

# 10

Ottobre 2016

Il Sole **24 ORE**

[www.mgldigital.ilsole24ore.com](http://www.mgldigital.ilsole24ore.com)

Periodico mensile / Anno LXXXIX / n. 10 / Un fascicolo € 25  
Poste Italiane Spa / Sped. in A.P. / D.L. 353/2003 conv. L. 46/2004, art. 1, c. 1 / DCB Roma / ISSN 0025 - 4999

## Massimario di Giurisprudenza del Lavoro

CASS. 11 MAGGIO 2016, N. 9675

**Sul licenziamento del lavoratore  
per ingiurie al datore**

CASS. 29 GENNAIO 2016, N. 1799

**Sulla prescrizione del credito  
previsto dalla cartella  
esattoriale non opposta**

CASS. 25 AGOSTO 2016, N. 17225

**Sul termine di notifica per  
l'opposizione all'ordinanza  
sommatoria nel c.d. rito Fornero**

SCRITTI IN TEMA D

**Controlli a distanza dopo il Jobs act**

**Nuove regole sanzionatorie del licenziamento**

**Meccanismi di moderazione del danno  
da licenziamento illegittimo**

**Imponibilità previdenziale dei piani  
di azionariato in favore dei dipendenti**

**Direttore scientifico**

Antonio Vallebona

**Comitato di direzione**

Francesco Basenghi

Carlo Cester

Maurizio Cinelli

Riccardo Chieppa

Tullio Delogu

Giuseppa De Luca

Raffaello De Luca Tamajo

Riccardo Del Punta

Fernando Florza Guerrero

Fabrizio Fabiani

Giuseppe Ferraro

Alessandro Garli

Mariella Magnan

Giorgio Marinaccio

Arturo Maresca

Franz Marhold

Oronzo Mazzotta

Franco Modugno

Vittorio Novelli

Giuseppe Pellacani

Mattia Persiani

Roberto Pisci

Gianpiero Proia

Giulio Prosperetti

Pietro Rescigno

Maurizio Ricci

Pasquale Sandulli

Francesco Santoni

Giuseppe Santoro Passarelli

Renato Scognamiglio

Vincenzo Stanchi

Salvatore Tufiro

Carlo Zoli

GRUPPO **24 ORE**

## Indice

### PROBLEMI E DIBATTITI

**Lucia D'Arcangelo**

*I controlli a distanza dopo il Jobs act. Dallo statuto dei lavoratori alla disciplina sulla protezione dei dati personali*

*Remote controls after the Jobs act. The statute of workers to the protection of personal data*

» PAG 638

**Laura Foglia**

*Il controllo a distanza sull'attività del lavoratore: dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act e ritorno*

*The remote control of the worker activity: the Statute of Workers to Jobs Act and back*

» PAG 651

**Lucia Venditti**

*Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*

*Recent changes in protection against dismissal: a backlit reading*

» PAG 662

**Arianna Avondola**

*Meccanismi di moderazione del danno da licenziamento. Illegittimo: dalla legge Fornero al Jobs act*

*Mechanisms of moderation of damage from dismissal. Illegal: by law fornero the jobs act*

» PAG 676

**Raffaele Fabozzi**

*L'imponibilità previdenziale dei piani di azionariato in favore dei dipendenti*

*The subjection to social security contribution of stock options and stock grant plans*

» PAG 698

### GIURISPRUDENZA

**Federico Pisani**

*Ingiurie del lavoratore, pregiudizio all'organizzazione aziendale: giusta causa di licenziamento o giustificato motivo oggettivo?*

*(nota a Cass. civ. Sez. lav., 11 maggio 2016, n. 9635)*

» PAG 692

**Pietro Pozzaglia**

*Il termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 2953 c.c. si applica soltanto ai titoli esecutivi di formazione giudiziale*

*(nota a Cass. civ. Sez. lav., 29 gennaio 2016, n. 1799)*

» PAG 707

**Carmelo Romeo**

*Sul termine di notifica per l'opposizione all'ordinanza sommaria nel c.d. rito Fornero*

*(nota a Cass. civ. Sez. lav., 25 agosto 2016, n. 17325)*

» PAG 718

## INDICE ANALITICO

### ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI SUL LAVORO E LE MALATTIE PROFESSIONALI

Rapporti di lavoro parasubordinati - Obbligo contributivo Inail - Condizioni - Fondamento

(Cass. civ. Sez. lav., 24 marzo 2016, n. 5904) (M)

» PAG 710

Sistema tariffario per la determinazione dei premi dovuti all'Inail - Pluralità di lavorazioni - Lavorazione principale - Individuazione - Ulteriori attività - Rilevanza - Limiti - Fattispecie

(Cass. civ. Sez. lav., 14 aprile 2016, n. 7429) (M)

» PAG 710

### ASSICURAZIONE CONTRO LA DISOCCUPAZIONE

Lavori socialmente utili - Sussidio - Cumulo con altro reddito da lavoro a tempo parziale - Sussistenza - Condizioni - Fondamento

(Cass. civ. Sez. lav., 16 marzo 2016, n. 5226) (M)

» PAG 710

Lavori socialmente utili - Compenso a carico dello Stato - Modalità - Utilizzatore della prestazione - Delegato al pagamento - Compiti

(Cass. civ. Sez. lav., 30 marzo 2016, n. 6180) (M)

» PAG 710

### ASSICURAZIONE PER L'INVALIDITÀ, VECCHIAIA E SUPERSTITI

Divieto di cumulo ex art. 1, co. 43, della legge n. 335 del 1995 - Condizioni - Limiti - Fondamento

(Cass. civ. Sez. 6<sup>a</sup>, 22 marzo 2016, n. 5636) (M)

» PAG 711

Principio della neutralizzazione dei periodi di sospensione del rapporto assicurativo - Portata generale - Finalità - Conseguenze - Ambito applicativo.

(Cass. civ. Sez. 6<sup>a</sup>, 22 marzo 2016, n. 5636) (M)

» PAG 711

### CONTRIBUTI ASSICURATIVI

Omissione contributiva - Mancata opposizione a cartella esattoriale - Consolidamento del credito iscritto a ruolo - Termine di prescrizione quinquennale o decennale per il recupero del credito - Contrasto di giudicati - Rimessione alle Sezioni Unite

(Cass. civ. Sez. lav., 29 gennaio 2016, n. 1799, con nota di Pozzaglia)

» PAG 705

Retribuzione imponibile - Minimale retributivo a fini contributivi - Decorrenza

(Cass. civ. Sez. lav., 14 marzo 2016, n. 4926) (M)

» PAG 711

Riscossione - Cartella esattoriale per contributi previdenziali - Mancata opposizione - Conseguenze - Art. 2953 c.c. - Applicabilità

(Cass. civ. Sez. lav., 15 marzo 2016, n. 5060) (M)

» PAG 711

Accordi per la riduzione dell'orario di lavoro - Domanda di benefici contributivi per stipula di contratti di solidarietà - Domanda di conguaglio di somme anticipate a titolo di Cigs - Necessità di preve domande amministrative distinte - Sussistenza - Fondamento

(Cass. civ. Sez. lav., 17 marzo 2016, n. 5318) (M)

» PAG 712

Contributi dovuti per periodi diversi - Configurabilità di un unico rapporto assicurativo - Esclusione - Conseguenze - Giudicato su precedenti annualità - Preclusione sui periodi successivi - Esclusione - Fattispecie

(Cass. civ. Sez. lav., 20 aprile 2016, n. 7981) (M)

» PAG 712

### CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZIALI

Processo Fornero - Ricorso in opposizione alla fase sommaria - Perentorietà dei termini di notifica del ricorso - Improcedibilità per effetto del mancato rispetto dei termini di legge.

(Cass. civ. Sez. lav., 25 agosto 2016, n. 17325, con nota di Romeo)

» PAG 714

### LAVORATO AUTONOMO

Contributi previdenziali dovuti da un artigiano - Omesso versamento - Mancato esercizio dei poteri coercitivi dell'Inps - Rilevanza - Esclusione

(Cass. civ. Sez. lav., 20 aprile 2016, n. 7980) (M)

» PAG 712

### LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Licenziamento per giusta causa - Insubordinazione - Critica al datore di lavoro - Utilizzo di toni e/o espressioni ingiuriosi e/o aggressivi - Pregiudizio all'organizzazione aziendale - Sussistenza.

(Cass. civ. Sez. lav., 11 maggio 2016, n. 9635, con nota di F. Pisanti)

» PAG 690

Licenziamento per giusta causa - Elemento soggettivo - Dolo o intenzionalità della condotta - Necessità - Esclusione - Colpa - Sufficienza - Condizioni - Fattispecie

(Cass. civ. Sez. lav., 1° luglio 2016, n. 13512) (M)

» PAG 695

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo - Situazione sfavorevole di mercato - Necessità - Esclusione - Incremento della produttività - Configurabilità - Condizioni - Conseguenze

(Cass. civ. Sez. lav., 1° luglio 2016, n. 13516) (M)

» PAG 695

Licenziamento ex art. 2 della legge n. 604 del 1966 - Conseguenze - Diritto al risarcimento del danno - Commisurazione alle retribuzioni perdute - Configurabilità - Condizioni - Offerta della prestazione lavorativa - Necessità

(Cass. civ. Sez. lav., 5 luglio 2016, n. 13669) (M)

» PAG 695

Licenziamento intimato al lavoratore dal datore di lavoro interposto - Inesistenza - Attribuzione del rapporto di lavoro effettivo all'appaltante

(Cass. civ. Sez. lav., 6 luglio 2016, n. 13790) (M)

» PAG 695

#### MANSIONI E QUALIFICHE

Sopravvenuta inidoneità fisica - Art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008 - Obbligo del datore di lavoro di ricercare soluzioni organizzative compatibili - Sussistenza - Conseguenze -

Fattispecie

(Cass. civ. Sez. lav., 1° luglio 2016, n. 13511) (M)

» PAG 696

#### SOCIO AMMINISTRATORE

Diritto al compenso dell'amministratore unico di società di capitali - Prescrizione - Termine di cui all'art. 2949 c.c. - Applicabilità - Fondamento

(Cass. civ. Sez. lav., 5 luglio 2016, n. 13686) (M)

» PAG 696

#### PREVIDENZA COMPLEMENTARE

Dipendenti del parastato - Previdenza integrativa - Art. 18, co. 9, del d.lgs. n. 124 del 1993 - Interpretazione - Omessa adozione del decreto sugli oneri di ricongiungimento o riscatto - Diffida tardiva all'adozione - Diritto al risarcimento del danno - Esclusione - Fattispecie.o

(Cass. civ. Sez. lav., 25 marzo 2016, n. 6004) (M)

» PAG 712

### INDICE CRONOLOGICO

DATA	AUTORITÀ	NUMERO	PAGINA
<b>2016</b>			
29 gennaio	Cass. civ. Sez. lav.	1799	705
14 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	4926 (M)	711
15 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	5060 (M)	711
16 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	5226 (M)	710
17 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	5318 (M)	712
22 marzo	Cass. civ. Sez. 6 <sup>a</sup>	5636 (M)	711
24 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	5904 (M)	710
25 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	6004 (M)	712
30 marzo	Cass. civ. Sez. lav.	6180 (M)	710
5 aprile	Cass. civ. Sez. lav.	6585 (M)	711

DATA	AUTORITÀ	NUMERO	PAGINA
14 aprile	Cass. civ. Sez. lav.	7429 (M)	710
20 aprile	Cass. civ. Sez. lav.	7980 (M)	712
20 aprile	Cass. civ. Sez. lav.	7981 (M)	712
11 maggio	Cass. civ. Sez. lav.	9635	690
1° luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13511 (M)	696
1° luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13512 (M)	695
1° luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13516 (M)	695
5 luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13669 (M)	695
5 luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13686 (M)	696
6 luglio	Cass. civ. Sez. lav.	13790 (M)	695
25 agosto	Cass. civ. Sez. lav.	17325	714

a cura di Arianna Avondola  
 Ricamatore - Università di Napoli  
 Federico II

## Meccanismi di moderazione del danno da licenziamento illegittimo: dalla legge Fornero al Jobs act

### 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»<sup>1</sup>. 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 st. lav., tematica che all'epoca sembrava già giunta al capolinea.

La strada da percorrere, in realtà, era ancora molto lunga prima di poter arrivare ad una (vera) "Riforma" (ci si riferisce alla legge n. 92 del 2012, prima ancora che al cd. *Jobs act*), che poco o nulla ha recepito dei moniti, delle discussioni e dei suggerimenti provenienti da un confronto pluriventennale, che ha coinvolto eminenti studiosi, così come 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 seco-

**Sommario:** 1. - Il "tabù" violato. - 2. - Le ipotesi di riducibilità del danno nel nuovo art. 18: profili processuali, formali e sostanziali. - 3. - L'*aliunde perceptum* ieri, oggi e...domani? - 4. - L'*aliunde perceptendum*: un intruso nel nuovo art. 18 st. lav. - 5. - Il "grande assente": il danno ulteriore. - 6. - Se il *Jobs act* ripercorre il sentiero già tracciato...

lo 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»<sup>2</sup>.

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 statuari, 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 normativo<sup>3</sup>.

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

2. *Ibidem*, 9.

3. R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione "miope" e tentativi di riforma*, in «Dir. merc. lav.» 2000, 3.

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 ingiustificato<sup>14</sup>.

Nonostante la presenza di alcune voci dissonanti<sup>15</sup>, il meccanismo risarcitorio/indennitario era definitivamente entrato nella mente di un legislatore "sonnacchioso", che con il Libro Bianco<sup>16</sup> e il successivo Patto per l'Italia<sup>17</sup> tentò di destarsi da un letargo trentennale, introducendo un sistema sperimen-

mentale volto a costituire, per alcune ipotesi specifiche, un art. 18 st. lav. "edulcorato" o "depotenziato", perché amputato della reintegrazione.

Una scelta che si rivelò ben presto ai limiti dell'in-costituzionalità (in quanto rischiava di creare condizioni di disuguaglianza sostanziale 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 dell'epoca.

Da allora numerose altre ipotesi ricostruttive<sup>18</sup> hanno tentato uno spostamento dei vincoli convenzionali verso una massiccia monetizzazione del regime sanzionatorio, impostazione accolta definitivamente dal Governo Monti<sup>19</sup>, che, repentinamente, ha stravolto la normativa del 1970, probabilmente animato dalla granitica convinzione della sopraggiunta necessità di dover allentare i limiti imposti

516, 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*, in «Dir. rel. ind.» 1997, 3, 135); T. TRBU, 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. TRBU, *Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, *ibidem* 2000, 3, 286). Anche la Commissione Foglia, 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 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*, in «Dir. merc. lav.» 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*, Napoli 2012, 114, parla di "riforme oblique", riferendosi tra le altre al cosiddetto Collegato Lavoro del 2010 e all'art. 8 del d.l. n. 138/2011.

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

dalla regolamentazione esistente, i quali – secondo la *ratio legis* della normativa – rendevano troppo onerosi i costi e imprevedibili i tempi del licenziamento. Sicché, 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, nonostante il più recente tentativo di razionalizzazione della materia introdotto con il *Jobs act*.

## 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 resta il principale "innesco" modificativo dell'art. 18 st. lav., anche dopo l'introduzione del contratto a tutele crescenti del 2015. Secondo la maggior parte degli studiosi, infatti, la Riforma del 2012 «è (stata, *nda*) 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»<sup>10</sup>.

Benché si condivida l'idea di chi<sup>11</sup> 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 necessitata<sup>12</sup>, non si può nascondere come la legge n. 92/2012 sia stata 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 dalle note pressioni provenienti a livello europeo, che ha puntato a frantumare l'originaria tutela reale, introducendo elementi di tutela solo (o prevalentemente) di tipo indennitario, secondo il dettato di filosofie economiche neo-liberiste, e ciò senza tenere in debito conto i principi garantistici di cui storicamente è pregna la cultura giuslavoristica italiana. Una logica questa, che, oggi, sembra essere stata in parte corretta dalla normativa del 2015, che, quanto meno "terminologicamente", ha allargato l'attenzione del legislatore anche sul fronte delle tutele.

Tanto premesso sul piano generale, le presenti considerazioni prendono le mosse da alcune specifiche problematiche che hanno caratterizzato la normativa del 2012 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 in materia.

Più precisamente, nell'ambito della profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo realizzata dalla Riforma Fornero (che, si ricorda, ha articolato i diversi livelli sanzionatori dell'art. 18 in stretta connessione con il disvalore attribuibile ai comportamenti datoriali che di volta in volta possono violare le norme), si intende dare risalto ad una significativa innovazione introdotta dalla medesima normativa del 2012, passata, per lo più, sotto silenzio.

Si tratta, nella specie, non tanto della massiccia e dilagante opzione indennitaria (che, come già chiarito, era in ampia misura prevedibile in considerazione degli intenti immediatamente manifestati dal Governo Monti), quanto piuttosto della espressa previ-

10. Ancora, L. ZOPPOLI, op. cit., 82.

11. Secondo A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in «Riv. it. dir. lav.» 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".

12. Tra gli cfr. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in Aa.Vv., *Commentario alla Riforma Fornero*, F. Carinci, M. Miscione (a cura di), Milano 2012, 30.

sione della detraibilità dall'indennità risarcitoria di quanto percepito dal lavoratore, durante il periodo di estromissione, per altre attività lavorative dal medesimo svolte.

Con la Riforma Fornero, infatti, il legislatore ha imposto al giudice – per la prima volta “per legge” – la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (nonché dell'*aliunde perceptendum*).

La questione, sino ad ora per lo più rapidamente archiviata sul piano sostanziale<sup>131</sup>, 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 grado<sup>141</sup>.

Proprio sulla base degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 421 c.p.c.<sup>145</sup>, 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 realizzato<sup>146</sup>.

Così, diversamente interpretato, il nuovo testo del-

l'art. 18 – *post 2012* – non solo amplierebbe notevolmente i poteri di intervento del giudice, ma andrebbe anche ad incidere impropriamente sull'assetto ormai consolidato relativo all'individuazione e alla ripartizione degli oneri di allegazione della prova; aprendo, inopinatamente, spazi sino ad ora per lo più preclusi in tema di ammissibilità delle cosiddette “prove esplorative”, limite legato proprio al rischio di dare vita ad un processo dal “connotati di tipo inquisitorio”<sup>171</sup>.

Per questi motivi, la dottrina prevalente<sup>181</sup>, cui si aderisce, propendendo per l'ipotesi negativa, si è assicurata che i poteri istruttori del giudice si possano continuare 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, secondo tale interpretazione, l'esplicitazione della detraibilità dell'*aliunde perceptum* non costituirebbe altro che l'enunciazione espressa di una regola attinente alla quantificazione dell'indennità, già ricavabile dal precedente assetto normativo, senza alcun potere di mettere in discussione gli orientamenti giurisprudenziali formati in precedenza<sup>149</sup>.

Se la riflessione processuale, avente ad oggetto le tematiche di detraibilità del danno, appare ormai assestata sui descritti orientamenti interpretativi, sul piano sostanziale la scelta normativa relativa alle questioni descritte – ancora attualmente da pochi realmente approfondita – desta le maggiori perplessità, nonostante sia stata ripresa (quasi uniformemen-

13. Secondo R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), Torino 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».

14. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in «Arg. dir. lav.» 2012, 3, 617.

15. 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.

16. 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*, F. Carinci, M. Miscione (a cura di), Milano 2012, 34.

17. *Ibidem*

18. Oltre C. CASTER, 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».

19. 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*, Milano 2013, 273.

te) dalla più recente disciplina del 2015.

Procedendo, infatti, ad un'analisi specifica della problematica in questione, partendo da un punto di vista meramente formale, le numerose incongruenze dell'art. 18 (Riforma Fornero) saltano, a tutt'oggi, immediatamente all'occhio.

Innanzitutto, appare poco chiara la divaricazione – imposta dalla normativa – tra la lettera del secondo e quella del co. 4 dell'art. 18, discrasia che si fonda sulla previsione di due diverse ipotesi di detrazione: nel primo caso, si fa riferimento alla detraibilità del solo *aliunde perceptum*, mentre, nella seconda ipotesi, oltre all'*aliunde perceptum*, il giudice potrà “edulcorare” il risarcimento sottraendo persino l'*aliunde percipiendum*.

Volendo escludere l'ipotesi di una banale svista del legislatore<sup>20</sup>, alcuni autori hanno tentato di giustificare la dissonanza descritta appellandosi alla struttura del testo; sicché 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, co. 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorché l'autore del danno abbia palesemente violato regole di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà»<sup>21</sup>. 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»<sup>22</sup>.

Ciò non toglie, però, che benché il primo gradino di tutela sia preposto ad intervenire nel caso in cui siano stati lesi valori fondamentali<sup>23</sup> e, per questo, non suscettibile di alcun tipo di sconto, lascia perplessi il fatto che questa intangibilità dell'integrità risarcitoria 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, benché non esplicitamente forfezzato, o il medesimo risarcimento è passibile di qualsiasi intervento che il giudice ritenga opportuno, anche d'ufficio<sup>24</sup>.

Il medesimo impianto normativo, rivela, inoltre, una evidente mancanza: 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 perché causato dai lunghissimi tempi processuali – deprecabile consuetudine – del nostro sistema giudiziario, o perché 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.

Pertanto, l'assenza di un'espressa previsione del danno ulteriore, difficilmente giustificabile sia sul piano formale che su quello sostanziale, pur rispondendo con ogni probabilità ad esigenze contingenti di tutela del mercato, non esclude questioni di giu-

20. È M. TATABELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, Aa.Vv., *La Riforma del Lavoro. Guida normativa*, Isole24ore, 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».

21. 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 co. 2 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”».

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

23. A. MARESCA, op. cit., 421.

24. Secondo M. MARAZZA, op. cit., 617, «trattandosi di un regime risarcitorio speciale e forfezzario, 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».

stizia sociale, con possibili ricadute anche sul rispetto del principio di uguaglianza costituzionalmente sancito.

A valle di tali iniziali considerazioni, sembrerebbe che il legislatore del 2012 (sebbene si sia mostrato pienamente consapevole dei consolidati assetti giurisprudenziali in materia di *aliunde perceptum* e *percipiendum*, al punto di inserire per legge nel dettato normativo il principio di riducibilità dalle somme oggetto di risarcimento ex art. 18 st. lav.), non abbia colto con altrettanta solerzia la *ratio* che sostiene questi istituti, i cui fondamenti nascono dalla necessità di reinterpretare (all'indomani della novella del 1990) le dinamiche risarcitorie, al fine di scongiurare il rischio di incorrere in possibili ingiustificati arricchimenti.

### 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 irrogato<sup>25</sup>.

In realtà, l'intervento del legislatore dell'epoca animò di nuova linfa vitale le diverse teorie, che riflorono con particolare vigore soprattutto tra i sostenitori della tesi risarcitoria<sup>26</sup>.

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 risarcimento in forma specifica<sup>27</sup>, dall'altra, fino a quando quest'ultima non si fosse verificata, un risarcimento vero e proprio, che non poteva non identificarsi con le mancate retribuzioni<sup>28</sup>, 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 giurisprudenza<sup>29</sup>, 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 impostazione<sup>30</sup> 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 "commisura-

25. Sul punto si veda anche G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in questa rivista 2002, 4, 210.

26. 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.

27. All'epoca F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, Torino 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*».

28. 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*, F. Carinci (a cura di), Napoli 1991.

29. Cfr. *infra*.

30. Il principale interprete di tale orientamento è certamente M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in «Nuove leggi civ. comm.» Padova 1991, 159 ss., pioniere di queste tematiche.

to" 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" <sup>31</sup>.

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 *aliunde perceptum* o la sussistenza di un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno che il medesimo avrebbe potuto evitare usando la normale diligenza <sup>32</sup>.

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 (almeno fi-

no al 2012) hanno rappresentato il fondamento esecutivo 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'*aliunde 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'*aliunde perceptum* 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 quantificazione del danno subito dal lavoratore ingiustamente licenziato» <sup>33</sup>.

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» <sup>34</sup>.

Limiti specifici, inoltre, sono stati imposti da dottrina e giurisprudenza proprio in merito alle modalità di calcolo degli emolumenti che possono rilevare

31. M. D'ANTONA, op. cit., 164.

32. Cass. Sez. Un., 29 aprile 1985, n. 2672, in «Foro It.» 1985, I, 2247, nt. M. D'ANTONA.

33. Tra tante cfr. Cass., 16 luglio 2013, n. 17370, [www.jurisdata.it](http://www.jurisdata.it), precisa, tra l'altro, che "in tema di risarcimento del danno dovuto al lavoratore l'eccezione, con la quale il datore di lavoro deduca che il dipendente licenziato ha percepito un altro reddito per effetto di una nuova occupazione ovvero deduca la colpevole astensione da comportamenti idonei ad evitare l'aggravamento del danno, non è oggetto di una specifica disposizione di legge che ne faccia riserva in favore della parte. Pertanto, allorché vi è stata allegazione dei fatti rilevanti e gli stessi possono ritenersi incontrovertibili o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trarne d'ufficio (anche nel silenzio della parte interessata ed anche se l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato (Cass. 26 ottobre 2010, n. 21919)"; nonché, cfr. conformi, Cass. 24 giugno 2015, n. 13117, [www.jurisdata.it](http://www.jurisdata.it); e Cass. 29 agosto 2006, n. 18687, in «Riv. dir. lav.» 2006, 4, 1229, nt. CA-FIBRO.

34. Tra le altre, v. Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, [www.defure.giuffre.it](http://www.defure.giuffre.it).

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 compensativo<sup>35</sup>.

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, purché tali attività non risultino astrattamente compatibili con la prosecuzione del pregresso rapporto di lavoro<sup>36</sup>, escludendosi – ad esempio – la detraibilità delle somme erogate a titolo di pensio-

ne, che si riferiscono a un rapporto costituito con l'ente previdenziale, del tutto distinto da quello corrente con il datore di lavoro<sup>37</sup>.

La *ratio* principale che ha dato vita alla tesi dell'equivalenza professionale – appena descritta – 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 diverso<sup>38</sup>.

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 interrotto<sup>39</sup>.

L'apertura ai canoni civilistici ha inevitabilmente spinto gli interpreti a cercare un supporto normativo anche nella formulazione dell'art. 1227, co. 2, c.c., a norma del quale il risarcimento del danno può essere ridotto ove il soggetto danneggiato abbia concorso

35. Si consenta il rinvio ad A. AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in «Arg. dir. lav.» 2003, 1, 306.

36. Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, in «Foro It. - Rep.» 2003, 1768; Cass. 19 maggio 2000, n. 6548, in «Riv. It. dir. lav.» 2001, II, 351. Sul punto, notoriamente, M. D'ANTONA, op. cit., 168, chiarì 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 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».

37. Specificamente sul punto, si ricordano due sentenze esplicitamente espressesi 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, in «Dir. rel. ind.» 2010, 1140 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. MUTARELLI, *Trattamento dovuto in caso di licenziamento illegittimo e aliunde perceptum*, in «Dir. rel. ind.» 2010, 1140 ss. Da ultimo, Cass. 18 aprile 2016, n. 7685, [www.jurisdata.it](http://www.jurisdata.it), ha affermato che non può detrarsi "l'*aliunde perceptum*, ossia quelle somme di denaro guadagnate tra il licenziamento e il provvedimento di reintegra nel posto di lavoro, se tale reddito deriva da un'attività di lavoro autonomo già svolta in costanza di rapporto di lavoro dipendente e prima del recesso datoriale".

38. Cass. 21 agosto 1998, n. 8321, in «Giust. civ. - Mass.» 1998, 1746, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it). In particolare sul punto, M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in «Dir. lav. rel. ind.» 1987, 423, 424, ha precisato il castico 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".

39. Cass. 11 febbraio 2011, n. 4146, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it), 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

con il suo comportamento a produrre il danno o ad aggravarne le conseguenze.

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 fede <sup>40</sup>.

Nell'ambito di tale consolidato assetto giurisprudenziale e degli altrettanto stabili orientamenti interpretativi descritti, si è imposta 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, ha invaso, con l'espressa previsione normativa della detraibilità dell'*aliunde perceptum*, un territorio da sempre lasciato alla completa gestione degli interpreti.

Una scelta legislativa questa, che, alla luce di quanto sin qui dedotto, è subito apparsa 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, fornito un'essenziale elasticità nell'utilizzo dell'istituto, garanzia reale per un impiego corretto e consapevole del meccanismo di riduzione del danno.

Con la Riforma Fornero, invece, quantomeno sulla

base della lettera del nuovo testo normativo, il legislatore sembrerebbe imporre (senza una specifica regolamentazione) la detraibilità dell'*aliunde perceptum* in tutte le ipotesi di danno previste nella medesima legge.

La specificazione posta dalla legge del 2012 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 nell'ambito dei poteri conferitigli ex art. 421 c.p.c. <sup>41</sup>, non pochi dubbi sono stati sollevati sotto altri aspetti sostanziali, profilandosi un rischio di erosione del lavoro di configurazione e stabilizzazione interpretativa dell'*aliunde perceptum* realizzato nei decenni passati.

In particolare, con una formulazione letterale chiara, la legge n. 92/2012 ha individuato nel "periodo di estromissione" l'arco temporale in riferimento al quale debba essere effettuata la riduzione dell'indennità. Sulla base del dato testuale, infatti, la deduzione dell'*aliunde perceptum* (e *perceptendum*) sembrerebbe doversi compiere in relazione sia al periodo che precede la sentenza, sia a quello successivo, diversamente da quanto da sempre affermato dagli interpreti <sup>42</sup>.

Tale scelta è stata considerata da alcuni autori <sup>43</sup> 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 senten-

somme di natura assistenziale e non soggette a contribuzione. Mentre Cass. 26 maggio 2015, n. 10836, [www.jurisdata.it](http://www.jurisdata.it), più di recente ha affermato che "non rientra nell'*aliunde perceptum* quanto il lavoratore percepisce non già per aver impiegato le sue energie lavorative liberatesi per l'avvenuta estromissione dal posto di lavoro, bensì sulla base della disciplina del rapporto, proprio quale effetto naturale del recesso datoriale e della risoluzione del rapporto di lavoro, come: il trattamento di fine rapporto ed eventualmente anche l'indennità sostitutiva del preavviso non lavorato".

40. Cass. 26 marzo 2010, n. 7344, in «Dir. rel. ind.» 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, in «Not. giurisp. lav.» 2008, 202).

41. Sul punto, secondo G. VIDIRI, *Riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, 4, 634, nel confronto con l'attuale normativa, «sul piano processuale nulla è poi mutato, dovendo la prova dell'*aliunde perceptum* essere fornita dal datore di lavoro. Benché 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».

42. 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».

43. In particolare sul punto cfr. V. SPENZALE, op. cit., 56.

za. «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»<sup>44</sup>.

Sicché, è apparso 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 tempestivamente sottolineato<sup>45</sup>, infatti, il giudice delle leggi, pronunciandosi in merito alla disciplina della indennità forfettizzata dovuta all'esito dell'accertamento giudiziale dell'illegittima opposizione del termine ad un contratto di lavoro subordinato (art. 32, co. 5, legge 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 [...]»<sup>46</sup>.

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, sono stati rilevati anche in merito ad alcune evidenti dissonanze il dettato normativo del 2012 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 (altrimenti ingiustificato) dell'indennità risarcitoria.

Questa seconda opzione interpretativa sembrerebbe oggi superata, dal momento che, al nuovo co. 4

dell'art. 18 st. lav., la legge Fornero ha precisato 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 immutabile 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 potrebbe avere 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.

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»<sup>47</sup>.

44. *Ibidem*

45. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, I, 678.

46. C. cost. 9 novembre 2011, n. 303. In «Riv. it. dir. lav.» 2012, II, 252, nt. L. DI PAOLA E L. ZAPPALÀ.

47. A. MARESCA, *op. cit.*, 430.

**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*, benché 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 diligenza<sup>48</sup>.

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"<sup>49</sup>, 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 offerta<sup>50</sup>.

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»<sup>51</sup>.

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 co. 2 dell'art. 1227 c.c., che pone a carico del creditore l'obbligo di assumere una condotta attiva di cooperazione che supera il mero dovere statico di astensione da comportamenti idonei ad aggravare la posizione del debitore<sup>52</sup>.

Pertanto, sulla base di tale percorso interpretativo, l'*aliunde percipiendum* ha acquisito rilievo, di volta in volta, soprattutto in merito alla mancata o intempe-

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

49. M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Milano 1991, 63.

50. Cass. 3 febbraio 1998, n. 1099, in questa rivista 1998, 297.

51. *Ibidem*.

52. Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, in «Giur. lav.» 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 dal due commi

stiva 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 applicative<sup>153</sup>, che da soluzioni univoche.

Pertanto, l'intervento della Legge Fornero in questo percorso ricostruttivo non ancora concluso, stabilendo *ex lege* la detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, ha finito per confermare (anche per tale ipotesi) i dubbi già sollevati in tema di *aliunde perceptum*, non riuscendo a risolvere le perplessità già rimarcate dalla pregressa attività interpretativa in materia. Soluzione, peraltro, non rinvenibile neanche nel più recente testo del *Jobs act*, che ha per lo più ricalcato (supinamente) le scelte in precedenza operate.

Resta, infatti, a tutt'oggi 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»<sup>154</sup>.

##### 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.*<sup>155</sup>.

In particolare, la Corte di cassazione ha da 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 liquidazione<sup>156</sup>.

Questo orientamento è stato più volte confermato dalla Suprema Corte, la quale, in caso rimasto emblematico<sup>157</sup>, 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 riconoscendo al lavoratore «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 contributo produttivo al

dell'*art. 1227 c.c.*, specificando che: il co. 1 regola il concorso del danneggiato nella produzione del fatto dannoso ed ha come conseguenza una ripartizione di responsabilità, mentre il co. 2 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.

53. A livello esemplificativo si ricorda: secondo Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, in «*Giur. lav.*» 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, in «*Arg. dir. lav.*» 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, 3905, in «*Riv. giur. lav.*» 2003, II, 328, nt. N. GHIRARDI).

54. C. CESTER, *op. cit.*, 36.

55. Cass. 7 luglio 2009, 15915, in «*Giur. lav.*» 2009, 40, 37; nonché, Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, in «*Riv. giur. lav.*» 2008, II, 572.

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

57. Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

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

Inoltre, nel caso di specie, la Cassazione, avendo richiamato una serie di elementi caratterizzanti la vicenda espulsiva, che nel loro insieme avevano determinato – in conseguenza della mancata reintegrazione del posto di lavoro – una lesione «di interessi inerenti alla persona, non connotati da rilevanza economica, ma meritevoli di tutela anche per la loro rilevanza costituzionale», aveva proceduto ad una valutazione complessiva della vicenda, proprio per «evitare una duplicazione risarcitoria»<sup>58</sup>.

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 n. 92/2012 (così come in quello del *Jobs act*).

Una mancanza resa ancor più plateale dal fatto che, allorché lo stesso estensore abbia inteso escludere dalle modalità di computo del danno ogni tipo di detrazione, lo abbia fatto manifestamente, come nel caso del co. 13, art. 1 (legge Fornero), in cui letteralmente si prevede che «la disposizione di cui al co. 5 dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183<sup>59</sup> 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».

#### 6. - Se il *Jobs act* ripercorre il sentiero già tracciato...

Le numerose incongruenze rilevate in tema di meccanismi di moderazione del danno disciplinato dalla legge Fornero lasciavano facilmente presagire un possibile rapido intervento del nuovo legislatore, volto a ricomporre, almeno in parte, i pezzi di un puzzle inesorabilmente disgregato. Intervento, che si è puntualmente realizzato nel 2015, con d.lgs. n. 23, con cui è stata introdotta la disciplina del contratto a tutele crescenti, ha tentato una razionalizzazione della normativa progressiva, seppure non nei termini *aliunde* auspicati.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> A norma del quale «Nel caso 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'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604».

Sta di fatto che, dinanzi a tante incognite, questo nuovo zelo legislativo (benché ispirato ad una reale volontà di semplificazione), almeno in tema di *aliunde perceptum e percipiendum*, ha sostanzialmente confermato la regolamentazione già proposta dal legislatore del 2012, non solo, lasciando inalterate le perplessità esegetiche già avanzate in merito alla precedente normativa, ma rischiando, altresì, di creare nel sistema attuale nuove sacche di aleatorietà interpretativa, con l'inevitabile pericolo che queste ultime possano tramutarsi in mero arbitrio.

Infatti, pur calcolandosi il risarcimento del danno sulla base di un diverso parametro rispetto alla normativa del 2012 (segnatamente si fa riferimento, ex art. 2 d.lgs. n. 23/2015, all'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»), con il *Jobs act* restano sostanzialmente invariate le ipotesi di detrazione del *quantum* «altrove percepito» rispetto ai diversi casi di illegittimità del recesso.

In particolare, il solo *aliunde perceptum* risulterà certamente detraibile nei casi di licenziamento «più grave» (discriminatorio, nullo e per mancanza di forma scritta) e in tutti i casi in cui si applichi la tutela reale piena, come nell'ipotesi di mancanza di giustificato motivo (oggettivo) relativo a inidoneità fisica o psichica del lavoratore, o nel licenziamento collettivo privo di forma scritta.

Diversamente, il meccanismo di moderazione del danno viene escluso dal dettato normativo nelle ipotesi in cui l'indennità risarcitoria viene espressamente prestabilita per legge (tra un valore minimo e uno massimo applicabile), probabilmente avendo il nuovo legislatore tenuto in debita considerazione i rilievi rivolti sul punto alla pregressa normativa da parte della dottrina surrichiamata.

Pertanto, ad oggi, non vi è più detraibilità dell'*aliunde perceptum* nel caso di giustificato motivo oggettivo per «motivi economici» (così come nell'ipotesi di licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta), dove è prevista una tutela risarcitoria con una base di calcolo indennitario «pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità».

Infine, sempre nel confronto con la normativa del 2012, il *Jobs act* prevede la detrazione dell'*aliunde percipiendum* (oltre che dell'*aliunde perceptum*) nella sola ipotesi di licenziamento illegittimo per mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo<sup>60</sup> e «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» (art. 3, co. 2).

Seppure con alcune differenze, i nuovi criteri testé descritti, peraltro applicabili ai soli assunti dal 7 marzo 2015, non hanno, però, apportato alcun chia-

rimento applicativo rispetto ai meccanismi di moderazione del danno, così come era già accaduto per la precedente disciplina, lasciando sostanzialmente irrisolti tutti i dubbi sinora sollevati; cosicché, con ogni probabilità, toccherà al giudice – secondo buon senso – applicare le modalità limitative del risarcimento sulla base degli assetti da tempo consolidatisi in Cassazione, eventualmente stabilendo – caso per caso – anche la detraibilità del danno ulteriore<sup>61</sup>, rimasto assente nei recenti testi legislativi, sempre più complessi e irti di insidie. ●

60. Sul punto cfr., *amplius*, A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs act e licenziamento*, Torino 2015, 93.

61. Sul punto, anche secondo M.G. MATTAROLO, *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. 23/2015 (il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, F. Carinci, C. Cester (a cura di), *ADAPT Labour Studies, e-book series 46*, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), 127: "Se le conseguenze patrimoniali del licenziamento nullo, inefficace o annullato dal giudice, sono esplicitamente qualificate dal d.lgs. n. 23/2015 come risarcitorie, potrebbe riproporsi la vecchia questione della risarcibilità del c.d. danno ulteriore, sia che si voglia intendere tale espressione come riferita al danno non patrimoniale per licenziamento ingiurioso, sia che ci si voglia riferire ai danni derivanti dalla perdita di ogni risorsa economica (sfratto, necessità di un mutuo, ecc.)" in merito, secondo l'A. "l'attuale disciplina esprime la volontà di esaurire il risarcimento dovuto imponendo in modo più o meno marcato una forfetizzazione del danno, ferma restando, naturalmente, la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per fatti che possono, per così dire, essere scorporati dal licenziamento e qualificarsi di per sé illegittimi in quanto lesivi della dignità della persona o addirittura di rilevanza penale".

#### Meccanismi di moderazione del danno da licenziamento illegittimo: dalla legge Fornero al *jobs act*.

**Sommario** - Dopo anni di dispute dottrinarie aventi ad oggetto l'inviolabilità dell'art. 18 St. lav., la L. n. 92/2012 è intervenuta sulla materia dei licenziamenti, realizzando una vera e propria rivoluzione. Tra le numerose innovazioni e modifiche introdotte dalla Riforma Fornero, vi è anche l'espressa previsione "per legge" della detraibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum* dalle somme dovute dal datore di lavoro a titolo di risarcimento danno. Tale scelta normativa ha generato numerosi dubbi interpretativi, dal momento che il tema della rilevanza dei meccanismi di moderazione del danno sembrava essersi assestato sulle soluzioni giurisprudenziali cui la Cassazione era approdata dopo decenni di acceso dibattito. Con l'avvento del cosiddetto *Jobs act*, pur avendo il nuovo legislatore tentato una razionalizzazione della materia, le problematiche sorte intorno alle ipotesi di applicazione (per legge) dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum* sono rimaste sostanzialmente immutate.

#### Mechanisms of moderation of damage from dismissal illegal: by law Fornero the *jobs act*.

**Summary** - After many years of academic debate on the impossibility of altering the provisions of the art. 18 of the "Statuto dei Lavoratori" (L. n. 300/1970), the L. n. 92/2012 has revolutionised the norms on the dismissal of employees. Among the numerous innovations and changes introduced by the so-called 'Fornero Reform' statute, there is now also the right to deduct *aliunde perceptum* and *aliunde percipiendum* from the sums due by the employer for damage compensation. This choice has engendered numerous doubts in terms of the correct interpretation of the statute, since the topic of damage reduction appeared to have been settled by the Cassazione Court after many years of spirited debate. Although Parliament has attempted to further rationalise the issue with the introduction of the so-called 'Jobs act', the challenges concerning the correct implementation of *aliunde perceptum* and *aliunde percipiendum* remain unaddressed.