

Avvocato Marco De Bellis

Venerdì 21 marzo 2014 (ore 11-30 – 13,00)

IX Congresso Giuridico Forense (Santo Spirito in Saxia – Roma)

**“Il revirement (capovolgimento) della Cassazione sulla indennità sostitutiva della reintegra al vaglio delle Sezioni Unite”.**

## RELAZIONE

### 1. **INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA.**

Con ordinanza 31 luglio 2013, n. 18369 (cfr. **docc. 1a e 1b**) la Suprema Corte di Cassazione ha rimesso la seguente questione alle Sezioni Unite:

*“l’opzione per il pagamento della indennità sostitutiva in luogo alla reintegrazione fa o meno perdere il diritto al risarcimento del danno per il periodo che intercorre fino al giorno del pagamento della indennità” ?*

### 2. **L’ATTUALITA’ DEL PROBLEMA (?)**

Il problema si pone unicamente per i licenziamenti intimati antecedentemente all’entrata in vigore della c.d. Legge Fornero e che si trovino *sub iudice* (L. 92 del 2012, entrata in vigore il 18 luglio 2012).

Infatti, il testo attuale dell’art. 18 L. 300 del 1970, come modificato dalla L. Fornero prevede, al comma 3, risolve ogni equivoco:

*“3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un’indennità pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro.*

*e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione”.*

Dunque, il legislatore ha espressamente previsto che la richiesta da parte del dipendente della indennità sostitutiva della reintegrazione (e **non** il pagamento della indennità) determini la risoluzione del rapporto di lavoro e quindi l'estinzione dell'obbligo di corrispondere le retribuzioni.

Nessun dubbio sul punto.

- **Focus: il nuovo comma 3 art. 18 Statuto dei Lavoratori è norma interpretativa? (cfr. pag. 8 doc. 2).**

Parte della dottrina ha ravvisato nel nuovo testo dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori il tentativo del legislatore di sciogliere il nodo interpretativo *de quo*.

Infatti, ci si è chiesti se la disposizione che oggi (post-Fornero) regola l'opzione sia ascrivibile alle leggi di interpretazione.

Sul punto, è stato osservato che la funzione interpretativa di una norma prescinde dalla sua “auto qualificazione” in tal senso<sup>1</sup>.

Parte della dottrina ha quindi ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 18 possa essere ritenuta “Legge interpretativa”.

### **3. IL PROBLEMA.**

Come noto, l'art. 18 L. 300 del 1970 prevedeva (nella sua formulazione antecedente l'entrata in vigore della L. 92 del 2012) che in caso di licenziamento invalido intimato da

---

<sup>1</sup> Sul punto, Corte Costituzionale n. 26 del 2003 in Guida dir. 2003, 30, secondo cui, ai fini della identificazione di una legge di interpretazione autentica rileva “*il fatto che l'intervento legislativo sia rivolto a precisare il significato di disposizioni al fine di vincolare il significato loro ascrivibile a una tra le possibili varianti di senso del testo originario*”.

imprese che superassero determinate soglie occupazionali<sup>2</sup>, il Giudice ordinasse al datore di lavoro di reintegrare il dipendente e di corrispondergli le retribuzioni globali di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegra.

Al comma 5, si prevedeva altresì:

*“Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro e` data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità` pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, ne` abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità` di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti”.*

Dunque, il legislatore non stabiliva il momento in cui, nel caso dell'esercizio dell'opzione risarcitoria, cessasse l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere le retribuzioni (**doc. 3**).

Negli anni, ciò ha dato luogo a due contrastanti indirizzi interpretativi:

- a) il primo, che identifica il momento dell'estinzione della obbligazione retributiva con quello in cui il dipendente **chiede** l'indennità sostitutiva della reintegra;
- b) l'altro, che ritiene che l'estinzione della obbligazione si verifichi solo a seguito dell'effettivo **pagamento** della indennità da parte del datore di lavoro.

#### **4. L'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE MAGGIORITARIO E CONSOLIDATO: IL RISARCIMENTO SPETTA SINO AL PAGAMENTO.**

L'orientamento giurisprudenziale (fino a tempi recenti) maggiormente consolidato, reputa che l'estinzione dell'obbligo retributivo consegua solo all'effettivo pagamento della indennità sostitutiva della reintegrazione.

---

<sup>2</sup> Più di 15 dipendenti nell'unità produttiva ovvero più di 15 dipendenti nel Comune ovvero complessivamente più di 60 dipendenti.

Tale orientamento si fonda su due argomentazioni alternative (che han dato luogo ad orientamenti che – seppure giunti alla medesima conclusione – sono differenti).

Vediamoli.

**a)** Secondo il primo (e più datato) orientamento giurisprudenziale, la richiesta della indennità sostitutiva della reintegra costituirebbe l'esercizio di un diritto derivante dalla illegittimità del licenziamento; diritto riconosciuto al dipendente secondo lo **schema della obbligazione con facoltà alternativa ex parte creditoris**<sup>3</sup>.

Come noto, le obbligazioni con facoltà alternativa hanno ad oggetto una sola prestazione ma il debitore può liberarsi eseguendo un'altra obbligazione. Nel caso *de quo* l'obbligazione semplice (o principale) è la reintegrazione e quella facoltativa è il pagamento della indennità sostitutiva.

La prestazione facoltativa è dovuta se preferita dal creditore (dipendente).

**Solo l'adempimento della obbligazione facoltativa, quindi il pagamento al dipendente della indennità sostitutiva, estingue l'obbligazione principale (la reintegra) interrompendo il decorso dell'obbligo retributivo.**

In tale senso: Cassazione 16 marzo 2009, n. 6342 **doc. 4**; Cassazione 26 agosto 2003, n. 12514; Cassazione 4 settembre 2009, n. 19244.

**b)** Anche il secondo orientamento ritiene che, in caso di esercizio della opzione, l'obbligo di corrispondere le retribuzioni cessi solo al pagamento della indennità sostitutiva alla reintegra.

Tuttavia, tale orientamento non riconosce lo schema della obbligazione con facoltà alternativa e ritiene che il rapporto cessi con la dichiarazione dell'esercizio della opzione.

---

<sup>3</sup> Cfr. sul punto: "Manuale di diritto privato Torrente e Schlesinger", pag. 198 e Corte Costituzionale n. 81 del 1992.

La decorrenza dell'obbligo retributivo sino al momento del pagamento della indennità sostitutiva **discenderebbe, infatti, dalle esigenze di minimizzare il pregiudizio del dipendente a seguito del licenziamento.**

La Cassazione nomina questo principio come di "effettività dei rimedi giurisdizionali" (**doc. 5**)

In pratica, l'obiettivo è di dissuadere il datore di lavoro dall'inadempimento dell'obbligo indennitario.

In tale senso: Cassazione 16 novembre 2009, n. 24199 e Cassazione 21 novembre 2012, n. 20420 **doc. 5**.

#### **5. L'ALTRO ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE: IL RISARCIMENTO SPETTA SINO ALLA DICHIARAZIONE (OVVERO ALL'ESERCIZIO DELLA OPZIONE).**

Un recente orientamento giurisprudenziale prevede, invece, che l'obbligo di corrispondere le retribuzioni, si estingua con l'esercizio della opzione.

Questo orientamento ritiene che il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva della reintegra avrebbe per oggetto una **obbligazione alternativa** (art. 1285 e ss. cod. civ.).

Come noto, l'obbligazione alternativa ha ad oggetto duo o più prestazioni e il debitore si libera eseguendone una sola. Con l'esercizio della facoltà di scelta, l'obbligazione alternativa diventa semplice.

Nel caso *de quo*, alternativo alla indennità è il diritto alla continuazione del rapporto.

La scelta diventa irrevocabile con la dichiarazione.

Il comportamento successivo è dunque privo di effetti rispetto al rapporto (Cassazione 17 febbraio 2009, n. 3775 **doc. 6**).

La reintegrazione diventa inesigibile e, rispetto ad una prestazione inesigibile, non è configurabile un inadempimento del datore di lavoro (Cassazione 25 settembre 2012, n. 16228).

In tal senso anche: Cassazione 20 settembre 2012, n. 15869.

## **6. LA GENESI DELL'ORIENTAMENTO PIU' DATATO: LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 81 DEL 4 MARZO 1992.**

Con sentenza n. 81 del 4 marzo 1992 la Corte Costituzionale si pronunciava sul punto.

La questione sottoposta alla Corte Costituzionale, in realtà, riguardava la presunta manifesta sproporzionalità di tutela che l'art. 18, comma 5 Statuto dei Lavoratori avrebbe accordato rispetto alla indennità sostitutiva (del preavviso) in caso di dimissioni per giusta causa.

In quella occasione, la Corte aveva affermato che il diritto alla reintegra, ovvero il diritto alla indennità sostitutiva della medesima, costituirebbe una "obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore" (lavoratore) concludendo, che il rapporto di lavoro non cesserebbe per effetto della dichiarazione ma solo col pagamento della indennità sostitutiva (**doc. 7**).

## **7. ALCUNE SENTENZE DELLA SUPREMA CORTE (EX PLURIMIS, CASSAZIONE 11 MARZO 2013, N. 5950) CONTESTANO L'APPROCCIO METODOLOGICO E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE.**

Il più recente orientamento giurisprudenziale ha fortemente criticato il "metodo" scelto dalla Corte Costituzionale (e poi apoditticamente assunto a modello dalla giurisprudenza negli anni a seguire) per analizzare il problema *de quo*.

Più in particolare, secondo tale orientamento giurisprudenziale alla fattispecie in esame **non si possono applicare gli istituti civilistici della "obbligazione facoltativa" ovvero della "obbligazione alternativa" in virtù del principio di "autonomia del diritto del lavoro"** (Cassazione 11 marzo 2013, n. 5950, **doc. 8**)

La critica, oltre che al metodo, è altresì rivolta al merito della pronuncia della Corte Costituzionale.

Infatti, il principio di diritto “elevato a dogma” da parte della giurisprudenza (ovvero l’esistenza di una obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore), non aveva condizionato la decisione della Corte Costituzionale sul reale oggetto della pronuncia (essendo stato trattato “*en passant*”).

## **8. CONCLUSIONI.**

Parte della dottrina ha ritenuto di assistere ad un “capovolgimento” dell’orientamento della giurisprudenza di legittimità in relazione alla tematica affrontata.

In effetti, negli anni, è mutato l’orientamento dapprima consolidatosi (che prevedeva l’estinzione dell’obbligo retributivo col pagamento della indennità sostitutiva della reintegra) sino alla affermazione dell’orientamento opposto (che prevede che l’estinzione dell’obbligo retributivo avverrebbe con l’esercizio della opzione).

Tuttavia, a ben guardare, non si è trattato di un vero e proprio “capovolgimento”.

Infatti, alcune sentenze anche molto recenti (vedasi Cassazione 21 novembre 2012 n. 20420) sono giunte alle conclusioni affermate dall’orientamento giurisprudenziale più datato.

E’ proprio in questo contesto che si è resa necessario l’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, che stiamo attendendo, che probabilmente non potrà ignorare il recente intervento del legislatore (pure se in un contesto complesso).