suoi elementi essenziali e costitutivi) — aveva affermato che l'omessa comunicazione non implicava la nullità del negozio ma solo una (mera) inefficacia, la cui disciplina doveva ritenersi contenuta nel disposto dell'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, patrocinando in tal modo una interpretazione estensiva di detta norma al fine di dare razionalità al sistema sanzionatorio e di evitare di ricollegare alla mancata comunicazione dei motivi del recesso conseguenze ben più gravi di quelle scaturenti dalla mancanza di giusta causa o di giustificato motivo del licenziamento (cfr. in tali sensi: Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497, in questa rivista 1997, 283, ed ancora in «Giust. civ.» 1997, I, 933, ed in «Giur. it.» 1997, I, 1, 1483). Alle indicate conclusioni le Sezioni Unite pervengono osservando che l'art. 2, l. 15 luglio 1966, n. 604 non opera alcuna differenziazione tra le diverse cause di inefficacia del licenziamento, ed evidenziando altresì che «la ventilata irrazionalità del sistema sanzionatorio», maggiormente severo nell'ipotesi di inefficacia nell'area debole, trascura di assegnare il dovuto rilievo all'esternazione delle ragioni poste a base del recesso e di considerare che «la diversa sanzione trova giustificazione sul piano strutturale, indipendentemente dalla gravità della violazione di legge».

(46) Per la precisazione che — non essendo l'impugnativa del licenziamento inefficace assoggettata al termine di cui all'art. 6 della l. n. 604 ma a quello prescrizione normale — il lavoratore potrà vedersi ridotto l'ammontare del risarcimento, se ha con dolo o colpa ritardato l'esercizio del suo diritto (art. 1227 c.c.), vedi: Cass. Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 508 cit., che ha evidenziato anche come non possa — in base ad una valutazione rimessa al giudice di merito — essere escluso *a priori* in tale comportamento (da solo o insieme ad altri elementi) l'intento di volere aderire alla risoluzione del rapporto.

RAPPORTO DI LAVORO

un sistema in cui il recesso dal rapporto lavorativo è stato nel tempo oggetto di numerosi interventi legislativi.

Così può affermarsi che — al di là della specifica fattispecie regolata dall'art. 8, l. n. 604/1966 (licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo nell'area della stabilità obbligatoria) (47) — l'indicato approdo giurisdizionale, con l'ancorare le conseguenze del licenziamento inefficace alle generali norme codicistiche, finisce per assestare il

suddetto licenziamento alla regolamentazione dettata dall'art. 18, co. 4°, st. lav.

Regolamentazione quest'ultima applicabile, invece, per espressa previsione legislativa — in ragione del chiaro tenore letterale dell'art. 3 della l. n. 108 del 1990 — al licenziamento discriminatorio (quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro).

L'esigenza di evitare diversità di trattamento prive di coerenza logica è suscettibile, poi, di legittimare op-

zioni ermeneutiche volte a ricondurre non solo il licenziamento della lavoratrice madre (intimato in violazione dell'art. 2, l. 30 dicembre 1971, n. 1204) (48), ma anche quello della lavoratrice per causa di matrimonio (regolato dall'art. 2, l. 9 dicembre 1963, n. 7) nell'area del licenziamento discriminatorio (49), con l'effetto di assegnare al sistema risarcitorio di cui all'art. 18 st. lav. un ruolo ben più ampio ed assorbente di quello sinora ad esso riconosciuto (50)

(47) La tendenza ad accreditare la tutela reale come criterio sanzionatorio di carattere generale del licenziamento illegittimo ha trovato riscontro pure nell'assimilazione dell'indennità ex art. 8, l. n. 604/1966 a quella ex art. 18, 5° co., st. lav. statuendosi — in relazione ai rapporti garantiti con la mera stabilità obbligatoria — che, nel caso in cui la ripresa del servizio offerta dal datore di lavoro risulti impossibile per il rifiuto del dipendente, questi può sempre pretendere il pagamento dell'indennità (cfr. in tali sensi: Cass. 8 gennaio 2001, n. 107, in «Not. giurispr. lav.» 2001, 321 e Cass. 10 dicembre 1998, n. 12444, *ibidem* 1999, 82, che richiamano ambedue Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44, *ibidem* 1996, 94). Orientamento questo contrastato però da un opposto indirizzo che — configurando l'obbligo di riassunzione come alternativo a quello risarcitorio — nega al lavoratore, che abbia rifiutato l'invito alla ripresa del servizio, il diritto all'indennità (cfr. Cass. 12 giugno 1995, n. 6620, in «Not. giurispr. lav.» 1995, 766; Cass. 18 dicembre 1992, n. 12486, *ibidem* 1993, 108), in base all'assunto — confortato dal chiaro tenore del dato normativo — che l'opzione tra riassunzione e risarcimento è rimessa al datore di lavoro (cfr. Cass. 1° febbraio 1992 n. 1037, in «Or. giur. lav.» 1992, 679; Cass. 3 gennaio 1986, n. 33, in «Not. giurispr. lav.» 1986, 399).

(48) Per la tesi che alla lavoratrice madre compete la tutela reintegratoria (e risarcitoria) approntata dall'art. 18 st. lav. in ragione della forza espansiva di quest'ultima norma, più volte sottolineata dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 22 gennaio 1987, n. 17, in «Foro it.» 1987, I, 1003) e di legittimità (Cass. 11 maggio 1990, n. 4072, in «Not. giurispr. lav.» 1990, 684) vedi: Amoroso, in nota a Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in «Foro it.» 1991, I, 698, cui *adde* LAURO, voce *Maternità*, in *Lemmario giuridico del nuovo diritto del lavoro*, vol. I, *Del rapporto di lavoro*, Napoli 1993, 212.

Sulle conseguenze risarcitorie del licenziamento della lavoratrice madre vedi *amplius*: VIDIRI, *La parità di trattamento. Il lavoro femminile, nella collana Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, curata da Balletti, Padova 1997, 110 ss.

(49) Per MORGERA, *Il licenziamento discriminatorio per motivi di sesso*, in «Giust. civ.» 1984, II, 102, la l. 9 gennaio 1963, n. 7 assicura alla lavoratrice illegittimamente licenziata un trattamento più favorevole di quello riconosciuto alle lavoratrici gestanti e puerpere. In argomento vedi *amplius*: VIDIRI, *La parità di trattamento*, cit., 85, che osserva anche come la normativa in esame abbia di fatto anticipato quelle garanzie poi riconosciute, in relazione alla conservazione del posto di lavoro, dalle ll. n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970, in quanto la nullità del licenziamento intimato per ragioni di matrimonio importa l'obbligo di riammettere in servizio la lavoratrice e di corrisponderle la retribuzione globale di fatto sino al giorno della riammissione (art. 2, co. 1°, l. n. 7/1963).

(50) Evidenza MAZZOTTA, *I licenziamenti*, cit., 362, come debba ormai ritenersi definitivamente consolidato nella previsione dell'art. 3 della l. n. 108/1990 l'ampliamento dell'area dei motivi di discriminazione presi in considerazione dal legislatore nei diversi suoi interventi normativi e come le diverse ipotesi di licenziamento determinate da ragioni discriminatorie siano state riunificate «sia per ciò che riguarda la «sanzione» («nullità»), sia per quanto riguarda le sue conseguenze (reintegrazione)».

Nei prossimi fascicoli

Corte Giust. Ce 7 febbraio 2002
con nota di Alessandro Brignone

Cass. 9 gennaio 2002, n. 174
Cass. 17 dicembre 2001, n. 15949
Cass. 12 dicembre 2001, n. 15652
con nota di Nico Parise

Attività di fornitura di lavoro temporaneo e cauzione a tutela delle retribuzioni

Assunzione agevolata dei lavoratori in mobilità, trasferimento d'azienda e condotta fraudolenta delle parti