

Massimo Viceconte

RISARCIMENTO DEL DANNO C.D. INTERMEDIO EX ART. 18 L. 300 SUA NATURA E ASSOGGETTABILITA' CONTRIBUTIVA

È principio fondamentale di tecnica interpretativa nel campo giuridico quello fissato dall'art. 12 delle c.d. preleggi laddove chiarisce che « nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese del significato proprio delle parole secondo la connessione di esse... ».

L'interprete del diritto quindi, lungi dal costruire sia pure ardite costruzioni per suffragare questa o quella tesi preconcepita, deve piuttosto leggere attentamente il testo del legislatore e cercare di restare il più possibile aderente ad esso.

Esaminando l'art. 18 L. 300, si legge che nel caso di sentenza che ordini al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, allo stesso è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità.

La norma peraltro per essere compresa va inquadrata anche storicamente. Nel caso essa rappresenta certamente un notevole progresso rispetto al precedente sistema della L. 604 ed è chiaramente un momento di quella tendenza a dare al lavoratore una tutela sempre più ampia che è tipica dell'evoluzione dell'ordinamento giuslavoristico. Dalla norma in esame perciò ci si può attendere di più ovviamente della precedente normativa e quindi una maggiore tutela del lavoratore anche se certamente non può pretendersi dalla stessa quanto ancora l'ordinamento giuridico storicamente non era in grado di esprimere.

Per esprimere questa tutela il legislatore poteva scegliere tra tutti gli strumenti di tecnica giuridica che l'ordinamento giuridico gli offriva.

Tra tutti i possibili strumenti ha ritenuto di usare quello del « risarcimento del danno » che forse gli sembrava il più ampio e il più duttile da usare da parte del magistrato per coprire concretamente tutti i casi. Più precisamente il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale o del danno extracontrattuale da fatto illecito come tale intendendosi il licenziamento non supportato da una giusta causa o da un giustificato motivo o altrimenti viziato.

Da questo dato non può prescindersi se si vuole fare una corretta disamina della fattispecie senza ricorrere a equilibrismi per costruire una tutela del lavoratore diversa.

Da questa chiara qualificazione dello strumento adottato dal legislatore prende le mosse l'ampio dibattito svoltosi in questi anni sulla materia. Nella fattispecie, ci troviamo infatti di fronte come ad un « vuoto » nel rapporto di lavoro di quello specifico lavoratore, vuoto colmato con uno strumento quale quello del risarcimento del danno che copre sì in qualche modo lo spazio ma non appare soddisfacente, soprattutto per la dottrina, a rispondere a tutti gli interrogativi, a chiarire tutti i dubbi, a colmare tutte le carenze che si determinano nel rapporto di lavoro.

Di fronte a queste incertezze una parte della dottrina ha ritenuto di rifarsi a quegli strumenti tecnico-giuridici, che invece il legislatore come sopra dimostrato non ha ritenuto di usare anche se forse potevano apparire di più facile ed immediato utilizzo. C'è chi (1) ha senz'altro fatto ricorso alla disciplina dell'annullamento con la conseguente « retroattiva rimozione dell'effetto estintivo del licenziamento annullabile ». Dal che fa discendere *tout court* la « continuazione del rapporto di lavoro » e quindi gli effetti che ne conseguono e cioè il decorso dell'anzianità e la persistenza dell'obbligo del pagamento dei contributi assicurativi.

Altro istituto a cui si è ricorsi e dalla dottrina e da una parte della giurisprudenza è quello della « mora accipiendi ».

Al riguardo è d'uopo rilevare che l'istituto della « mora credendi » (2) richiede delle formalità che nel caso non si presentano (solenne o formale offerta o semplicemente offerta secondo gli usi) in quanto fino alla sentenza che dichiara invalido il licenziamento e ordina la reintegra l'unico atto che il lavoratore solitamente compie è quello dell'impugnazione del licenziamento senza offrire la propria prestazione che non avrebbe senso stante la situazione. Inoltre la « mora credendi » presuppone senz'altro un negozio pienamente valido e quindi la sussistenza, nei rapporti a prestazione corrispettive, di una obbligazione pienamente valida da parte della controparte (nel caso l'obbligo delle retribuzioni e non un risarcimento del danno): il risarcimento del danno che deriva dalla « mora credendi » è semmai l'ulteriore danno, che de-

(1) FRENI - GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, 1971, p. 67 ss.

(2) Per tutte v. Cass. 4 marzo 1978, n. 1094, in *Mass. giur. lav.*, 1978, 326: « Pertanto per spiegare il fenomeno non è puntuale il richiamo altre volte operato da questa S. Corte allo schema della *mora accipiendi*... perchè la mora creditoria, mirando a consentire al debitore il cui adempimento è ostacolato, di liberarsi anche " invito creditore " è strumento calibrato sulla figura del rapporto obbligatorio semplice e mal si adatta al contratto a prestazioni corrispettive nel quale le due parti sono contemporaneamente debitori e creditori reciproci ».

riva dalla mancata accettazione della prestazione offerta all'offerente, che si aggiunge all'originario obbligo del creditore moroso.

La dottrina prevalente (3) invece fa senz'altro sua la tesi che « per il periodo... tra il licenziamento e la sentenza il lavoratore non può rivendicare le retribuzioni perdute ma solo il risarcimento dei danni che gli spettano inderogabilmente per un periodo minimo stabilito dalla legge », e ancora « il periodo di riferimento per la valutazione dei danni è quello che va dal licenziamento alla sentenza di primo grado » (4). Ancora « in particolare dovrà tenersi conto del danno risentito eventualmente sul piano previdenziale... Deve respingersi la tesi per la quale il rapporto di lavoro continuerebbe ai fini previdenziali; altrettanto deve dirsi dell'assunto giusta il quale i contributi dovrebbero essere versati per il periodo in questione, in ragione dell'equivalenza di ciò che il lavoratore riceve rispetto alla prestazione cui avrebbe avuto altrimenti diritto, adducendosi a giustificazione che per l'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, i contributi sono dovuti su tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto di lavoro. Ma qui il lavoratore riceve la somma non dal datore di lavoro e non in ragione del rapporto di lavoro sibbene a titolo risarcitorio per il fatto dell'illegittimo licenziamento » (5).

Ed infine ancora più incisivamente « comunque sia, per questo periodo non c'è rapporto di lavoro, non c'è retribuzione, non c'è anzianità, ci sono solo i danni » (6).

Non resta che esaminare la questione alla luce del diritto positivo pur auspicandosi una riforma legislativa o almeno una pronuncia della Corte Costituzionale che tratteggi con maggiore tecnicismo giuridico la tutela del lavoratore licenziato (7).

L'art. 18 L. 300 prevede, come abbiamo detto, il risarcimento del danno nel periodo prima della sentenza che annulla il licenziamento laddove ad una sentenza di nullità o di annullamento avrebbe potuto fare conseguire un ripristino della situazione anteriore all'atto annullato o dichiarato nullo (*id est* il licenziamento) e quindi il risorgere dell'obbligo delle retribuzioni e di tutti gli altri obblighi discendenti dal rapporto di lavoro.

Invece il legislatore ha previsto il risarcimento del danno. Dobbiamo ritenere comunque che con questo strumento il legislatore abbia voluto conseguire per il lavoratore effetti almeno pari a quelli degli altri stru-

menti giuridici a sua disposizione e senz'altro abbia ricorso al « risarcimento del danno » come a una tutela più efficace da porre a disposizione del Magistrato che avrebbe potuto usarla senza vincoli troppo stretti, ma adeguandola per la sua natura (col solo minimo delle cinque mensilità) alle varie situazioni incontrate.

L'art. 18 L. 300 quindi lasciava aperti alcuni problemi di estrema importanza per i lavoratori interessati a favore dei quali fosse stata pronunciata una sentenza di reintegrazione: ovviamente è in primo luogo l'aspetto delle retribuzioni ma anche l'aspetto previdenziale e quello delle anzianità ai fini dei vari istituti. Posto che la sentenza spesso risolveva quello economico almeno in termini monetari ben presto all'esame dei Magistrati veniva portato quello previdenziale per risolvere il quale occorreva a monte risolvere il problema della natura di questo « risarcimento del danno ».

Una prima presa di posizione significativa avveniva da parte della Corte d'Appello di Potenza del 2 ottobre 1974 (8).

Possiamo dire che l'elaborazione giurisprudenziale è tuttora in corso, anche se è passata per tappe significative che fanno comprendere come l'evoluzione porterà a una tutela integrale del lavoratore per il recupero della pienezza dei suoi diritti.

Allo stato attuale l'orientamento giurisprudenziale ruota attorno a due cardini ben definiti (sia pure con qualche eccezione (9) e con qualche variante marginale).

Dalla giurisprudenza cioè si tende a sancire l'assoggettabilità delle somme corrisposte:

A) considerando ricomprese, in primo luogo, nel risarcimento del danno le retribuzioni che sarebbero spettate nel periodo intercorrente tra il licenziamento e la riassunzione. Già la Corte d'Appello di Potenza con la sentenza succitata dopo avere sia pure discutibilmente chiarito che con la locuzione « risarcimento del danno » il legislatore ha voluto adottare una accezione onnicomprensiva che consente di liquidare in aggiunta alla retribuzione perduta tutti quegli altri pregiudizi che vanno oltre il puro lucro cessante » (ma quali possano essere non dice) enuncia « la sanzione denominata risarcimento del danno ha funzione e natura retributiva a nulla rilevando l'eventuale difformità tra l'effettivo periodo di sospensione del rapporto ed il numero delle mensilità determinato dalla sentenza ».

Tecnicamente più raffinata è la già tanto discussa sentenza della Cassazione 28 maggio 1976, n. 1927 (10), laddove afferma che « in ogni caso nella somma corrisposta a titolo di risarcimento non può non con-

(3) ASSANTI - PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, CEDAM, 1972, p. 197 ss.

(4) ASSANTI - PERA, *Op. Cit.*, p. 202.

(5) ASSANTI - PERA, *op. Cit.*, p. 203.

(6) ASSANTI - PERA, *op. Cit.*, p. 204.

(7) V. l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della Pretura di Varese del 15 dicembre 1977 ai sensi degli artt. 3 e 38 Cost. (in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 1978, 1161).

(8) In *Mass. giur. lav.*, 1975, 93.

(9) Pretura di Bari 3 dicembre 1975, in *Mass. giur. lav.*, 1976, 68.

(10) In *Mass. giur. lav.*, 1977, 234 con nota di ALIBRANDI di segno contrario.

tenersi anche ed in primo luogo proprio la retribuzione e stante l'indissolubile vincolo che nega il rapporto assicurativo con quello di lavoro grava sul datore di lavoro anche l'onere contributivo commisurato all'intero ammontare del danno liquidato nel caso in cui la liquidazione del danno coincida con quella che sarebbe stata la normale retribuzione nel normale svolgimento di lavoro ».

Coerentemente anche la Cass. 21 novembre 1977, n. 5079 (11), afferma che « se il periodo intercorrente tra la data di un licenziamento illegittimo e quello della sentenza è superiore a cinque mesi ad esso deve rapportarsi il ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore e consistente almeno nella perdita della retribuzione che egli avrebbe ricevuto se non fosse stato licenziato ».

Ancora Cass. 4 marzo 1978, n. 1094 (12), nella motivazione afferma che « il ripristino della situazione anteriore al licenziamento si realizza oltre che con l'ottemperanza al comando giudiziale anche col riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno subito nel quale non può non contenersi in primo luogo anche la retribuzione ». Vedansi pure (13) Cass. 8 aprile 1978, n. 1643, Cass. 30 marzo 1978, n. 1473, Cass. 29 giugno 1978, n. 3269, Cass. 29 giugno 1978, n. 3271 e Cass. 25 ottobre 1978, n. 4856.

Spesso nel momento logico precedente, le citate sentenze postulano la continuità o sussistenza del rapporto di lavoro con contraddizione, secondo noi, con la successiva affermazione della esistenza di un diritto al risarcimento del danno, dovendosi invece affermare, sul presupposto della sopravvivenza del rapporto di lavoro, il diritto alle retribuzioni *tout court* anche in base ai principi generali dell'ordinamento in tema di nullità e annullabilità degli atti. Così Corte d'Appello di Potenza 2 ottobre 1974 citata « in virtù dell'ordine di reintegrazione non si costituisce un nuovo rapporto di lavoro ma si consacra la continuazione di quello interrotto per illegittima determinazione del datore di lavoro ». Anche la Corte Costituzionale con sentenza del 3 luglio 1975, n. 178 (14): « per il periodo antecedente alla sentenza, la riconosciuta invalidità del licenziamento comporta invece una disciplina particolare: da un lato il rapporto non può ritenersi estinto sicché ai fini dell'anzianità va configurato come mai interrotto; dall'altro il legislatore ha previsto la sanzione del risarcimento danni con la predeterminazione di un minimo ». La importante sentenza Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, citata: « a norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 il licenziamento illegittimo non

interrompe il rapporto e quindi non fa venire meno il diritto del prestatore alla retribuzione ».

Ancora nella motivazione della Cass. 4 marzo 1978, n. 1094, citata: « poichè il licenziamento illegittimo non interrompe il rapporto di lavoro inteso come relazione giuridica ma ne pregiudica la funzionalità di fatto... ».

Qualche riserva inoltre è stata sollevata, in particolare sotto il profilo della assoggettabilità contributiva del risarcimento del danno c.d. intermedio, in relazione al fatto che il legislatore ha subito posto come misura minima di esso la corresponsione di almeno cinque mensilità computate secondo i criteri dell'art. 2121 codice civile. Evidentemente viene qui in considerazione il carattere particolare di questo istituto, che per altro trova riscontro in altri istituti già presenti nel nostro ordinamento privatistico. Così la c.d. clausola penale (art. 1382 c.c.) che rappresenta una liquidazione del danno indipendentemente dalla prova di esso e che è compatibile con la convenuta risarcibilità del danno ulteriore.

Questo carattere particolare del risarcimento ex art. 18 L. 300 è già stato individuato dalla giurisprudenza. Così Cass. 20 maggio 1976, n. 1824 (15): « il risarcimento del danno nella misura minima di cinque mensilità di retribuzione previsto dall'art. 18 2° comma dello statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300) in favore del dipendente illegittimamente licenziato ha carattere di penalità a carico del datore di lavoro ». Nella motivazione della Cass. 4 marzo 1978, n. 1094 citata: « giova piuttosto fermare l'attenzione sul fondamento delle attribuzioni patrimoniali contemplate dall'art. 18 L. 20 maggio 1970, n. 300 e sulla loro natura retributiva e ad un tempo sanzionatoria ».

Ancora più esplicitamente la Cass. 29 giugno 1978, n. 3271 (16), enuncia « l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, per la sanzione del risarcimento del danno relativo al periodo precedente alla pronuncia di illegittimità del licenziamento, ha previsto un sistema composito, per una parte a carattere sanzionatorio con presunzione legale invincibile di danno (nella misura di cinque mensilità) per l'altra — quella dell'eventuale maggior danno — soggetta ai criteri generali e influenzata dagli eventuali guadagni conseguiti altrimenti dal lavoratore ».

B) Delineando un concetto di retribuzione ai fini previdenziali diverso da quello tipico privatistico sia attraverso l'allargamento del concetto di retribuzione fino a ricomprendervi tutto quanto corrisposto in connessione comunque sussistente col rapporto di lavoro sia attraverso il superamento del sinallagma prestazione-retribuzione.

(11) In *Mass. giur. lav.*, 1978, 519.

(12) In *Mass. giur. lav.*, 1978, 326.

(13) In *Mass. giur. lav.*, 1978, 518, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 638 s., in *Mass. giur. lav.*, 1980, 90.

(14) In *Mass. giur. lav.*, 1975, 298.

(15) In *Mass. giur. lav.*, 1976, 583.

(16) In *Mass. giur. lav.*, 1979, 639.

Su questa strada troviamo già la Corte d'Appello di Potenza del 2 ottobre 1974 citata che ha affermato che « l'assoggettamento a contributi delle somme liquidate a titolo di risarcimento ex art. 18 secondo comma legge n. 300 del 1970 si desume anche dall'art. 12 legge 30 aprile 1969, n. 153, che ha introdotto una più ampia accezione della retribuzione ai fini contributivi che si pone in diretto collegamento con il rapporto di lavoro e non sempre con l'esecuzione dell'attività lavorativa ».

Decisamente più articolata la sentenza del Tribunale di Milano 13 novembre 1975 (17) recita: « nel concetto di retribuzione previdenziale non si ha l'assunzione del concetto privatistico di retribuzione, bensì un'autonoma formulazione di un istituto diverso. Pertanto in base all'art. 24 R.D. 28 agosto 1924, n. 1422 e all'art. 12 legge 30 aprile 1979, n. 153, deve ritenersi che il risarcimento del danno ex art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300, per il licenziamento illegittimo dovuto in relazione al tempo intercorrente tra il licenziamento e la sentenza di reintegrazione è assoggettabile ai contributi assicurativi ed è irrilevante che durante tale periodo si sia instaurato un altro rapporto di lavoro con diverso imprenditore ».

Interessante è la lettura della motivazione nella quale esplicita che « la nozione di retribuzione ai fini previdenziali... non è limitata dal nesso di corrispettività tra prestazione lavorativa e compenso percepito ».

Anche la Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, citata, recepisce tali concetti. Nella motivazione richiama « l'evoluzione legislativa del concetto di retribuzione, il graduale affievolimento e superamento del carattere di corrispettività fondamentalmente alla stessa attribuito sì che si danno casi (ferie retribuite, periodo di malattia, infortunio e puerperio retribuito a norma dell'art. 2110 c.c. ...) in cui si ha retribuzione senza una corrispondente prestazione di attività di lavoro » e dopo « non è meno evidente il nuovo significato ed il nuovo carattere ad essa (retribuzione) riconosciuti nella legge n. 1124 del 1965 e poi nella legge n. 153 del 1969 che rispettivamente agli artt. 29 e 12 definiscono la retribuzione come « tutto ciò che il lavoratore riceve... in dipendenza del rapporto di lavoro, anche in periodo di ferie e in occasione di festività » ecc.: formula in cui, come giustamente osservato in dottrina, il nesso di interdipendenza della retribuzione si sposta dalla prestazione di lavoro alla permanenza del rapporto ».

Sia pure riferendosi a fattispecie diversa riprende tali concetti la Cass. 2 dicembre 1977, n. 5234 (18): « nel concetto di retribuzione soggetta alla contribuzione per previdenza e assistenza sociale rientrano gli emolumenti che pur non costituendo compenso di specifiche prestazioni vengono corrisposti in dipendenza del rapporto di lavoro ».

Anche la Cass. 4 marzo 1978, n. 1094 citata enuncia principi identici (pur applicandoli nel caso alla fase del rapporto di lavoro successiva alla sentenza): « invero l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sulla scia di un'evoluzione legislativa... ha superato il principio della c.d. corrispondenza bi-univoca tra retribuzione e lavoro effettivo...: è il sinallagma genetico che riprende il sopravvento su quello funzionale ».

A nostro parere tuttavia non mancano nella materia incoerenze e si avverte il disagio della dottrina che, contrariamente all'orientamento della giurisprudenza, propende per la non assoggettabilità delle somme corrisposte ex art. 18 sulla considerazione della loro natura di risarcimento del danno.

La questione è stata portata recentemente all'esame della Suprema Corte dalla Pretura di Varese il 15 dicembre 1977 (19) citata, perchè si pronunci sulla difficile e complessa fattispecie.

Tuttavia nelle more della pronuncia sempre in coerenza col sistema su delineato si potrebbe operare un tentativo di superare lo scollamento evidente ricorrendo, attraverso un approfondimento ulteriore, allo strumento del risarcimento del danno in forma specifica (20) che consentirebbe di superare la discrepanza tra risarcimento del danno e retribuzioni da corrispondere assorbendo le ultime nel primo, riconducendo a unità la dicotomia. Le retribuzioni altro non sarebbero, nella fattispecie, che il risarcimento in forma specifica del danno patito dal lavoratore. Non è mancato nella giurisprudenza chi come il Tribunale di Milano nella citata sentenza del 13 novembre 1975 ha utilizzato tale meccanismo giuridico laddove afferma che « il risarcimento del danno nei limiti in cui è strumento al ripristino della situazione giuridica in cui il lavoratore si sarebbe trovato senza il licenziamento illegittimo si riconduce sotto la nozione di retribuzione previdenziale ». E ancora più esplicita laddove dice che « fino a concorrenza della retribuzione il risarcimento danni dovuto ex art. 18 stat. lav. è un elemento concorrente e strumentale della restituzione in pristino del rapporto e non un autonomo risarcimento danni per equivalente ».

(17) In *Mass. giur. lav.*, 1976, 421.

(18) In *mass. giur. lav.*, 1978, 800.

(19) Citata in nota precedente.

(20) Di avviso contrario DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 504, sul punto pagina 539.