



Testo pubblicato a seguito di referaggio anonimo

Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito *

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 180/2013

© Arianna Avondola 2013
Università di Napoli "Federico II"
arianna.avondola@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*

Arianna Avondola
Università di Napoli "Federico II"

1. Il "tabù" violato.....	2
2. Le ipotesi di riducibilità del danno nel nuovo art. 18: profili processuali, formali e sostanziali.	5
3. L' <i>aliunde perceptum</i> ieri, oggi e...domani?	11
4. L' <i>aliunde percipiendum</i> : un intruso nel nuovo art. 18 St. Lav. .	19
5. Il "grande assente": il danno ulteriore.	22

* Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla Direzione della collana. Ricevuto il 19/07/2013; accettato il 05/09/2013; pubblicato il 09/09/2013

1. Il "tabù" violato.

«Il licenziamento è un tabù, un brivido sociale che corre sulla schiena di tutti, perché è in gioco la perdita del posto di lavoro in un mondo ostile, statico, dove le occasioni di impiego sono scarse e dove le bocche da sfamare sono molte»¹. Era l'ormai lontano 1999 quando ACCORNERO apriva con questa frase un "libricino" dal titolo roboante, ma che oggi si potrebbe definire quasi profetico, con cui l'autore intendeva dare una scossa definitiva all'acceso dibattito sorto in merito alla necessità di modificare l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, tematica che all'epoca sembrava già giunta al capolinea.

La strada da percorrere, in realtà, era ancora molto lunga prima di poter approdare ad una (vera) "Riforma" (ci si riferisce, ovviamente, alla L. n. 92 del 2012), che, tuttavia, a fronte dei moniti, delle discussioni e dei suggerimenti provenienti da un confronto pluriventennale, invece di dirimere i contrasti, ha finito per alimentarli ulteriormente, andando ad incidere proprio sui punti nevralgici di questa problematica che da tanto tempo coinvolge eminenti studiosi, così come i giudici delle corti più alte, ma anche parti sociali, lavoratori, e comuni cittadini.

Al di là dei primi tentativi di cambiamento, tutti nel senso dell'estensione della tutela reale, che caratterizzarono alcune proposte di referendum promosse da Democrazia Proletaria nel decennio 1980-1990, mai portate a realizzazione (o perché il referendum venne dichiarato inammissibile dalla Corte Costituzionale, o perché inattuabile essendo sopraggiunta la novella n. 108/90), la discussione sull'art. 18 St. lav. prese reale vigore nella metà degli anni '90 del secolo scorso, attraverso proposte e iniziative di segno contrario rispetto a quelle che avevano caratterizzato gli anni '80.

Il dibattito, infatti, si inserì in quello più generale sulla rigidità del mercato del lavoro italiano, cosicché l'art. 18 divenne immediatamente l'emblema dell'immobilismo della legislazione italiana e della eccessiva protezione del lavoro dipendente.

Le imprese chiedevano a gran voce un allentamento normativo sui licenziamenti per far crescere l'occupazione. Un "sofisma", quello secondo cui gli imprenditori debbono poter licenziare per poter assumere, pronunciato quindici anni fa e mai apertamente smentito, benché lo stesso ACCORNERO, già all'epoca, avesse chiarito «senza ipocrisia [che]: chi licenzia può assumere o non assumere, ma per intanto vuole licenziare»².

¹ A. ACCORNERO, *L'ultimo tabù*, Editori Laterza, 1999, 3.

² *Ibidem*, 9.

In quella realtà, sempre più divisa tra esigenze di mobilità ed elasticità del mondo del lavoro e un portato storico tenacemente abbarbicato ai più rigorosi schemi imposti dallo Statuto dei Lavoratori, si andò creando una frattura tra differenti correnti di pensiero, che generò anche violenti attacchi, da parte dei rappresentanti delle istanze più riformiste, all'immobilismo legislativo, che ha rischiato di essere spazzato via da forme di flessibilità selvaggia realizzate nei fatti o addirittura a livello normativo³.

Così, le numerose proposte di legge che si susseguirono sembrarono concentrarsi prevalentemente sulla necessità di modificare o, in maniera più *soft*, di razionalizzare quel regime reintegratorio, che negli anni '70 aveva rappresentato un traguardo di civiltà giuridica e il vanto della cultura giuslavoristica italiana, e che improvvisamente era divenuto simbolo dell'intagibilità del posto di lavoro.

Pertanto, muovendo dal presunto effetto depressivo prodotto dalle limitazioni di tipo "reale" alla facoltà di recesso dei datori di lavoro sui livelli occupazionali o quanto meno sul *turn over* tra *insiders* e *outsiders*, giunsero numerose proposte, caratterizzate da un unico comun denominatore: la marginalizzazione della reintegrazione attraverso una robusta monetizzazione del regime sanzionatorio previsto in caso di licenziamento ingiustificato⁴.

³ R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione "miope" e tentativi di riforma*, DML, 2000, 3, 516, che ricorda il caso del referendum del 2000, che proponeva l'abrogazione "secca" dell'art. 18 St. Lav., ma che comunque non raggiunse il *quorum*.

⁴ Mentre, infatti, il sen. DE BENEDETTI (sulla base di un'originaria proposta del Prof. ICHINO) ipotizzava un unico sistema sanzionatorio per i diversi casi di licenziamento illegittimamente irrogato, con un rafforzamento dell'istituto del preavviso, al fine di incentivare l'attivarsi del lavoratore per il reperimento di una nuova occupazione e imponendo una penale pecuniaria in capo al datore di lavoro «pari a tanti dodicesimi di retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro, quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda, aumentati di sei e diminuiti del numero di mesi del preavviso spettante al lavoratore e da lui effettivamente goduto (...)», cioè un principio di monetizzazione integrale (sul punto, cfr. G. TRIONI, *Tutela contro i licenziamenti: fine di un'epoca*, DRI, 1997, 3, 135); T. TREU, in un'ottica promozionale volta alla valorizzazione dei mezzi deflattivi del contenzioso, postulava, invece, una unificazione dell'ambito applicativo della tutela contro i licenziamenti illegittimi, prevedendo un'alternativa sanzionatoria tra reintegrazione o pagamento di un'indennità a titolo risarcitorio, utilizzando la reintegrazione obbligatoria solo per alcuni pochi casi residuali (v., *amplius*, T. TREU, *Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, DRI, 2000, 3, 286). Anche la Commissione FOGLIA (con una *Proposta di articolato* del novembre 2006 "Per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro", cfr. su www.giustizia.it), che puntava principalmente a realizzare un *iter* processuale più spedito, imponeva la necessità di garantire l'effettiva attuazione del provvedimento di condanna del datore di lavoro attraverso una forte misura coercitiva di carattere pecuniario, individuata

Nonostante la presenza di alcune voci dissonanti⁵, il meccanismo risarcitorio/indennitario era definitivamente entrato (di prepotenza) nella nostra cultura legislativa, che con le proposte formulate nel Libro Bianco⁶ e nel successivo Patto per l'Italia⁷ sembrò destarsi da un letargo trentennale, attraverso un sistema sperimentale volto a costituire, per alcuni casi specifici, un art. 18 St. Lav. "edulcorato" o "depotenziato", perché amputato della reintegrazione.

Un'ipotesi che, però, si rivelò ben presto ai limiti dell'incostituzionalità (in quanto rischiava di creare condizioni di disuguaglianza sostanziali contrarie all'art. 3 Cost.) e che produsse effetti così modesti e poco risolutivi da non giustificare un intervento, che ha invece avuto una valenza simbolica ed una carica dirompente tali da non poter nascondere la stridente sproporzione del mezzo rispetto all'obiettivo prefissato, risolvendosi sostanzialmente in una mera esibizione di forza e generando per contro una profonda, insanabile crepa nella (conquistata) unità sindacale.

Da allora numerose altre ipotesi ricostruttive⁸ hanno tentato uno spostamento dei vincoli convenzionali verso una massiccia monetizzazione del regime sanzionatorio, impostazione accolta definitivamente dall'ultimo Governo (Monti)⁹, che, repentinamente, ha

sul modello francese delle *astreintes*, connotata dalla irripetibilità delle somme in caso di successiva sentenza dichiarativa della legittimità del licenziamento.

⁵ Tra gli altri si ricordano le tesi avanzate da R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina de licenziamento*, op. ult., cit., 516, che ipotizzava alcune modifiche dirette a "puntellare" piuttosto che abbattere il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, in un'ottica di superamento dello stallo normativo, affrontando gli aspetti più anacronistici e meno tollerati della disciplina all'epoca vigente, tra cui: la revisione delle soglie dimensionali che delimitavano il campo applicativo del regime reintegratorio, attraverso un indice dimensionale combinato tra numero degli addetti e fatturato; l'incentivazione alla crescita per le piccole imprese previa esclusione per un limitato periodo di tempo (36 mesi) dei nuovi assunti dall'applicazione del regime reintegratorio; una effettiva riforma del processo del lavoro, volta a valorizzare le forme conciliative e arbitrali, con "corsie privilegiate" nei tempi, segnatamente per le controversie aventi ad oggetto il licenziamento; infine, la limitazione delle responsabilità risarcitorie in caso di durata abnorme del processo; nonché L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, DML, 2000, 2, 428, che proponeva l'opportunità di prevedere una più corretta tipizzazione dei motivi di licenziamento previa un'articolazione tipologica dei contratti, dando maggiore spazio anche alla contrattazione gestionale.

⁶ Si ricorda che il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità* fu redatto da un gruppo di lavoro coordinato da M. SACCONI e M. BIAGI e presentato il 3 ottobre 2001.

⁷ Ddl 848-S del 2002.

⁸ L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Ed. Scientifica, 2012, 114, parla di "riforme oblique", riferendosi tra le altre al cosiddetto Collegato Lavoro del 2010 e all'art. 8 del d.l. 138/2011.

⁹ Si tratta della cosiddetta Riforma Fornero, L. 28 giugno 2012, n. 92.

stravolto la normativa del 1970, probabilmente animato dalla granitica convinzione¹⁰ della sopraggiunta necessità di dover allentare i limiti imposti dalla regolamentazione esistente, i quali –secondo la *ratio legis* della nuova normativa- rendono onerosi i costi e imprevedibili i tempi del licenziamento. Sicchè, piuttosto che ipotizzare un ripensamento complessivo di un processo giudiziario reso farraginoso, e quindi inefficace, dal sovraccarico del contenzioso, si è ritenuto più opportuno propendere per una riforma radicale dell'art. 18 St. lav., che ha determinato perplessità e ostilità tra interpreti e fruitori della nuova normativa e che non smette di suscitare dubbi – quanto meno di opportunità – rispetto alle scelte tecnico-giuridiche intraprese.

2. Le ipotesi di riducibilità del danno nel nuovo art. 18: profili processuali, formali e sostanziali.

Fiumi di inchiostro sono già scorsi per “decodificare”, interpretare e criticare la Riforma Fornero, che, secondo la maggior parte degli studiosi, «è ben lungi dall'essere soddisfacente sotto vari aspetti. Rigore, coerenza, sistematicità, chiarezza, semplicità applicativa e linearità interpretativa sono qualità che al nuovo art. 18 difettano assai più che al vecchio»¹¹.

Benchè si condivida l'idea di chi¹² ha già chiarito come la scelta del tipo di reazione esperibile a tutela delle situazioni soggettive che sono state lese rientri nella discrezionalità politica del legislatore, esercitata attraverso una ponderazione comparativa dei valori e degli interessi contrapposti derivanti da un apprezzamento delle mutate condizioni sociali ed economiche; e pur tenendo sempre presente che la tutela reale non è costituzionalmente necessitata¹³, non si può nascondere come

¹⁰ Coadiuvato dalle spinte dell'UE. Sul punto v. *infra*.

¹¹ Ancora, L. ZOPPOLI, op. cit., 82.

¹² A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, RIDL, 2012, 2, 424, secondo cui «<tale ponderazione non è immutabile nel tempo per effetto di una sorta di cristallizzazione che costituzionalizzerebbe gli equilibri raggiunti rendendoli irreversibili, ma è invece soggetta ad una variabilità derivante da un apprezzamento del legislatore delle mutate condizioni sociali ed economiche che si registrano nel nostro Paese e nell'Unione Europea. Si tratta dunque di scelte politiche che, nel caso in esame del licenziamento illegittimo, consentono al legislatore di sostituire ad un rimedio (quello affidato alla reintegrazione) un altro di diversa consistenza (quello realizzato attraverso l'attribuzione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva), mentre non sarebbe possibile per le ragioni accennate eliminare ogni tipo di reazione o stabilirne una che sia meramente simbolica o del tutto inefficiente rispetto alla protezione, impegnativa sul piano costituzionale, del lavoratore illegittimamente licenziato>>».

¹³ Tra gli cfr. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in AA.VV., *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI – M. MISCIONE, Ipsa, 2012, 30.

questa riforma sia frutto di una scelta di politica del diritto legata (forse per "deformazione professionale" del legislatore) in maniera esasperata a logiche di mercato, spesso estreme e influenzate da note pressioni a livello europeo¹⁴, che punta a frantumare l'originaria tutela reale, introducendo elementi di tutela solo (o prevalentemente) di tipo indennitario, con opzioni decisamente filoimprenditoriali, derivanti da filosofie economiche neo-liberiste, e ciò senza tenere in alcun conto i principi garantistici di cui storicamente è pregna la cultura giuslavoristica italiana.

Tale considerazione prende le mosse da alcune specifiche problematiche che caratterizzano la nuova normativa e che, per quanto già rilevate dai numerosi commentatori della disciplina, hanno trovato, rispetto alle indagini ermeneutiche complessivamente condotte, un ruolo prettamente ancillare o una fugace attenzione rispetto ai numerosissimi dubbi sollevati nei confronti del legislatore del 2012.

Nell'ambito della profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, i diversi livelli sanzionatori articolati nei nuovi commi dell'art. 18 si rivelano strettamente connessi al disvalore attribuibile –in maniera assai variegata– ai comportamenti datoriali che violano le norme: cosicché la reintegrazione nel posto di lavoro risulta obbligata solo nel caso in cui siano stati lesi "valori fondamentali"¹⁵ (si pensi, tra tutte, all'ipotesi della discriminazione), prevedendosi per le altre ipotesi solo un congruo risarcimento del danno a riparaione della perdita del posto di lavoro.

In questo quadro normativo, a parere di chi scrive, non va sottovalutata una significativa innovazione introdotta dalla riforma, che non sta tanto nella massiccia e dilagante opzione indennitaria (che, come già chiarito, era nell'aria da tempo e in qualche misura prevedibile in considerazione degli intenti immediatamente manifestati dal Governo Monti), ma piuttosto nella espressa previsione della detraibilità dall'indennità risarcitoria di quanto percepito dal lavoratore, durante il

¹⁴ Ci si riferisce alla nota lettera inviata al Governo italiano dalla Bce nell'agosto del 2011, in cui si richiedeva espressamente "un'accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti", seguita alle due Raccomandazioni di giugno e luglio dello stesso anno con cui il Consiglio europeo aveva sollecitato l'Italia ad intervenire sul mercato del lavoro, in particolare sulla disciplina dei licenziamenti, giudicata troppo rigida. Rigidità già sottolineate non solo dalla Ue, ma anche dall'Ocse e dal Fondo monetario, che in più occasioni in passato avevano evidenziato "l'anomalia italiana", denunciando le difficoltà a licenziare e la scarsa flessibilità del mercato del lavoro italiano, considerati dalle classifiche internazionali uno dei principali motivi per cui gli investitori internazionali non scelgono il nostro Paese. Sul punto cfr. www.eur-lex.europa.eu; nonché www.ilsole24ore.it.

¹⁵ Ancora A. MARESCA, op. cit., 426.

periodo di estromissione, per altre attività lavorative dal medesimo svolte.

La Riforma Fornero, infatti, impone al giudice –per la prima volta “per legge”- la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (nonché dell'*aliunde percipiendum*).

La questione, sino ad ora per lo più rapidamente archiviata sul piano sostanziale¹⁶, ha trovato prevalente attenzione sotto il profilo processuale.

Alcuni autori, infatti, hanno sostenuto che l'esplicito inserimento nel testo di legge della detraibilità dell'*aliunde perceptum* sembrerebbe imporre al giudice, anche d'ufficio, l'adozione dei provvedimenti istruttori necessari a tale accertamento ex art. 421 c.p.c., ipotesi che indurrebbe ad un superamento del regime attuale delle preclusioni; cosicché si potrebbe legittimare la deducibilità risarcitoria dell'*aliunde perceptum* in appello anche in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione della sentenza di primo grado o per rilevare la tardività della deduzione proposta per la prima volta in secondo grado¹⁷.

Proprio sulla base degli orientamenti giurisprudenziali sull'art. 421 c.p.c.¹⁸, da tempo assestatisi sulla necessaria (*rectius*, obbligatoria) allegazione dei fatti, altri autori hanno fermamente escluso che la “formula imperativa”, che impone al giudice di detrarre l'*aliunde perceptum* direttamente nel procedimento di determinazione del danno, possa costituire un vero e proprio obbligo ad operare la detrazione con conseguente vizio della sentenza che non l'abbia realizzato¹⁹.

Così, diversamente interpretato, il nuovo testo dell'art. 18 non solo amplierebbe notevolmente i poteri di intervento del giudice, ma andrebbe anche ad incidere impropriamente su un assetto ormai consolidato circa l'individuazione e la ripartizione degli oneri di allegazione della prova; aprendo, inopinatamente, spazi sino ad ora per lo più preclusi in tema di ammissibilità delle cosiddette “prove

¹⁶ Secondo R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in AA. Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA, Giappichelli, 2013, 281, «*Nihil novi sub soli* dal momento che si è codificato un principio che dottrina e giurisprudenza hanno fatto discendere dalla natura retributiva del vecchio risarcimento danno».

¹⁷ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, 3, 617.

¹⁸ Per i riferimenti giurisprudenziali si consenta il rinvio a V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 165/2012, 57.

¹⁹ L. NOGLER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in AA. Vv., *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, a cura di F. CARINCI – M. MISCIONE, Ipsoa, 2012, 34

esplorative”, limite legato proprio al rischio di dare vita ad un processo dai “connotati di tipo inquisitorio”²⁰.

Per questi motivi, la dottrina prevalente²¹, cui si aderisce, sembrerebbe propendere per l’ipotesi negativa, assicurando che i poteri istruttori del giudice si continueranno a sviluppare esclusivamente sulla base delle allegazioni offerte dalle parti, cosicché solo la manifestazione esplicita della volontà di detrarre dal danno *l’aliunde perceptum* potrà (continuare a) rappresentare presupposto indispensabile e necessario per l’applicazione dei poteri istruttori *ex art. 421 c.p.c.*

Pertanto, l’esplicitazione della detraibilità dell’*aliunde perceptum* non costituirebbe altro che l’enunciazione espressa di una regola attinente alla quantificazione dell’indennità che già era ricavabile dal precedente assetto normativo, senza alcun potere di mettere in discussione gli orientamenti giurisprudenziali formati in precedenza²².

Se la riflessione processuale, avente ad oggetto le tematiche di detraibilità del danno, appare assestata sui descritti orientamenti interpretativi, sul piano sostanziale la scelta normativa relativa alle questioni descritte -oggi operata e da pochi realmente approfondita- desta le maggiori perplessità.

Procedendo, infatti, ad un’analisi specifica della problematica in questione, partendo da un punto di vista meramente formale, le numerose incongruenze del nuovo art. 18 saltano immediatamente all’occhio.

Innanzitutto, appare incomprensibile la divaricazione imposta dal novello legislatore tra la lettera del secondo e quella del quarto comma del nuovo art. 18, discrasia che si fonda sulla previsione di due diverse ipotesi di detrazione: nel primo caso (che prevede un regime sanzionatorio più severo a tutela reintegratoria “tradizionale”, applicabile al licenziamento discriminatorio, o nullo per causa di matrimonio o maternità, o retto da motivo illecito determinante, o inefficace perché intimato in forma orale)²³, si fa riferimento alla detraibilità del solo *aliunde perceptum*, mentre, nella seconda ipotesi (in cui la sanzione

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Oltre C. CESTER, op. cit., 34 e V. SPEZIALE, op. cit., 57, anche R. GALARDI, op. cit., 281, chiarisce che «Lascia perplessi però la formulazione letterale della norma che, in ordine all’onere della prova, parrebbe prevedere una necessaria deduzione di tali importi. Non sembra peraltro che ci si possa discostare dall’orientamento consolidato della giurisprudenza che fa gravare sul datore di lavoro l’onere della prova del fatto che il lavoratore abbia avuto un’altra occupazione e di quanto abbia percepito».

²² Così, secondo P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, AA. VV., *La riforma del lavoro: Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, 2013, 273.

²³ F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, 417 e ss.

impone una reintegrazione a effetti risarcitori limitati e riguarda i cosiddetti licenziamenti disciplinari per mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo²⁴, oltre all'*aliunde perceptum*, il giudice potrà "edulcorare" il risarcimento sottraendo persino l'*aliunde percipiendum*.

Volendo escludere l'ipotesi di una banale svista del legislatore²⁵, alcuni autori hanno tentato di giustificare la dissonanza descritta appellandosi alla struttura del testo; sicchè è stato osservato che la detrazione dell'*aliunde percipiendum* investe espressamente il "secondo livello di tutela", pertanto, «in tutte le ipotesi di licenziamento "odioso", cioè quelle relative alla prima disciplina sanzionatoria, al lavoratore deve essere data comunque la garanzia del risarcimento pieno, senza l'imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno; come a dire che il principio di solidarietà cui è informato l'art. 1227, comma 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorchè l'autore del danno abbia palesemente violato regole di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà»²⁶. Inoltre, «non può escludersi che sia riconducibile alla *ratio* della disposizione l'ulteriore finalità di rendere – in virtù della gravità della condotta censurata- più celere la quantificazione del danno e di tutelare maggiormente i destinatari di condotte discriminatorie che ricevono sovente minori offerte di lavoro in ragione di ingiusti pregiudizi»²⁷.

Ciò non toglie, però, che benchè il primo gradino di tutela sia preposto ad intervenire nel caso in cui siano stati lesi valori fondamentali²⁸ e, per questo, non suscettibile di alcun tipo di sconto, lascia perplessi il fatto che questa intangibilità dell'integrità risarcitoria

²⁴M. BIAGI (continuato da M. TIRABOSCHI), *Istituzioni di Diritto del lavoro. Appendice di aggiornamento alla c.d. "Riforma Fornero"*, Giuffrè, 2012, 40.

²⁵E' M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, AA. VV., *La Riforma del Lavoro. Guida normativa*, Ilsole24ore, Luglio 2012, *passim*, a precisare che «una deroga ai principi generali in materia di risarcimento del danno da inadempimento avrebbe richiesto una espressa previsione e non potrebbe essere sorretta da un'omissione ascrivibile ad una tecnica normativa non perfetta».

²⁶ Ancora C. CESTER, op. cit., 34. In merito, P. SORDI, op. cit., 272, chiarisce preliminarmente che «la deroga al principio generale espresso dall'art. 1227 c.c. va collocata all'interno dello speciale istituto disciplinato dal secondo comma dell'art. 18 che è rappresentato da un'indennità che ha sia valenza risarcitoria, sia sanzionatoria, e pertanto l'impossibilità di detrazione dell'*aliunde percipiendum* (al pari del minimo inderogabile delle cinque mensilità) si spiega facilmente proprio in considerazione di questa seconda funzione dell'indennità e alla luce della particolare gravità dell'illecito compiuto dal datore di lavoro, il quale ha posto in essere un atto particolarmente "odioso"».

²⁷ G. VIDIRI, *La Riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, 4, 635, secondo cui si deve escludere il *percipiendum*, perché quando il legislatore ha voluto rifarsi anche al percepibile l'ha detto espressamente.

²⁸ A. MARESCA, op. cit., 421.

possa essere violata con la detrazione dell'*aliunde perceptum* e non anche con quella del *percipiendum*: o si tratta di "risarcimento pieno" e indisponibile a modifiche, benchè non esplicitamente forfettizzato, o il medesimo risarcimento è passibile di qualsiasi intervento che il giudice ritenga opportuno, anche d'ufficio.

In ogni caso, «trattandosi di un regime risarcitorio speciale e forfettario, destinato ad operare in deroga ai principi di diritto comune per quanto riguarda l'atto di messa in mora e la prova del danno subito, il fatto che solo nella reintegrazione ad effetti risarcitori limitati sia prevista la detraibilità dell'*aliunde percipiendum* assume inevitabilmente una portata sostanziale che pare difficilmente superabile in via interpretativa»²⁹.

Sempre procedendo ad un'analisi esclusivamente letterale del nuovo art. 18, per chiunque si sia imbattuto nelle dinamiche di riducibilità del danno da licenziamento illegittimo dovrebbe apparire evidente una grave mancanza presente nel testo novellato: è noto, infatti, come ogni qualvolta si sia concesso al datore di lavoro di detrarre "quanto altrove guadagnato" dal lavoratore, onde evitare di attribuire all'imprenditore un aggravio economico improprio (o perchè causato dai lunghissimi tempi processuali -deprecabile consuetudine- del nostro sistema giudiziario, o perchè legato ad un ingiustificato arricchimento), sulla base della medesima *ratio*, si sia inteso tutelare anche il lavoratore, offrendogli la possibilità di rivalersi del cosiddetto "danno ulteriore", cioè di quel danno eventualmente subito nelle more del processo e che trova comunque fondamento nell'ingiustificatezza del licenziamento.

L'assoluta assenza nel nuovo dettato normativo di un (altrettanto) esplicito richiamo al danno ulteriore non può non insospettire: in questo caso, infatti, che non si possa trattare di ingenuità del legislatore sembra palese.

Mentre nell'ipotesi precedentemente descritta, con la probabile "svista" del comma 2, il legislatore –forse involontariamente- finisce per avvantaggiare proprio il lavoratore, la volontà di escludere dalla lettera della norma il danno ulteriore rivela, invece, il marchio di una politica prevalentemente rivolta alla (e preoccupata della) tutela del mercato (e di conseguenza dell'imprenditore, inteso come unico "vero" soggetto debole), opzione ideologica che sembra costituire una possibile chiave di lettura di questa parte dell'impianto normativo; eppure, sebbene, come già chiarito, al legislatore deve essere lasciata la più ampia libertà e discrezionalità nelle proprie scelte di politica del diritto, in questo caso si potrebbe porre un problema di giustizia sociale, principio che nella nuova

²⁹ M. MARAZZA, op. cit., 617.

formulazione dell'art. 18 non sembra salvaguardato neanche sul piano meramente formale, determinando inevitabili ricadute su quello sostanziale.

A tal punto, proprio sotto il profilo più propriamente sostanziale, appare evidente come questo legislatore, tanto attento ad inserire nel testo normativo la sola (per quanto legittima) detraibilità dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, non si sia in egual misura premurato di tenere in debito conto la *ratio* da cui originano questi istituti, i cui fondamenti nascono dalla necessità di reinterpretare (all'indomani della novella del 1990) le dinamiche risarcitorie a fronte del rischio di incorrere in possibili ingiustificati arricchimenti, piuttosto che dal dover compiacere esigenze di mercato meramente speculative.

3. L'*aliunde perceptum* ieri, oggi e...domani?

Nel 1990 l'entrata in vigore della legge n. 108, con una formulazione terminologica piuttosto generica, sembrò voler imporre nella struttura dell'art. 18 St. Lav. un superamento rispetto alla divaricazione esistente tra momento precedente la sentenza di reintegra e periodo ad esso successivo, proponendo una unificazione del sistema sanzionatorio (più apparente che reale).

Rimuovendo la linea di confine rappresentata dalla pronuncia giudiziale, la novella del '90 sembrava, infatti, aver posto le basi per una definitiva soluzione all'annoso dibattito dottrinario in ordine alla natura (retributiva o risarcitoria) da doversi attribuire alle spettanze economiche riconosciute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimamente irrogato³⁰.

In realtà, l'intervento del legislatore dell'epoca animò di nuova linfa vitale le diverse teorie, che rifiorirono con particolare vigore soprattutto tra i sostenitori della tesi risarcitoria³¹.

In particolare, un primo orientamento fondava i propri convincimenti sull'idea che il legislatore, volendo garantire la stabilità del rapporto di lavoro, avesse imposto come sanzione alla violazione del contratto, da una parte, la reintegrazione, intesa come una sorta di

³⁰ Sul punto si veda anche G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, *MGL*, 2002, 4, 210.

³¹ L'orientamento che sosteneva il carattere strettamente retributivo della corresponsione *de quo* si fondava infatti smaccatamente sulla (superata) distinzione tra fase *pre* e *post* sentenza, in quanto riconosceva un regime risarcitorio per il primo periodo e riteneva, per il secondo periodo, che la retribuzione globale di fatto rappresentasse la diretta conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di reintegra.

risarcimento in forma specifica³², dall'altra, fino a quando quest'ultima non si fosse verificata, un risarcimento vero e proprio, che non poteva non identificarsi con le mancate retribuzioni³³, unico possibile valore di scambio del posto di lavoro. Il riferimento alla retribuzione globale di fatto veniva, in tal modo, a rappresentare un criterio legale esclusivo di liquidazione del danno da risarcire, aprendo la via –per la prima volta- ad un concetto di forfettizzazione del danno.

Si imponeva, in quest'ottica, una indennità risarcitoria assistita da una presunzione assoluta in ordine al *quantum*; un principio vincolante che sanciva l'intangibilità del contenuto risarcitorio, quantificando il danno esclusivamente in funzione della retribuzione persa.

A fronte di tale opzione interpretativa, più rigorosa, un'altra, più elastica, trovò già all'epoca ampio favore soprattutto nella giurisprudenza³⁴, che da tempo propendeva per una revisione della materia attraverso soluzioni legate più al diritto comune che a quello speciale, proponendo percorsi di alleggerimento del calcolo dell'indennità risarcitoria. Tale seconda impostazione³⁵ sottolineava, in antitesi al precedente orientamento, come l'ipotizzato criterio legale di liquidazione del risarcimento puramente oggettivo prescindesse totalmente dal pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore a causa del licenziamento ingiustamente subito, non tenendo nella debita considerazione anche gli interessi della sfera personale, professionale e morale del lavoratore.

Pertanto, reinterpretando il termine "commisurato" esplicitamente espresso nell'art. 18, i sostenitori della seconda tesi ritennero che la scelta lessicale del legislatore non fosse stata casuale, al punto da potersi affermare che tale concetto consentisse di individuare un'indennità risarcitoria che comprendesse, certamente (anche se non esclusivamente) le retribuzioni perse dal lavoratore ingiustamente licenziato, "ma non soltanto quelle"³⁶.

³² All'epoca F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, Utet, 1991, 114, immediatamente rilevò che «l'esecuzione degli obblighi di fare, in cui la reintegra consiste, non può avvenire con la coazione del debitore ad adempiere, sulla base del principio insuperabile del *nemo ad factum cogi potest*».

³³ M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, RGL, 1990, 192, sottolineava la "centralità" che assume l'ordine di reintegrazione nella nuova formulazione della norma, attribuendo funzione "accessoria e strumentale" al risarcimento. Sul punto, cfr. anche M. NAPOLI, *La tutela reale*, in AA. VV., *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/1991*, a cura di F. CARINCI, Jovene, 1991.

³⁴ Cfr. *infra*.

³⁵ Il principale interprete di tale orientamento è certamente M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, NLCC, Cedam, 1991, pp. 159 e ss., pioniere di queste tematiche.

³⁶ M. D'ANTONA, op. cit., 164.

Sotto questo diverso punto di vista, la retribuzione veniva ad acquisire la funzione di vero e proprio parametro oggettivo di riferimento, indicato in prima istanza dallo stesso legislatore; un meccanismo di calcolo del risarcimento che, però, non veniva più posto in un'ottica di presunzione assoluta, ma assumeva la fisionomia di una presunzione semplice e ciò in quanto il legislatore, in tal modo, avrebbe inteso sollevare il lavoratore dalla necessità di provare di aver subito una effettiva perdita patrimoniale, ma, contemporaneamente, non avrebbe voluto impedire al datore di lavoro la dimostrazione contraria.

La teoria più elastica, in realtà, si sviluppò a pochi anni di distanza da una sentenza pionieristica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che aveva affermato come il risarcimento del danno per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la sentenza di annullamento si identificasse –quanto al danno eccedente le cinque mensilità dovute *ex lege*– nelle retribuzioni non percepite, salvo che il dipendente avesse provato di aver subito un danno maggiore, oppure il datore di lavoro provasse l'*aliunde perceptum* o la sussistenza di un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno che il medesimo avrebbe potuto evitare usando la normale diligenza³⁷.

Sta di fatto che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, il principio di deducibilità dell'*aliunde perceptum*, con il forte sostegno anche della dottrina, dilagò nelle pronunce giurisprudenziali, le quali fino ad oggi hanno rappresentato il fondamento esegetico dell'istituto, imponendo precisi limiti all'applicazione del meccanismo di riduzione del risarcimento.

La Suprema Corte ha, infatti, costantemente precisato alcune imprescindibili linee guida in base alle quali può trovare concreta applicazione l'eccezione di *aliunde perceptum*.

Innanzitutto, sul piano processuale, per giurisprudenza da tempo unanime, «la deduzione in sede processuale dell'*aliquid perceptum* non costituisce eccezione in senso stretto e, comunque, non è riconducibile a quelle eccezioni riservate alla disponibilità delle parti. Di conseguenza, quando vi sia stata rituale allegazione dei fatti rilevanti a dimostrare l'*aliquid retentum* e gli stessi possono ritenersi incontrovertibili o processualmente acquisiti, il giudice può trarne d'ufficio (anche nel silenzio della parte interessata e anche se l'acquisizione sia riconducibile a un comportamento della controparte e, pure, avvalendosi dei poteri *ex art. 421 c.p.c.*) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della

³⁷ Cass., SU, 29 aprile 1985, n. 2672, *FI*, 1985, I, 2247, nt. M. D'ANTONA.

quantificazione del danno subito dal lavoratore ingiustamente licenziato»³⁸.

In ogni caso, «il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore è onerato, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, della prova dell'*aliunde perceptum*, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall'azienda, dovendosi escludere che il lavoratore abbia l'onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito»³⁹.

Limiti specifici, inoltre, sono stati imposti da dottrina e giurisprudenza proprio in merito alle modalità di calcolo degli emolumenti che possono rilevare ai fini della moderazione del risarcimento.

L'*aliunde perceptum* non può essere fatto valere per tutto il periodo previsto per legge che va dal licenziamento fino alla effettiva reintegra, dato che nel periodo successivo alla sentenza l'indennità risarcitoria acquista una funzione di *astreinte*, cioè di coercizione indiretta, finalizzata a spingere il datore a rendere effettivo l'ordine reintegratorio emesso dal giudice. Per questo periodo, pertanto, la sanzione legale sarà diretta a risarcire danni futuri ed eventuali. Diversamente, solo nel primo periodo (dal licenziamento alla sentenza) la sentenza è volta a risarcire i danni pregressi; perciò, solo in tale ipotesi, il danno prodotto dall'ingiustificato licenziamento risulta "attuale, certo e misurabile" e, quindi, calcolabile ai fini della moderazione del risarcimento, a differenza del periodo successivo caratterizzato da una condanna in futuro per danni prodotti dall'eventuale inottemperanza dell'ordine di reintegra, condanna dalla natura composita (indennitaria, ma anche retributiva), che non consente l'applicazione del meccanismo compensativo⁴⁰.

Inoltre, segnatamente al sistema di calcolo, tra le somme da detrarre si dovrà tenere comunemente conto di tutti i proventi derivanti da altre attività lavorative, anche autonome, svolte *medio tempore* dal lavoratore, purchè tali attività non risultino astrattamente compatibili con la prosecuzione del pregresso rapporto di lavoro⁴¹, escludendosi –ad

³⁸ Tra tante cfr. Cass. 29 agosto 2006, n. 18687, *RCDL*, 2006, 4, 1229, nt. CAFIERO.

³⁹ Tra le ultime, Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, *www.dejure.giuffre.it*.

⁴⁰ Si consenta il rinvio ad A. AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, ADL, 2003, 1, 306.

⁴¹ Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, *RFI*, 2003, 1768; Cass. 19 maggio 2000, n. 6548, *RIDL*, 2001, II, 351. Sul punto, notoriamente, M. D'ANTONA, op. cit., 168, chiari come «non qualunque guadagno del lavoratore tratto da attività lavorative svolte dopo il licenziamento, risulta idoneo a vincere la presunzione semplice (risarcimento=retribuzione globale di fatto) e a moderare il risarcimento. Al contrario, è necessario che attraverso l'attività lavorativa svolta dopo il licenziamento, il lavoratore abbia trovato un adeguato surrogato della

esempio- la detraibilità delle somme erogate a titolo di pensione, che si riferiscono a un rapporto costituito con l'ente previdenziale, del tutto distinto da quello corrente con il datore di lavoro⁴².

La *ratio* principale che ha dato vita alla tesi dell'equivalenza professionale poggia essenzialmente sul principio civilistico della *compensatio lucri cum damno*.

Sulla base dell'art. 1223 c.c., infatti, non è possibile operare una detrazione nel caso in cui il lucro non sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso⁴³.

Alla stregua di tale impostazione, risultano detraibili come *aliunde perceptum* tutti quegli utili che il lavoratore riesce a guadagnare grazie allo svolgimento di una nuova attività (o semplicemente all'incremento di un lavoro precedente), che diversamente, in costanza del rapporto poi interrotto dall'illegittimo licenziamento, non avrebbe potuto esercitare; in tal modo si può garantire al lavoratore il risarcimento dei danni diretti e immediati, indipendentemente dalle caratteristiche di professionalità più o meno equiparabili al lavoro precedente illegittimamente interrotto⁴⁴.

L'apertura ai canoni civilistici ha inevitabilmente spinto gli interpreti a cercare un supporto normativo anche nella formulazione dell'art. 1227, comma 2, c.c., a norma del quale il risarcimento del danno può essere ridotto ove il soggetto danneggiato abbia concorso con il suo comportamento a produrre il danno o ad aggravarne le conseguenze.

prestazione lavorativa ingiustamente inibita, cioè che abbia conseguito *medio tempore* un'occupazione equivalente, per contenuto professionale, trattamento economico e riconoscimento sociale, a quella precedentemente svolta».

⁴² Da ultimo, si ricordano due sentenze esplicitamente espresse in materia: Cass. 4 marzo 2010, n. 5217 relativa all'indennità di disoccupazione e Cass. 2011, n. 3597, in tema di indennità di mobilità. Entrambe le pronunce, *DRI*, 2010, 1140 e ss., hanno stabilito che il datore di lavoro non può detrarre quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità e/o di disoccupazione, atteso che queste ultime devono intendersi come non acquisite essendo ripetibili dagli istituti previdenziali. Per una ricognizione più ampia, si veda anche M.M. MUTARELLI, *Trattamento dovuto in caso di licenziamento illegittimo e aliunde perceptum*, *DRI*, 2010, 1140 e ss.

⁴³ Cass. 21 agosto 1998, n. 8321, *GCMass*, 1998, 1746, www.dejure.giuffre.it. In particolare sul punto, M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, *DLRI*, 1987, 423, usò l'icastico rilievo per cui «<il risarcimento spettante deve corrispondere al "saldo negativo" dell'intera vicenda, e quindi al lucro cessante ex art. 1223 c.c., rapportato alla sua effettiva durata e al contenuto della disoccupazione determinata dal licenziamento>>».

⁴⁴ Con una recente sentenza, Cass. 11 febbraio 2011, n. 4146, www.dejure.giuffre.it, la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice possa detrarre *l'aliunde perceptum* anche nel caso in cui il lavoratore abbia svolto lavori socialmente utili, che danno luogo a emolumenti di natura non retributiva, affermando la detraibilità anche di somme di natura assistenziale e non soggette a contribuzione.

Sul punto, le fattispecie più frequentemente esaminate hanno vagliato le ipotesi di inerzia processuale del lavoratore e i tentativi (se effettuati) per evitare le conseguenze dannose derivanti dal tempo impiegato ad azionare la tutela giurisdizionale. Ma raramente la giurisprudenza ha imposto al lavoratore un impegno attivo in tal senso, anche quando ricondotto al generale principio di ordinaria diligenza, correttezza e buona fede⁴⁵.

Nell'ambito di tale consolidato assetto giurisprudenziale e degli altrettanto stabili orientamenti interpretativi descritti, si pone oggi la riscrittura dell'art. 18 St. Lav. ad opera della legge n. 92 del 2012, che – come già anticipato-, sottoponendo ad una profonda revisione le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, invade, con l'espressa previsione normativa della detraibilità dell'*aliunde perceptum*, un territorio fino a ieri lasciato alla completa gestione degli interpreti.

Una scelta legislativa questa, che, alla luce di quanto sin qui dedotto, appare come una sorta di incursione inattesa (se non sgradita), dato che la materia in oggetto sembrava ormai aver trovato una propria stabilità regolativa: sia l'applicazione caso per caso lasciata alla cura del giudice, sia le aperture ermeneutiche offerte dalla dottrina avevano, infatti, sino ad ora, fornito un'essenziale elasticità nell'utilizzo dell'istituto, garanzia reale per un impiego corretto e consapevole del meccanismo di riduzione del danno.

Oggi, almeno sulla base della lettera del nuovo testo normativo, il legislatore sembrerebbe invece imporre (questa volta indiscriminatamente) la detraibilità dell'*aliunde perceptum* in tutte le ipotesi di danno previste nella medesima legge.

La specificazione posta dalla legge Fornero è apparsa immediatamente destabilizzante.

Infatti, pur volendo escludere fraintendimenti sul piano processuale, in quanto, come già precedentemente chiarito, nonostante l'imposizione legale, il giudice difficilmente potrà prescindere dal consolidato assetto giurisprudenziale che gli consente di intervenire solo

⁴⁵ Cass. 26 marzo 2010, n. 7344, *DRI*, 2010, 4, 1139. In proposito, va segnalato (v., in particolare, M.M. MUTARELLI, op. cit., 1147) un orientamento giurisprudenziale che esclude categoricamente l'imputabilità in capo al lavoratore delle conseguenze dannose derivanti dal tempo impiegato per la tutela giurisdizionale non solo nel caso di inerzia endoprocessuale, ma anche in caso di inerzia preprocessuale, ritenendosi, da una parte, l'attività di tutela giurisdizionale per sua natura rischiosa e costosa e, pertanto, esorbitante dall'ordinaria diligenza e dunque inesigibile e, dall'altra parte, che l'ordinamento attribuisca al datore di lavoro poteri paritetici per la tutela dei propri diritti e la riduzione del danno (cfr., tra le altre, Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, *NGL*, 2008, 202).

nell'ambito dei poteri conferitigli *ex art.* 421 c.p.c.⁴⁶, non pochi dubbi potrebbero sorgere sotto altri aspetti sostanziali, con il rischio di erodere il lento lavoro di configurazione e stabilizzazione interpretativa dell'*aliunde perceptum* realizzato nei decenni passati.

In particolare, con una formulazione letterale chiara, la nuova legge individua nel "periodo di estromissione" l'arco temporale in riferimento al quale andrà effettuata la riduzione dell'indennità. Sulla base del dato testuale, la deduzione dell'*aliunde perceptum* (e *percipiendum*) sembrerebbe doversi compiere in relazione sia al periodo che precede la sentenza, sia a quello successivo, diversamente da quanto sino ad oggi affermato dagli interpreti⁴⁷.

Tale scelta è considerata da alcuni autori⁴⁸ certamente discutibile, perché dopo la decisione giurisdizionale il danno (e cioè la mancata ricostruzione del vincolo contrattuale e del normale sinallagma lavoro – retribuzione) è sicuramente causato dal datore di lavoro, che si rifiuta di ottemperare alla sentenza. «Non si comprende quindi perché il carattere sanzionatorio (e coercitivo) dell'indennità debba essere depotenziato con la sua riduzione per effetto dei redditi ricevuti o di quelli che il lavoratore avrebbe potuto percepire. La funzione compulsiva viene in questo caso attenuata e costituisce una forma indiretta di "premio" per chi decide di non eseguire la decisione giurisdizionale»⁴⁹.

Sicché, appare quanto meno anomalo ancorare l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* all'intero periodo di estromissione e non piuttosto a quello precorso al momento della pronuncia giudiziale. Un'interpretazione, che coinvolgendo anche la perdita delle retribuzioni conseguenti all'inottemperanza dell'ordine di reintegrazione del giudice, potrebbe prestare il fianco persino a dubbi di legittimità costituzionale.

Come è stato recentemente sottolineato⁵⁰, infatti, il giudice delle leggi, pronunciandosi in merito alla disciplina della indennità forfettizzata dovuta all'esito dell'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del

⁴⁶ Sul punto, secondo G. VIDIRI, *Riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, 4, 634, nel confronto con l'attuale normativa, «sul piano processuale nulla è poi mutato, dovendo la prova dell'*aliud perceptum* essere fornita dal datore di lavoro. Benchè non si tratti di un'eccezione in senso stretto, pare innegabile che detta prova debba essere fornita con la dovuta tempestività anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo».

⁴⁷ Secondo P. SORDI, *op. cit.*, 271, «il riferimento, senza alcun limite, all'intero periodo di estromissione, impone di ritenere che sarà detraibile anche quanto percepito dal lavoratore nel periodo (sempre antecedente all'effettiva reintegrazione, ma) successivo alla sentenza che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro».

⁴⁸ In particolare sul punto cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 56.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, RIDL, 2012, 1, 678.

termine ad un contratto di lavoro subordinato (art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010), ha ritenuto che «un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, però, induce a ritenere che il danno forfettizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello cioè che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto (...)»⁵¹.

Ulteriori dubbi interpretativi, che vanno ad aggiungersi alle perplessità già avanzate circa l'opportunità di inserire la detraibilità dell'*aliunde perceptum* nella lettera della normativa, si possono rilevare anche in merito ad alcune evidenti dissonanze tra l'attuale dettato normativo e le *rationes* su cui la giurisprudenza ha nel tempo costruito l'istituto.

Come è stato chiarito, le misure di moderazione del danno intervengono o allo scopo di evitare ingiustificati arricchimenti, oppure nel caso in cui la lunghezza del processo determini un aggravamento (altrettanto ingiustificato) dell'indennità risarcitoria.

Questa seconda opzione interpretativa sembrerebbe oggi superata, dal momento che, al nuovo comma 4 dell'art. 18 St. Lav., la legge Fornero precisa che il lavoratore ha diritto a percepire l'indennità commisurata all'ultima retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra (dedotti *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*), e che «In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto».

La previsione di un criterio immodificabile di forfettizzazione del danno, individuato nelle dodici mensilità di retribuzione, potrebbe avere come immediata conseguenza il fatto che il datore di lavoro –almeno per le ipotesi previste per il secondo livello di tutela- non correrebbe più il rischio di incorrere in condanne risarcitorie esorbitanti, dovendosi al lavoratore solo quanto stabilito per legge a prescindere dalla durata del processo.

Tale ipotesi interpretativa avrebbe come ulteriore riflesso l'indebolimento di almeno una delle finalità su cui si fonda l'*aliunde perceptum*, non essendovi più la necessità di un intervento moderatore che alleggerisca un risarcimento iniquamente accresciuto dai tempi del giudizio.

Almeno questa incongruenza, che comunque denuncia ancora una volta l'inadeguatezza di questa riscrittura "ipertrofica" dell'art. 18 St. Lav., sembrerebbe già essere stata risolta a livello interpretativo.

⁵¹ C. Cost. 9 novembre 2011, n. 303, *RIDL*, 2012, II, 252, nt. L. DI PAOLA e L. ZAPPALA.

Alcuni autori hanno, infatti, ritenuto che il tetto delle dodici mensilità operi anche con riferimento al periodo successivo alla sentenza; infatti, «tale interpretazione non tiene conto che la reintegrazione nel posto di lavoro è un effetto derivante direttamente e automaticamente dalla sentenza con la quale viene ripristinato il rapporto contrattuale tra datore e prestatore di lavoro e con esso l'obbligo retributivo del datore di lavoro. Quindi, perché si realizzi la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua cooperazione, che, invece, sono necessari per la riammissione in servizio attivo del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione. Il tetto massimo delle dodici mensilità di indennità risarcitoria copre, quindi, il periodo che va dal licenziamento e si conclude con la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro»⁵².

Le tante incongruenze testè rilevate lasciano presagire (se non auspicare) un possibile rapido intervento del nuovo legislatore, volto a ricomporre, almeno in parte, i pezzi di questo *puzzle* oggi inesorabilmente disgregato.

4. L'*aliunde percipiendum*: un intruso nel nuovo art. 18 St. Lav.

Se tanti dubbi sono stati sollevati in merito all'opportunità (*rectius*, alla effettiva utilità) di inserire nel dettato normativo l'obbligo posto in capo al giudice di detrarre l'*aliunde perceptum*, benchè l'istituto –come ampiamente chiarito- trovi da tempo pacifica applicazione in giurisprudenza e concorde rilevanza in dottrina, non può non stupire come ulteriori e più accentuate perplessità abbia generato la scelta legislativa di prevedere la medesima imposizione anche per l'*aliunde percipiendum*.

L'istituto, già noto alla dottrina e alla giurisprudenza da più di un ventennio, è frutto di un'articolata interpretazione fondata sul combinato disposto degli artt. 1175 e 1227 c.c.

L'obbligo di ordinaria diligenza, già presupposto essenziale per l'applicazione dell'*aliunde perceptum*, ha rappresentato il principio cardine anche della detraibilità dell'*aliunde percipiendum*.

Relativamente a quest'ultima ipotesi di moderazione del danno, però, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono sempre apparse piuttosto fredde rispetto all'idea che il risarcimento possa essere proporzionalmente diminuito di quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza⁵³.

⁵² A. MARESCA, op. cit., 430.

⁵³ Cfr. M. D'ANTONA, op. cit., 168; F. MAZZIOTTI, op. cit., 129, per il quale era da escludere la detrazione dell'*aliunde percipiendum*, essendo poco plausibile che il lavoratore sia tenuto a

Sebbene le complessità interpretative segnalate siano certamente da ricondurre anche alla difficoltà di attribuire un significato univoco al concetto di "ordinaria diligenza", criterio intrinsecamente elastico, ma anche unico vero limite di esigibilità della condotta del creditore, lascia a tutt'oggi quanto meno perplessi la possibilità di addebitare al lavoratore il proprio (eventuale) atteggiamento di negligente passività, rilevabile in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo non si sia attivato per cercare una nuova occupazione.

Che il comportamento del prestatore sia ispirato da finalità di "mera iattanza o di ingiustificabile neghittosità"⁵⁴, appare in ogni caso difficile ipotizzare di poter imporre al lavoratore un impegno positivo rispetto alla ricerca di un nuovo posto di lavoro; e ciò ancor più se si considera che, sul piano probatorio, *aliunde perceptum* e, a maggior ragione, *aliunde percipiendum* costituiscono circostanze ontologicamente estranee alla sfera di conoscenza del datore di lavoro, sostanzialmente insuscettibili di accertamenti o controlli *ex lege* (segnatamente si fa riferimento al divieto imposto al datore di lavoro dall'art. 8 St. Lav.).

Rispetto a tali rilievi posti dalla dottrina, la giurisprudenza ha, da sempre, utilizzato particolare cautela nella detrazione dell'*aliunde percipiendum*, sebbene in alcune ipotesi particolari si sia spinta fino ad affermare che la domanda di risarcimento del danno per illegittimo licenziamento non può trovare accoglimento (oltre il limite delle cinque mensilità) nell'ipotesi di colpevole aggravamento del fatto dannoso conseguente al rifiuto da parte del lavoratore licenziato di intraprendere una nuova occupazione che gli fosse stata offerta⁵⁵.

In questa specifica ipotesi, la Suprema Corte, fondando il proprio convincimento sull'applicazione dell'art. 1227 c.c., ha però chiarito che l'ordinaria diligenza, richiesta dal disposto normativo, «avrebbe dovuto suggerire al lavoratore di accettare il nuovo lavoro, dal momento che ciò non avrebbe causato alcun pregiudizio in ordine alle sorti dell'impugnazione del licenziamento, impedendo, per converso, l'aggravarsi del danno»⁵⁶.

Come nel caso richiamato, i comportamenti tenuti dal lavoratore dopo il licenziamento sono stati valutati dalla giurisprudenza per lo più alla luce della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1227 c.c., che pone a carico del creditore l'obbligo di assumere una condotta

ridurre il danno che gli deriva dall'illecito allontanamento dal posto di lavoro. Per la giurisprudenza si veda *infra*.

⁵⁴ M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Giuffrè, 1991, 63.

⁵⁵ Cass. 3 febbraio 1998, n. 1099, *MGL*, 1998, 297.

⁵⁶ *Ibidem*.

attiva di cooperazione che supera il mero dovere statico di astensione da comportamenti idonei ad aggravare la posizione del debitore⁵⁷.

Pertanto, sulla base di tale percorso interpretativo, l'*aliunde percipiendum* ha acquisito rilievo, di volta in volta, soprattutto in merito alla mancata o intempestiva iscrizione nelle liste di collocamento, così come nelle ipotesi di rifiuto ingiustificato di una nuova occupazione. Tale processo esegetico, però, è stato caratterizzato più da oscillazioni interpretative e incertezze applicative⁵⁸, che da soluzioni univoche.

Oggi, a fronte di tante questioni ancora controverse, la Legge Fornero irrompe in questo percorso ricostruttivo non concluso, stabilendo *ex lege* la detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, per un verso confermando (anche per tale ipotesi) i dubbi già sollevati in tema di *aliunde perceptum* e, per altro verso non risolvendo le perplessità già rimarcate dalla pregressa attività interpretativa in materia.

Resta, infatti, attualmente ancora da «capire cosa significhi il dedicarsi "con diligenza alla ricerca di nuova occupazione", vista l'inevitabile discrezionalità nell'individuare strumenti e modalità di quella ricerca e vista, soprattutto, la non facile individuazione di quale sia la nuova occupazione che il lavoratore ha l'onere di ricercare e quale sia l'occupazione che egli, pur avendola trovata, abbia il diritto di rifiutare»⁵⁹.

A questo punto è difficile non sottolineare, dinanzi a tante incognite, come questo nuovo zelo legislativo (benchè ispirato ad un'astratta volontà di semplificazione) rischi di rendere ancor più aleatorio il sistema attuale, condizionando impropriamente le valutazioni discrezionali dei giudici, con l'inevitabile pericolo che queste ultime si tramutino in mero arbitrio.

⁵⁷ Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, *GL*, 2010, 15, 34. La medesima sentenza, ricalcando un assetto consolidato da tempo, ha evidenziato come l'elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo ventennio abbia tenuto a distinguere le diverse fattispecie disciplinate dai due commi dell'art. 1227 c.c., specificando che: il comma 1 regola il concorso del danneggiato nella produzione del fatto dannoso ed ha come conseguenza una ripartizione di responsabilità, mentre il secondo comma contempla una situazione del tutto diversa di danno, causato dal solo debitore, e quindi non concerne problemi di nesso causale, ma solo di estensione o di evitabilità del danno.

⁵⁸ A livello esemplificativo si ricorda che: secondo Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, *GL*, 2010, 15, 34, l'iscrizione del lavoratore nelle liste di collocamento è da ritenersi sufficiente a escludere la colpevole inerzia del creditore nel ridurre il danno risarcibile, ma, d'altro canto, per Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, *ADL*, 2008, 505, nt. R. GAROFALO, la sua colpevole mancanza non è stata ritenuta idonea a configurare l'imputabilità di parte del danno al lavoratore e, in qualche caso, è stata considerata alla stregua di circostanza valutabile nell'ambito della complessiva condotta del lavoratore (Cass. 16 marzo 2002, n. 3905, *RGL*, 2003, II, 328, nt. N. GHIRARDI).

⁵⁹ C. CESTER, op. cit., 36.

5. Il “grande assente”: il danno ulteriore.

Va, infine, ricordato come la pacifica affermazione della natura risarcitoria delle somme dovute *ex art. 18 St. Lav.*, non solo abbia dato sostegno alla tesi della detraibilità dell'*aliunde perceptum* (ed entro i limiti descritti dell'*aliunde percipiendum*), ma abbia altresì comportato la possibilità per il lavoratore, che ha subito ulteriori lesioni a causa del comportamento datoriale scorretto o inottemperante all'ordine del giudice, di chiedere un ristoro per il maggior danno subito, oltre a quello presuntivamente calcolato con riferimento alle retribuzioni perse.

Pertanto, assunta la natura contrattuale della responsabilità del datore ed esclusa la sussistenza *in re ipsa* di tali danni ulteriori, la giurisprudenza ha pacificamente ammesso la risarcibilità, a fronte della prova rigorosa fornita dal lavoratore, del maggior danno rispetto a quello coperto dall'art. 18 St. lav.⁶⁰.

In particolare, la Corte di Cassazione ha da qualche tempo manifestato – alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – la volontà di risarcire integralmente, se adeguatamente provati, anche gli ulteriori danni, quali quelli di natura non patrimoniale (esistenziale, morale, ecc.), derivanti da licenziamenti discriminatori, in quanto lesivi di diritti inviolabili per la persona, valorizzando persino criteri personali di liquidazione⁶¹.

Questo orientamento è confermato da una recentissima pronuncia⁶², in cui la Suprema Corte ha respinto il ricorso presentato da una struttura ospedaliera che non aveva provveduto a reintegrare nel posto di lavoro un proprio dipendente (medico chirurgo) illegittimamente licenziato, nonostante le sentenze a lui favorevoli in tutti i gradi di giudizio. Al lavoratore è stato, pertanto, «riconosciuto il diritto al risarcimento di un ulteriore danno, di natura non patrimoniale, strettamente correlato ad un comportamento omissivo del datore di lavoro. Tale risarcimento ulteriore [secondo il disposto della Cassazione, *nda*] non è da considerarsi come una duplicazione del risarcimento previsto dalla normativa, ossia reintegrazione nel posto di lavoro e pagamento delle retribuzioni, ed è finalizzato ad evitare che un comportamento illegittimo possa generare una situazione di ulteriore mortificazione e compromissione della dignità del lavoratore che viene privato, nonostante sentenza contraria del giudice, della possibilità di reinserirsi prontamente nel mondo lavorativo e di dare il proprio

⁶⁰ Cass. 7 luglio 2009, n. 15915, *GL*, 2009, 40, 37; nonché, Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, *RGL*, 2008, II, 572.

⁶¹ Sul punto, cfr. G. VIDIRI, *op. cit.*, 634-635, che cita Cass. 21 aprile 2011, n. 9238.

⁶² Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, *www.dejure.giuffre.it*.

contributo produttivo al benessere collettivo, con l'evidente rischio anche di un logoramento della professionalità acquisita».

Inoltre, la Suprema Corte, avendo richiamato una serie di elementi caratterizzanti la vicenda espulsiva, che nel loro insieme hanno determinato - in conseguenza della mancata reintegrazione del posto di lavoro - una lesione «di interessi inerenti la persona, non connotati da rilevanza economica, ma meritevoli di tutela anche per la loro rilevanza costituzionale», ha proceduto ad una valutazione complessiva della vicenda, «onde evitare una duplicazione risarcitoria»⁶³.

Nonostante tali consolidati assetti giurisprudenziali, va segnalato che un'esplicita previsione della detraibilità del danno ulteriore risulta assolutamente assente nell'ambito dell'intero dettato normativo della legge 92/2012.

Omissione difficilmente giustificabile nel momento in cui il legislatore sembrerebbe aver intrapreso un percorso tecnico-giuridico volto a stabilire la detraibilità per legge delle cause moderatrici del debito; pertanto, non è dato comprendere per quale motivo, accanto all'*aliunde perceptum e percipiendum*, il medesimo legislatore non abbia inteso dare espressa previsione normativa anche all'ipotesi del danno ulteriore, posta a tutela del lavoratore.

Una lacuna resa ancor più plateale se si considera che da tempo la giurisprudenza ha posto un generale freno al risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., chiarendo definitivamente, con una nota sentenza del 2008⁶⁴, che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso e quella in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Pertanto, l'assenza di una esplicita previsione della risarcibilità del danno ulteriore indebolisce inequivocabilmente la posizione del lavoratore, soprattutto se si considera che, allorquando lo stesso estensore abbia inteso escludere dalle modalità di computo del danno ogni tipo di detrazione, lo abbia fatto manifestamente, come nel caso del comma 13, art. 1 (legge Fornero), in cui letteralmente si prevede che «la disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972, www.dejure.giuffre.it.

2010, n. 183⁶⁵ si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

A tutto voler concedere, ancora una volta, toccherà quindi al giudice –secondo buon senso- dare per scontata (e naturalmente ricompresa nel lacunoso dettato normativo) anche la detraibilità del danno ulteriore, a fronte di un testo legislativo tanto complesso e irto di insidie, che continua a prestare il fianco a inesauribili critiche e dubbi interpretativi difficilmente sanabili.

⁶⁵ A norma del quale «Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604».