

Fonte: D& L, Rivista critica di diritto del lavoro, n. 3/2009, 783 e ss.

2. Tribunale Bari 11 giugno 2009, est. Napoliello, F.N. (avv. Volpe e Fraccalvieri) c. Sanpaolo Imi Spa (avv. Barbagallo e De Feo).

➤ **Danno biologico da patologia indotta dalle condizioni ambientali e dalle modalità usuranti della prestazione - Violazione dell'art. 2087 c.c. - Sussistenza - Risarcimento del danno biologico.**

➤ **Licenziamento per superamento del periodo di comporto - Patologia indotta dalle condizioni ambientali e imputabile all'azienda - Illegittimità.**

➤ **Licenziamento illegittimo - Risarcimento del danno ex art. 18 SL - Opzione sostitutiva della reintegrazione - Domanda in corso di causa - Ammissibilità - Sopraggiunta collocazione in pensione - Deducibilità del trattamento pensionistico quale aliunde perceptum - Esclusione.**

➤ *Costituisce violazione dell'art. 2087 c.c. l'adibizione continuativa del dipendente in ambiente sotterraneo insalubre e con richiesta di interventi continuativi 24 ore su 24, così esponendo il ricorrente a uno stress nel tempo somatizzato sub specie di patologia psichica che ha dato luogo a danno biologico permanente, che deve quindi essere risarcito dal datore di lavoro.*

➤ *È illegittimo il licenziamento per superamento del periodo di comporto, laddove la*

malattia del lavoratore sia stata determinata dalla violazione dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c. anche sotto il profilo del mancato reperimento, nel quadro dell'organizzazione aziendale, di altro posto di lavoro più adatto alle condizioni di salute del lavoratore, incompatibili con le mansioni e l'ambiente di lavoro assegnati.

➤ *È ammissibile l'esercizio in corso di causa dell'opzione sostitutiva alla reintegrazione ex art. 18, 5° comma, SL; non è deducibile dall'ammontare del risarcimento previsto dall'art. 18 cit. il sopraggiunto trattamento pensionistico.**

(...) A) Ricorso n. 12116/1998

La domanda è fondata e va accolta per quanto di ragione.

1.1. È circostanza pacifica, in quanto non oggetto di contestazione:

a) che il ricorrente ha svolto le mansioni di designato al tesoro presso la filiale di Bari del Banco di Napoli nel periodo temporale 5/1/77-31/1/97 (salva l'interruzione anzidetta) e che costui nel corso del rapporto lavorativo ha conservato la sua residenza in Cassano Murge;

b) che tale incarico implicava la reperibilità 24 su 24 ore, compresi i giorni festivi (con conseguente obbligo d'intervento ogni qualvolta scattava l'allarme, anche se ingiustificatamente, e/o per ogni altra esigenza d'ufficio) e veniva svolto in locali interrati, collocati al di sotto della filiale del Banco di Napoli di Bari e privi di qualsivoglia finestra;

c) l'istante aveva avanzato più volte richiesta di mutamento delle mansioni anzidette (con missive del 5/2/91 e del 28/4/95 prodotte in giudizio) poiché lo svolgimento continuativo era divenuto pregiudizievole per la sua integrità psico-fisica, al punto tale da aver dato luogo a una vera e propria patologia psichica.

1.2. Ciò posto, va evidenziato che l'istruttoria svolta ha confermato il nesso di causalità corrente tra l'espletamento delle mansioni in contestazione e il danno biologico lamentato dal ricorrente.

Viene in rilievo anzitutto la deposizione del teste Roppo, particolarmente attendibile e qualificata, perché costui è stato il collega che ha condiviso con l'istante lo stesso ambiente lavorativo.

Costui ha riferito:

a) che il ricorrente ha svolto le mansioni di designato al tesoro nel *caveau* continuamente, salvo i periodi di malattia e di ferie in cui egli ha sostituito il primo;

b) tale ambiente lavorativo (il cui accesso era consentito mediante una porta blindata) era collocato nel piano interrato ed era privo di finestre;

c) che il ricambio dell'aria era assicurato da sistemi di aerazione i cui flussi di aria raggiungevano gli operatori direttamente sulla postazione lavorativa;

d) che il clima in tale ufficio era caldo-umido d'estate e l'ambiente molto polveroso a causa della grande quantità di materiale cartaceo ivi presente;

e) che il ricorrente ha continuato a svolgere l'attività lavorativa nel *caveau* anche in

□

* La nota di Mario Meucci segue il testo della sentenza.

seguito ai lavori di ristrutturazione interna di parte del medesimo, in seguito alla quale il clima ha continuato a essere caldo e umido;

f) l'attività lavorativa di designato al tesoro comportava la reperibilità 24/24 ore anche nei giorni festivi: effettivamente, il ricorrente anche nei giorni festivi (nonché di sabato) e nelle ore notturne dei giorni lavorativi, era stato costretto a recarsi in ufficio (spostandosi dalla residenza sita in Cassano Murge) per disattivare l'allarme scattato, nella quasi totalità dei casi senza giustificazione alcuna.

Le circostanze fattuali appena riferite sono state confermate puntualmente dalle dichiarazioni espresse dal teste Rucci, anch'egli collega del ricorrente con cui ha condiviso l'ambiente lavorativo.

Costui ha ribadito:

a) anche il sistema di condizionamento manifestava delle irregolarità, consistenti nel fatto che i flussi di aria (d'inverno e d'estate) erano molto forti;

b) sovente l'aria immessa nell'ambiente recava l'odore di nafta, atteso che essa era assunta dal garage attiguo al *caveau*;

c) nell'ambiente lavorativo vi era molta polvere in conseguenza dei flussi di aria del sistema di condizionamento;

d) l'attività lavorativa di designato al tesoro comportava la reperibilità 24/24 ore anche nei giorni festivi: in effetti, il ricorrente anche nei giorni festivi e di notte si era recato in ufficio (spostandosi dalla residenza sita in Cassano Murge) per disattivare l'allarme;

e) che l'ingiustificata attivazione dell'allarme era alquanto frequente e che alla relativa disattivazione provvedeva lo stesso ricorrente, senza, pur se prescritto, ausilio di altro collega, poiché era l'unico soggetto sempre reperibile. In proposito, ha specificato il teste: «in caso di normali anomalie dell'impianto di allarme in occasione dei quali non ci fossero sospetti di anomalie del *caveau*, veniva chiamato solo il sig. Fraccalvieri perché erano sicuri della sua reperibilità notturna perché era detentore delle chiavi dell'impianto di allarme insieme ad altro detentore sig. Mendozzi...Comunque gli interventi sull'impianto di allarme che ogni tanto scattava, continuava a farli il sig. Fraccalvieri».

Di analogo tenore sono le dichiarazioni del teste Cavaliere anch'egli collega di lavoro, ricoprente dapprima l'incarico di responsabile del personale e, poi, quello di designato al tesoro, a seguito al pensionamento del ricorrente.

Questi ha affermato che:

a) fino al suo pensionamento, l'istante era stato il responsabile della gestione dell'impianto di allarme: «Era l'unico responsabile anche perché presso la centrale di allarme avevano ogni indicazione utile a rintracciare il sig. Fraccalvieri in qualsiasi momento quando era necessario...Tanto si verificava ogni volta che scattava l'allarme e tanto poteva avvenire anche... di notte, due o tre volte al giorno, nei giorni festivi e nei sabato non lavorativi»;

b) numerosi erano i casi in cui l'allarme scattava ingiustificatamente: «ricordo che originariamente l'impianto di allarme era collegato alla Questura di Bari, da una certa data in poi cioè dal 1995 circa la questura chiese di disattivare il collegamento atteso

che l'impianto dava parecchi falsi allarmi... anche nel periodo in cui era attivo il collegamento con la questura, il ricorrente veniva rintracciato in qualsiasi momento quando era necessario perché scattava l'allarme per la relativa disattivazione... Dopo il 1994-1995... il collegamento con la Questura fu eliminato ma continuò a essere mantenuto il collegamento con l'addetto all'impianto di allarme, il sig. Fraccalvieri, e con il metronotte... Sino a che il Fraccalvieri è stato in servizio lo stesso è stato l'unico addetto all'impianto di sicurezza».

Nella stessa prospettiva, si colloca la deposizione del teste Grottaglie che ha descritto in dettaglio le fasi della procedura attivata nel caso in cui l'allarme scattava, senza giustificazione: «io stesso su ordine della direzione generale avvisavo il ricorrente perché lo stesso potesse risolvere il problema... una volta avvisato, il Fraccalvieri, da Cassano arrivava a Bari e insieme a me entrava nel banco e, faceva insieme a me il giro di controllo e provvedeva al disinserimento dell'allarme e al successivo innesco per il periodo di tempo seguente sino alla successiva apertura. Ogni intervento durava un'ora o un'ora e mezza».

Il teste ha, poi, suffragato il fatto che l'allarme presentava delle anomalie: «È avvenuto qualche volta che in un anno, poteva essere chiamato due o tre volte nell'arco della stessa notte.»... «L'attivazione del sistema di allarme si verificava spesso in dipendenza di anomalie. L'attivazione del sistema di allarme per le suddette anomalie si verificava spesso per una sola volta nell'arco di una notte»... «Preciso che tanto avveniva e durante la notte dei giorni feriali, e durante la notte dai giorni festivi ivi compresi il sabato e la domenica»... «Ricordo che il Fraccalvieri veniva chiamato di sabato e domenica nelle ore notturne, ma non ricordo quante volte perché è passato un bel po' di tempo...».

L'esistenza di tali anomalie è stata avallata anche dal teste Lovopa, all'epoca dei fatti metronotte in servizio presso l'istituto di credito, che ha asserito: «la necessità di interventi (in conseguenza dell'attivazione del falso allarme) si verificava nei giorni feriali e nei giorni festivi intendo il sabato e la domenica. Non ricordo esattamente quante volte accadeva: poteva essere quattro o cinque o sei o anche quindici volte al mese»... «Alla mia presenza il sig. Fraccalvieri ogni volta veniva chiamato per l'esecuzione dell'intervento, svolgeva un sopralluogo presso la sede del banco. Successivamente, a intervento finito, faceva alla mia presenza il resoconto dell'intervento alla Direzione del Banco di Napoli».

Siffatte dichiarazioni sono state corroborate anche dal teste Fiore Michele, anch'egli addetto alla vigilanza.

Dal convergente tenore delle deposizioni appena riportate risulta comprovato:

a) che il ricorrente ha espletato l'incarico di designato al tesoro presso un ufficio collocato al piano interrato della filiale del Banco di Napoli di Bari che era privo di finestre;

b) che il sistema di aereazione servente tale ambiente lavorativo presentava delle irregolarità;

c) lo svolgimento dell'incarico di designato al tesoro imponeva all'istante di intervenire sul posto di lavoro anche nelle ore notturne e nei giorni non lavorativi (sabato

e domenica) per disattivare l'allarme che scattava, alquanto sovente, senza giustificazione alcuna.

1.3. Tale quadro fattuale è stato oggetto di approfondita disamina da parte del Ctu che è pervenuto alla conclusione – pienamente condivisibile, in quanto scevra da vizi logici e giuridici – che l'espletamento dell'incarico di designato al tesoro ha prodotto in capo al ricorrente (esclusivamente) una patologia psichica foriera di un danno biologico permanente pari al 25%.

A tali conclusioni, il consulente è pervenuto mediante l'esame scrupoloso della diffusa documentazione medica (certificati, consulenze mediche) allegata dal ricorrente nel fascicolo di parte nonché mediante visita medico legale di costui.

Va sottolineato che a un primo elaborato peritale è seguito un supplemento di perizia con il quale il Ctu, ribadendo le già rassegnate conclusioni ha replicato, con considerazioni puntuali e chiare (anch'esse condivisibili in quanto scevre da censura di sorta e che devono qui intendersi richiamate integralmente, per esigenze di economia processuale), ai rilievi critici avanzati dai consulenti tecnici nominati delle parti in causa.

Ciò chiarito, l'ausiliario del giudice ha avanzato le seguenti conclusioni:

a) il ricorrente è affetto (alla data di redazione del supplemento di consulenza, risalente al 14/7/08) da: «disturbi da attacchi di panico, disturbo ossessivo-compulsivo con scarso compenso; condizioni patologiche associate: depressione del tono dell'umore, diabete mellito di tipo II, spondiloartrosi diffusa a scarsa incidenza funzionale»;

b) è configurabile il nesso di causalità tra lo svolgimento delle mansioni di designato al tesoro nell'ambiente lavorativo dapprima descritto e l'insorgenza della (sola) patologia psichiatrica testé indicata, non ravvisandosi, invece, tale nesso in relazione alle altre patologie appena riferite: «Si ribadisce la sussistenza del nesso di causalità tra l'attività lavorativa svolta e la patologia psichiatrica caratterizzata da disturbi da attacco di panico, disturbo ossessivo-compulsivo con scarso compenso, nonostante la terapia farmacologica eseguita. ... Inoltre le altre patologie denunciate, la spondiloartrosi e il diabete mellito sono patologie che sono indipendenti dall'attività lavorativa svolta e pertanto vanno considerate condizioni cliniche associate»;

c) il ricorrente ha riportato a far data dal luglio 1997 un danno biologico permanente, quantificabile nella misura del 25%, senza inabilità temporanea: «L'entità dal danno biologico è valutabile... nella misura del 25% ... dalla data del luglio 1997, epoca in cui le strutture sanitarie specialistiche hanno confermato l'esistenza di un quadro patologico psichiatrico direttamente correlato con l'attività lavorativa»... «non ricorre un'inabilità temporanea parziale, attesa l'evoluzione stabile dei postumi, da diverso tempo».

1.4. Attesa l'esistenza del nesso di causalità nei termini delineati, deve ritenersi fondata la domanda attorea volta a conseguire il risarcimento del danno biologico patito.

Il referente normativo su cui si fonda siffatta pretesa, come correttamente dedotto dalla parte attrice (v. pp. 25-31 ricorso), è da rinvenirsi nell'art. 2087 c.c. che impone al

datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro.

Nel caso di specie, il datore di lavoro convenuto ha contravvenuto a tale dovere giacché ha adibito continuativamente il ricorrente all'incarico di designato al tesoro per il periodo temporale 5/1/77-31/1/97 (con un periodo di interruzione tra il febbraio 1980 e il febbraio 1983), così esponendolo a uno *stress*, poi, nel tempo, somatizzato *sub specie* di patologia psichica.

In particolare, il carattere colposo (Cass. sez. lav. 7/11/07 n. 23162) della condotta tenuta dal datore di lavoro va rinvenuto nel fatto che costui non ha conferito al ricorrente un incarico diverso da quello di designato al tesoro, nonostante questi avesse denunciato che il persistente espletamento delle mansioni in contestazione fossero pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica.

Risulta *ex actis* (cfr. allegati nn. 33 e 35 fascicolo di parte) che con note del 5/1/91 e del 28/4/95 (mai disconosciute da controparte) l'istante aveva richiesto invano il mutamento di mansioni *de quibus*, segnalando all'uopo che il persistente svolgimento delle mansioni di designato al tesoro avrebbe minato irreversibilmente il suo stato di salute, già compromesso: anche il teste Cavaliere ha confermato di aver ricevuto, nella sua qualità di responsabile del personale, dal ricorrente siffatte richieste di mutamento dell'incarico di designato al tesoro.

La consapevole inerzia del datore di lavoro nel mutare l'incarico lavorativo *de quo* ha determinato l'aggravamento dell'iniziale *stress* (fisiologico) e la conseguente trasformazione del medesimo in un vero e proprio stato patologico, manifestatosi in tutta la sua evidenza (anche sotto il profilo eziologico) nel luglio 1997, secondo quanto chiarito dal Ctu.

Che l'omissione in discorso sia stigmatizzabile alla luce del disposto dell'art. 2087 c.c. è soluzione interpretativa che trova l'autorevole avallo anche della Suprema Corte che, in relazione a una fattispecie analoga a quella che ne occupa, ha osservato: «È soggetto a responsabilità risarcitoria per violazione dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro che, consapevole dello stato di malattia del lavoratore, continui ad adibirlo a mansioni che sebbene corrispondenti alla sua qualifica siano suscettibili – per la loro natura e per lo specifico impegno (fisico e mentale) – di metterne in pericolo la salute. L'esigenza di tutelare in via privilegiata la salute del lavoratore alla stregua dell'art. 2087 c.c. e la doverosità di un'interpretazione del contratto di lavoro alla luce del principio di correttezza e buona fede, di cui all'art. 1375 c.c. – che funge da parametro di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali – inducono a ritenere che il datore di lavoro debba adibire il lavoratore, affetto da infermità suscettibili di aggravamento a seguito dell'attività svolta, ad altre mansioni, compatibili con la sua residua capacità lavorativa.» (Cass. sez. lav. 3/7/97 n. 5981) nonché: «L'art. 2087 c.c., il quale fa carico al datore di lavoro di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità dei dipendenti, introduce un dovere che trova fonte immediata e diretta nel rapporto di lavoro e la cui inosservanza, ove sia stata causa di danno, può essere fatta valere con azione risarcitoria. All'uopo è tuttavia necessario che siano ravvisabili, nella condotta del datore di lavoro, profili di colpa cui far risalire il danno all'integri-

tà fisica patito dal dipendente. Pertanto, quando l'espletamento delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza sia incompatibile con lo stato di salute del lavoratore e comporti l'aggravamento di una preesistente malattia, il datore di lavoro può ritenersi responsabile per non aver adottato le misure idonee a tutelare l'integrità fisica del dipendente, ove risulti che egli era a conoscenza dello stato di salute di quest'ultimo e dell'incompatibilità di tale stato con le mansioni affidategli» (Cass. sez. lav. 7/11/07 n. 23162).

Del danno biologico subito dall'istante risponde, dunque, il datore di lavoro convenuto, atteso che costui, seppure onerato, non ha allegato valide circostanze di fatto idonee a escludere il carattere colposo della condotta imputatagli, secondo lo schema della responsabilità contrattuale nel quale si inquadra la fattispecie concreta (Cass. sez. lav. 1/6/06 n. 13053).

1.5. La riconducibilità del danno biologico nell'alveo dell'art. 2087 c.c. rende pleonastica la disamina degli argomenti attorei volti a sostenere l'antigiuridicità della condotta del datore di lavoro anche sotto il profilo della violazione dell'art. 2103 c.c. per lo svolgimento di mansioni assertivamente incompatibili con la qualifica ricoperta.

Invero, il lamentato demansionamento è stato prospettato non quale fatto genetico di un danno autonomamente risarcibile, ma quale ulteriore titolo legittimante il risarcimento per il danno biologico ambito e già riconosciuto in relazione alla violazione dei doveri datoriali di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore ex art. 2087 c.c.

1.6. Acclarata la responsabilità del datore di lavoro, ritiene il Giudicante di liquidare ex art. 1226 c.c. il danno biologico permanente subito dall'istante, facendo riferimento alle tabelle del Tribunale di Milano (risalenti al gennaio 2008), – ormai recepite da larga parte dei giudici di merito – che rapportano l'entità del risarcimento a un valore progressivo con riferimento all'incremento dei punti di invalidità e con una funzione regressiva di decurtazione con riferimento all'elevarsi dell'età del danneggiato al momento del sinistro (App. Genova, sez. II, 28/5/07).

Facendo applicazione di tali tabelle e assumendo come parametri il fatto che il danno biologico accertato alla data del luglio 1997 ammonta al 25% e che il ricorrente aveva in tale data 59 anni, l'importo dovuto a tale titolo in favore di questi alla data del gennaio 2008 è pari a € 58.820,00.

Trattandosi di debito di valore – da fatto illecito – l'importo in questione va, poi, rivalutato all'attualità ossia alla data della decisione, secondo gli indici Istat (indicatori affidabili del livello di riduzione, nel tempo, del potere di acquisto della moneta nazionale).

La mancata utilizzazione del dovuto ha altresì determinato un danno: il ritardo nel pagamento costituisce infatti lucro cessante, rilevante ai sensi dell'art. 2056, comma 2°, c.c., risarcibile attraverso il ricorso agli interessi (compensativi) da corrispondersi sulla sorte capitale dovuta alla data del luglio 1997, rivalutata annualmente secondo indici Istat (in tal senso Cass. sez. un. 17/2/95 n. 1712).

La somma liquidata nei termini anzidetti s'intende esaustiva, in quanto perfettamente soddisfattiva dei pregiudizi in concreto subiti dalla sfera psico-fisica del ricorren-

te, in omaggio al principio di personalizzazione del danno alla persona (Cass. civ. sez. III 29/3/07 n. 7740).

2. Nulla spetta, invece, al ricorrente a titolo di danno morale.

2.1. Anche se si rinvenissero nella condotta del datore di lavoro (*sub specie* dell'omessa sostituzione dell'incarico di designato al tesoro con altro compatibile con lo stato di salute del ricorrente) gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante, non è dato, sulla scorta delle risultanze istruttorie, ravvisare elementi tali da ritenere che siffatto comportamento sia stato foriero di un autonomo pregiudizio, ristorabile a titolo di danno morale soggettivo ex art. 2059 c.c. e configurato dal ricorrente come: «sommatoria delle sofferenze emotive, psicologiche e morali e patemi d'animo».

Invero, le emergenze processuali hanno evidenziato in specie la ricorrenza esclusivamente di un pregiudizio alla sfera psico-fisica dell'istante, che è già stato ristorato in modo esaustivo *sub specie* di danno biologico: né in senso contrario, la parte attrice ha dedotto elementi concreti, apprezzabili anche in via presuntiva, a sostegno della sua domanda risarcitoria del danno morale.

Diversamente opinando, si finirebbe per dar luogo a una duplicazione risarcitoria (stigmatizzata da Cass. civ. sez. III 31/5/03 n. 8827) delle stesse conseguenze pregiudizievoli scaturenti dall'unica condotta datoriale censurata, qualificate nel contempo sotto un diverso *nomen iuris* ossia in termini di danno morale soggettivo e di danno biologico.

Ciò in disparte, privo di pregio è il riferimento dell'attore all'orientamento giurisprudenziale volto ad affermare l'autonomia concettuale del danno morale soggettivo che di recente è stata esclusa da Cass. civ. sez. un. 11/11/08 n. 26975.

Ad avviso della Suprema Corte ove il fatto illecito si configuri come reato, è risarcibile, ex art. 185 c.p., il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati, nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

In particolare, l'organo nomofilattico ha statuito che: «La limitazione alla tradizionale figura del cd. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.c. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano dell'adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi, anche per lungo tempo... Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua un'autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini dell'esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento».

In omaggio all'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie (Cass. civ. sez. III 30/10/07 n. 22384), deve affermarsi che siccome l'unico pregiudizio scaturente dalla condotta tenuta in specie dal datore di lavoro è quella afferente alla sfera

psico-fisica dell'istante, come tale solo esso è suscettivo di ristoro economico per equivalente.

In conclusione, la società convenuta va condannata al pagamento, a titolo di danno biologico, in favore dell'istante della somma complessiva di € 58.820,00, – liquidata alla data del 1/1/08 – oltre alla rivalutazione monetaria secondo indici Istat fino alla decisione e agli interessi legali sulla sorte capitale rivalutata annualmente secondo gli stessi indici, a partire dalla data dell'evento lesivo (1/7/97).

B) Ricorso n. 15347/98

La domanda è fondata e pertanto va accolta nei termini che seguono.

1. In via preliminare, va rigettata l'eccezione di difetto di interesse a coltivare l'azione di reintegrazione nel posto di lavoro, sul presupposto che il ricorrente non potrebbe conseguire dall'accoglimento della medesima alcuna utilità giuridicamente rilevante, giacché, in virtù del certificato rilasciato in data 16/6/98 dal Servizio psichiatrico dell'Università di Bari, costui era stato dichiarato «inabile a esercitare attività lavorative».

In termini generali, l'interesse ad agire costituisce una condizione per far valere il diritto sotteso mediante l'azione e si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice.

Ciò chiarito, non par dubbio che la declaratoria dell'illegittimità del licenziamento comminato in specie per superamento del periodo di comportamento, imputabile (nella prospettiva attorea) alla condotta del datore di lavoro, è di certo foriero per l'istante di un'utilità giuridicamente rilevante, consistente nel ripristino della continuità giuridica del rapporto di lavoro cessato *contra legem*.

Tale ripristino implica, invero, effetti giuridici apprezzabili non solo sul piano della continuazione giuridica del rapporto di lavoro, ma anche su quello risarcitorio e contributivo-previdenziale (cfr. art. 18 SL su cui *infra*): il complesso di tali effetti invero di certo un risultato utile giuridicamente apprezzabile, integrante l'interesse ad agire.

2. Passando al merito, va evidenziato che il licenziamento intimato all'istante si fonda sul dichiarato presupposto del superamento del periodo di comportamento per malattia pari a 18 mesi, prescritto dalle previsioni del vigente Ccnl di categoria.

Orbene, *ex actis* risulta:

a) che il licenziamento è stato irrogato in data 26/8/98 per superamento del periodo di comportamento per malattia pari a 18 mesi, maturato alla data del 22/7/98;

b) che in data 31/1/97 ha avuto inizio il periodo di assenza del ricorrente per malattia (cfr. p. 14 memoria di costituzione convenuto).

Alla luce di tali circostanze, non pare dubbio che il superamento del periodo di comportamento sia imputabile alla condotta illecita del datore di lavoro.

Invero, sulla scorta delle superiori considerazioni, si è accertato che la società convenuta è responsabile del danno biologico subito dall'istante a far data dal luglio 1997, in ragione del mancato cambiamento dell'incarico di designato al tesoro.

Siccome nel periodo, pari a circa un anno, corrente tra il luglio 1997 e agosto 1998, il ricorrente si è assentato per malattia e poiché essa è eziologicamente riconducibile

al pregiudizio provocato dall'illecita condotta del datore di lavoro, siffatto lasso temporale non può computarsi nel periodo di comporta.

Invero, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. 8/3/05 n. 4959), non sono computabili ai fini del superamento del periodo di comporta le assenze per malattia che trovino la loro genesi nella violazione dello specifico obbligo di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore ex art. 2087 c.c.

In definitiva, il superamento del periodo di comporta è imputabile alla condotta illecita del datore di lavoro e per conseguenza il licenziamento intimato deve ritenersi illegittimo.

Conforta tale conclusione anche l'insegnamento della Suprema Corte che in relazione a una fattispecie analoga quella che ne occupa ha affermato: «È illegittimo il licenziamento formalmente intimato per superamento del periodo di comporta, laddove la malattia del lavoratore sia stata determinata dall'anomalo comportamento del datore di lavoro sia sotto il profilo della violazione dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., sia sotto il profilo del mancato reperimento, nel quadro dell'organizzazione aziendale, di altro posto di lavoro più adatto alle accertate, precarie condizioni di salute del lavoratore, incompatibili con le mansioni da lui espletate, per di più in condizioni di mercato e irreversibile disadattamento ambientale» (Cass. sez. lav. 19/1/02 n. 572 nonché in termini Cass. sez. lav. 12/6/95 n. 6601).

Alla declaratoria d'illegittimità non consegue l'ordine di reintegrazione, attesa l'opzione espressa dal ricorrente all'udienza dell'8/6/09 di conseguire l'indennità di 15 mensilità di retribuzione globale di fatto di cui al ridetto art. 18, 5° comma, in luogo dell'effettiva reintegrazione.

Conviene precisare che tale opzione non attenua la misura del risarcimento da riconoscersi nei termini che seguono, atteso che in caso di licenziamento illegittimo, l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro facente carico al datore di lavoro si estingue soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione prescelta dal lavoratore illegittimamente licenziato, e non già con la semplice dichiarazione, proveniente da quest'ultimo, di scegliere tale indennità in luogo della reintegrazione.

Ne consegue che ove il lavoratore abbia chiesto il pagamento dell'indennità sostitutiva, il risarcimento del danno, il cui diritto è dalla legge fatto salvo anche nel caso di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, va commisurato alle retribuzioni che sarebbero maturate fino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva (Cass. sez. lav. 6/3/03 n. 3380).

Passando alla fattispecie concreta, risulta rituale l'opzione svolta dall'istante nell'odierna sede processuale atteso che il disposto del quinto comma dell'art. 18 si limita a fissare un termine di decorrenza per l'esercizio della facoltà di opzione per l'indennità sostitutiva delle reintegrazione, in modo da soddisfare l'esigenza di contenere, in tempi ragionevoli, la situazione di incertezza conseguente e una pronuncia di accoglimento, ma non stabilisce affatto un *dies a quo* in relazione all'attivazione di quel potere.

Conseguentemente, deve ritenersi pienamente valida ed efficace l'opzione per l'in-

dennità sostitutiva esercitata prima del deposito della sentenza che abbia accertato l'illegittimità del licenziamento e abbia disposto la reintegrazione nel posto di lavoro (Cass. sez. lav. 28/11/06 n. 25210).

Va aggiunto che l'esercizio dell'opzione in sede giudiziale non si presta a censura di sorta sotto il profilo della violazione del principio dell'immutabilità della domanda originariamente proposta di mera reintegrazione nel posto di lavoro.

L'opzione in questione costituisce infatti l'esercizio di un diritto derivante dall'illegittimità del licenziamento inquadrabile nello schema generale dell'obbligazione con facoltà alternativa *ex parte creditoris*: ne consegue che il lavoratore che in corso di causa chieda l'indennità *de qua* in sostituzione della reintegrazione richiesta con l'atto introduttivo non viola il principio dell'immutabilità della domanda, ma esercita una facoltà riconosciutagli dalla legge (Cass. sez. lav. 8/4/2000 n. 4472); tra l'altro, anticipata nel ricorso.

In definitiva, la parte convenuta va condannata al pagamento in favore dell'istante della somma pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto, percepita alla data dell'agosto 1998 (da computarsi secondo i criteri di cui *infra*), a titolo di indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

3.1. Trattandosi di rapporto di lavoro soggetto al regime di tutela reale va riconosciuto in favore del ricorrente il risarcimento del danno nella misura predeterminata ex art. 18, che assume a parametro di riferimento la retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento fino a quello della reintegrazione (Cass. sez. lav. 17/12/07 n. 26561).

Infatti, costituisce *ius receptum* che: «il lavoratore licenziato è dispensato dalla prova del danno secondo il disposto dell'art. 1223 c.c., essendo la sua sussistenza stabilita in misura presunta dalla legge come pari alla retribuzione dal licenziamento alla riassunzione, con presunzione semplice per il danno superiore alle cinque mensilità e assoluta invece per questa seconda» (Cass. sez. lav. 11/7/02 n. 10116).

Tanto chiarito, va poi rilevato che in materia di licenziamento trova applicazione l'art. 1218 c.c. sicché il risarcimento in favore del creditore, ossia del lavoratore licenziato, non è dovuto (salvo, in ogni caso, il minimo di legge di cinque mensilità della retribuzione globale di fatto), se il debitore, ossia il datore di lavoro che ha intimato il licenziamento, dimostra che il proprio inadempimento è dovuto a una causa a lui non imputabile (Cass. sez. lav. 12/8/03 n. 21538).

Grava cioè sul datore di lavoro la prova specifica che il licenziamento non sia imputabile sul piano eziologico (*in toto* ovvero *in parte*) alla sua condotta.

Poiché, in forza delle superiori considerazioni, il licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento è imputabile alla condotta illegittima (e dunque colpevole) del datore di lavoro, ricorre in specie il coefficiente soggettivo indispensabile per predicare la responsabilità della società convenuta, secondo il paradigma di cui al ridetto art. 1218 c.c. (Cass. sez. lav. 17/2/04 n. 3114).

3.2. È utile aggiungere, poi, che nella prospettiva del ridetto art. 1218 c.c., l'onere di provare che il danno subito dal lavoratore sia inferiore a quanto presunto dalla legge è a carico del datore di lavoro, il quale deve dimostrare non solo che il lavoro-

re licenziato abbia assunto nel frattempo una nuova occupazione, ma anche quanto con essa percepito (*aliunde perceptum*), essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno presunto (Cass, sez. lav. 11/7/02 n. 10116).

In concreto, il datore di lavoro convenuto non ha allegato (cfr. note conclusive e di replica) elementi di fatto rilevanti ai fini dell'attenuazione del danno individuato presuntivamente *ex lege*.

Privo di pregio è al riguardo il riferimento al trattamento pensionistico conseguito dal ricorrente nelle more del presente giudizio.

Invero, il compimento dell'età pensionabile o il raggiungimento dei requisiti per il sorgere del diritto a pensione, determinando solo la recedibilità *ad nutum* dal rapporto e non già la sua automatica estinzione, non ostano, qualora vengano a verificarsi durante la pendenza del giudizio di impugnazione del licenziamento all'emanazione del provvedimento di reintegra del lavoratore e alla condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno di cui all'art. 18, comma 4, nella misura corrispondente alle retribuzioni riferibili al periodo compreso fra la data del recesso e quella della reintegrazione.

Non si giustifica, per contro, al fine della liquidazione del danno subito dal lavoratore, alcun giudizio prognostico circa il termine nel quale, in relazione al raggiungimento della detta età pensionabile, il rapporto si sarebbe comunque interrotto, anche in assenza dell'illegittimo recesso.

Va aggiunto che il risarcimento del danno commisurato all'importo delle retribuzioni che sono maturate dalla data del licenziamento, non può essere diminuito degli importi che il ricorrente ha ricevuto a titolo di pensione, in quanto può considerarsi compensativo del danno arrecatogli con il licenziamento (quale *aliunde perceptum*) non qualsiasi reddito percepito dal medesimo, bensì solo quello conseguito attraverso l'impiego della medesima capacità lavorativa (Cass. sez. lav. 5/3/06 n. 5635).

Inoltre, il diritto alla pensione discende dal verificarsi dei requisiti a tale fine stabiliti dalla legge, prescinde del tutto dalla disponibilità di energie lavorative da parte dell'assicurato che abbia anteriormente perduto il posto di lavoro e non si pone di per sé quale causa di risoluzione del rapporto di lavoro, sicché le utilità economiche che il lavoratore illegittimamente licenziato ne ritrae, dipendendo da fatti giuridici del tutto estranei al potere di recesso del datore di lavoro, si sottraggono alla regola della *compensatio lucri cum damno* (Cass. sez. lav. 20/2/03 n. 2529).

3.3. In merito al *quantum debeatur*, conviene precisare che per retribuzione globale di fatto deve intendersi quella che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato, a eccezione di quei compensi legati non già all'effettiva presenza in servizio ma solo eventuali e dei quali non vi è prova della certa percezione, nonché quelli legati a particolari modalità di svolgimento della prestazione e aventi normalmente carattere indennitario (Cass. sez. lav. 29/1/07 n. 1833).

Deve farsi riferimento, in particolare, all'importo dell'ultima stabile retribuzione corrisposta al ricorrente alla data del licenziamento risalente all'agosto 1998 così come risulta dalla busta paga di agosto 1998.

Sulla scorta delle coordinate interpretative dinanzi riferite, il datore di lavoro va condannato al pagamento in favore del ricorrente a titolo di risarcimento danni della somma pari alla retribuzione globale di fatto spettante per le mensilità comprese nell'intervallo temporale corrente tra la data del licenziamento, ossia il 31/8/98 (data di ricezione della relativa comunicazione per nota a.r., attesa la natura recettiva del licenziamento secondo Cass. sez. lav. 22/3/07 n. 7049) e il pagamento dell'indennità sostitutiva sopra riconosciuta.

Tale somma va incrementata degli interessi e della rivalutazione monetaria dalla data del licenziamento, ossia dal 31/8/98 (Cass. sez. lav. 23/1/03 n. 1000): gli interessi si calcolano, con scadenza periodica dal momento del licenziamento, sul capitale annualmente rivalutato (Cass. sez. un. 29/1/01 n. 38).

4.1. Ai sensi del ridetto art. 18, comma 4, all'ordine di reintegra consegue in via accessoria (Cass. sez. lav. 18/3/02 n. 3905), la condanna della parte convenuta al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali nel periodo temporale compreso tra il licenziamento e l'effettiva reintegrazione.

Invero, come chiarito da Cass. sez. un. 5/7/07 n. 15143, nel periodo compreso tra la data dell'illegittimo licenziamento e quella della pronuncia giudiziale contenente l'ordine di reintegra del lavoratore, durante il quale il rapporto di lavoro è quiescente ma non estinto, rimangono in vita il rapporto assicurativo previdenziale e il corrispondente obbligo del datore di lavoro di versare all'ente previdenziale i contributi assicurativi (v. anche Corte Cost. n. 7/86).

4.2. Sotto altro profilo, va messo in luce che l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata dalla convenuta società oltre che tardiva (non essendo stata formulata nella memoria difensiva di costituzione) è anche infondata in quanto l'importo dei contributi previdenziali va corrisposto dal datore di lavoro agli enti previdenziali secondo la disciplina vigente *in subiecta materia*.

4.3. Costituisce domanda nuova (non essendo contenuta nelle conclusioni del ricorso introduttivo), in quanto tale inammissibile, quella con cui il ricorrente ha chiesto il pagamento del conguaglio del Tfr già erogato in riferimento alle retribuzioni globali di fatto da riconoscersi: trattasi di domanda innovativa (avanzata per la prima volta a p. 73 delle note conclusive) quanto a *petitum* e *causa petendi*, rispetto a quelle avanzate nelle conclusioni dell'atto introduttivo (Cass. sez. lav. 5/11/08 n. 26562).

5. Il trattamento tributario cui sono sottoposte le somme oggetto delle statuizioni di condanna (comprese quelle afferenti ai contributi previdenziali e assistenziali) è previsto *ex lege*, sicché alcuna pronuncia a riguardo può adottarsi da questo giudicante, privo di giurisdizione sulla materia. (...)

Indennità sostitutiva della reintegra, computo della mensilità globale di fatto e sopravvenuto pensionamento

1. Sull'indennità sostitutiva della reintegrazione

Dottrina e giurisprudenza consolidate¹ hanno correttamente stabilito che lo schema risarcitorio delineato nell'art. 18 SL è correlato alla «dichiarazione di illegittimità» del licenziamento cui conseguono due obbligazioni paritarie e alternative – con facoltà di scelta dal lato del creditore/lavoratore – consistenti nella reintegrazione ovvero nell'opzione per le 15 mensilità, quest'ultima nient' affatto subordinata alla prima.

Tanto è vero che la giurisprudenza sopracitata ha consolidatamente asserito che il lavoratore può agire in giudizio per la dichiarazione di illegittimità del licenziamento e richiedere (*ab initio* o anche nel corso del giudizio stesso modificando l'iniziale richiesta reintegratoria, senza che costituisca domanda nuova) le 15 mensilità, dispensando e sollevando così il giudice dall'emissione dell'ordine di reintegrazione. Valga per tutte Cass. 12/6/2000 n. 8015, adesiva a Cass. 10283/98, secondo cui: «Il diritto del lavoratore illegittimamente licenziato di ottenere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, l'indennità sostitutiva prevista dal 5° comma dell'art. 18 SL (L. 2075/70 n. 300, come modificata dalla L. 11/5/90 n. 108) – che configura un'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore – deriva dall'illegittimità del licenziamento e sorge contemporaneamente al diritto alla reintegrazione; non è pertanto necessario un ordine giudiziale di reintegrazione per l'esercizio di tale opzione». Dicono ancora le citate sentenze che: «la norma dell'art. 18, 5° comma, SL, si limita a fissare il termine finale per l'esercizio della facoltà di opzione (nell'ovvia esigenza di contenere in tempi ragionevoli la situazione di incertezza conseguente a una pronuncia di accoglimento) ma non stabilisce affatto un termine iniziale per l'attivazione di quel potere di scelta»; dal che consegue lo scollamento dell'opzione per le 15 mensilità dall'ordine di reintegrazione, essendo tale facoltà di scelta legittimata sin dall'inizio della causa come nel corso del giudizio, sollevando così il Giudice dall'emissione dell'ordine di reintegra.

Né la richiesta di formalizzazione dell'opzione in corso di giudizio può essere inficiata dall'obiezione che essa costituisce «domanda nuova», in quanto Cass. 8/4/2000 n. 4472 già a suo tempo respinse una simile osservazione, dichiarandola infondata sulla base delle seguenti argomentazioni: «La richiesta del lavoratore illegittimamente licenziato di ottenere, in luogo della reintegrazione, l'indennità prevista dal 5° comma dell'art. 18 SL, come modificato dalla L. 108/90, costituisce esercizio di un diritto derivante dall'illegittimità del licenziamento e riconosciuto al lavoratore dalla stessa norma di legge, secondo lo schema generale dell'obbligazione con facoltà alternativa *ex parte creditoris*; ne consegue che il lavoratore che in corso di causa chieda l'indennità *de qua* in sostituzione della reintegrazione richiesta con l'atto introduttivo non viola il principio dell'immutabilità della domanda, ma esercita una facoltà riconosciutagli dalla legge. (...) Va pertanto esclusa la violazione degli



¹ Cfr. Corte Cost. 81/92 e ord. 291/96, nonché, in motivazione, Cass. 5/12/97 n. 12366; Cass. 16/10/98 n. 10283; Cass. 8/4/2000 n. 4472; Cass. 12/6/2000 n. 8015; Cass. 10/11/08 n. 26920. In dottrina: M. Dell'Olio, «Reintegrazione, titolo completo», in *Giur. cost.* 1992, 3153 e sgg.; M. Meucci, «Risarcimento di danno, reintegra e opzione per l'alternativa economica, in caso di licenziamento invalido», in questa *Rivista* 1999, 757.

artt. 414 e 420 c.p.c., restando ferma, rispetto alla prospettazione, l'identità del tema della lite, costituito dall'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, il che, ovviamente, condiziona l'efficacia dell'opzione all'esito favorevole (per il lavoratore) di tale accertamento. Non mutano i fatti giuridici posti a fondamento della pretesa formulata con l'atto introduttivo, il «bene della vita» richiesto è sostituito, nei limiti di una modifica consentita della domanda (vedi Cass. 21/1/81 n. 510 e n. 4422/84), con il pagamento dell'indennità, logicamente conseguente al riconoscimento giudiziale degli stessi presupposti della reintegrazione».

Una volta effettuata opzione da parte del lavoratore per le 15 mensilità, il rapporto si viene a estinguere – per prevalente orientamento della Suprema Corte – non già nel momento della comunicazione dell'opzione, ma in quello in cui il datore ha assolto il suo onere di pagamento dell'indennità sostitutiva in questione. E poiché il precedente atto risolutivo viene posto nel nulla dalla dichiarazione di illegittimità del licenziamento che determina continuità giuridica del rapporto, alla sua scadenza coincidente con il pagamento delle 15 mensilità spetta al lavoratore il conguaglio del trattamento di fine rapporto, istituito che ex art. 2120 c.c. matura alla risoluzione del rapporto. In realtà gli compete il vero Tfr in ragione della reale e unica cessazione del rapporto, dal cui importo va detratto quanto eventualmente corrisposto dall'azienda in occasione del precedente, illegittimo, licenziamento ove il Tfr erogato all'epoca deve essere considerato alla stregua di un'atipica anticipazione. La spettanza del Tfr discende pacificamente *ex lege* e non necessita di richiesta alcuna nel ricorso introduttivo, atteso il brocardo *iura novit curia*.

La decisione in commento del Tribunale di Bari mostra di essere di contrario avviso e quindi incontra sul punto specifico il nostro dissenso come parimenti lo incontra sul ricorso al parametro di computo delle 15 mensilità individuato nel mese di ultima prestazione del ricorrente (agosto 1998) che è del tutto irrilevante in quanto – dopo la dichiarazione di continuità giuridica del rapporto fino alla data di pagamento dell'opzione posteriore alla decisione resa in data 11/6/2009 – questo mese (di ben 11 anni prima!) è un qualsiasi mese interno a un rapporto in atto; talché il vero parametro per il computo delle 15 mensilità è la retribuzione globale di fatto del mese di pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, come evidenzieremo più esplicitamente in prosieguo.

L'orientamento soprariferito è condiviso dalla prevalente giurisprudenza di Cassazione (cfr. Cass. 2898/07; Cass. 3380/03) l'ultima delle quali ha affermato: «L'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro, facente carico al datore di lavoro a norma dell'art. 18 SL, si estingue soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione (introdotta in sede di novellazione dell'art. 18 da parte dell'art. 1 L. 108/90), prescelta dal lavoratore illegittimamente licenziato, e non già con la semplice dichiarazione, proveniente da quest'ultimo, di scegliere tale indennità in luogo della reintegrazione. Ne consegue che, anche nel caso in cui già con la domanda giudiziale il lavoratore abbia chiesto il pagamento dell'indennità sostitutiva, il risarcimento del danno, il cui diritto è dalla legge fatto salvo anche nel caso di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, va commisurato alle retribuzioni che sarebbero maturate fino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva».

Questo corretto e consolidato orientamento preclude pertanto che la richiesta giudizialmente fatta nel ricorso introduttivo o nel corso del giudizio di optare per l'indennità sostitutiva occasions il serio pregiudizio per il lavoratore – per effetto delle lungaggini processuali – di arrestare il computo dell'indennità risarcitoria del licenziamento illegittimo alla

data della formale dichiarazione di opzione, asserendo invece che le mensilità di retribuzione globale di fatto che debbono essere corrisposte al lavoratore licenziato sono tutte quelle che maturano (incrementate dai miglioramenti economici da rinnovi contrattuali e scatti di anzianità) dalla data del licenziamento invalido alla data di pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione.

2. La retribuzione globale di fatto

Va evidenziato che l'interpretazione giurisprudenziale in ordine alla nozione di «indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegra» (art. 18, 4 comma, SL) è giunta a tradurre e specificare il concetto attraverso l'aggettivo «maturata», che implica un riferimento esplicito alla retribuzione che il lavoratore avrebbe avuto diritto di percepire se avesse lavorato al pari dei colleghi. Pertanto – in caso di procedimenti che si concludono in primo grado anche in archi temporali decennali – ne discende la conseguenza di una ricostruzione dinamica della retribuzione perduta (*sub specie* di mensilità), che tenga conto dei benefici economici da rinnovi contrattuali intercorsi nelle more o da scatti di anzianità.

Come ha efficacemente detto Cass. 10307/02 (nel momento in cui ha riconosciuto al turista di professione – non occasionale – il computo dell'indennità di turno nella mensilità di retribuzione globale di fatto): «opinare diversamente significherebbe frustrare il risultato, coerente con la *ratio* della così detta “tutela reale” del posto di lavoro, di neutralizzare compiutamente gli effetti del licenziamento illegittimo, giacché, ove fosse ipotizzabile, per il lavoratore reintegrando, una retribuzione minore di quella che avrebbe ottenuto se avesse continuato a svolgere le sue consuete prestazioni, si finirebbe per addossargli le conseguenze economiche negative di un illecito altrui, in assenza di qualsiasi sopravvenuta circostanza idonea a interrompere legittimamente il nesso causale fra questo e quelle».

Insomma l'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto che deve essere corrisposta al lavoratore ingiustificatamente licenziato è costituita da quelle componenti stabili e continuative della retribuzione che avrebbe ordinariamente percepito (esclusi compensi occasionali, indennità modali o rimborsi spese) se avesse continuato a prestare attività; retribuzione che si identifica con quella dei colleghi di pari qualifica che hanno continuato a lavorare.

In senso conforme si esprime Cass. 1833/07, secondo la quale: «L'art. 18 SL, nel testo risultante dalla novellazione introdotta con L. 108/90, fa riferimento, nei commi 4 e 5, al medesimo parametro – la “retribuzione globale di fatto” – sia per il risarcimento del danno che per la determinazione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, ancorché nel primo caso si risarcisca un danno provocato dal comportamento illegittimo del datore di lavoro, mentre nel secondo si quantifica un'indennità legata a una scelta del lavoratore. Tanto nell'uno che nell'altro caso per retribuzione globale di fatto deve intendersi quella che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato, a eccezione di quei compensi legati non già all'effettiva presenza in servizio ma solo eventuali e dei quali non vi è prova della certa percezione, nonché quelli legati a particolari modalità di svolgimento della prestazione e aventi normalmente carattere indennitario»². Nello stesso senso si è espressa Cass. n.



² Così Cass. 29/1/07 n. 1833, in *Lav. giur.* 2007, 1029. Nella specie, la SC ha confermato la decisione della corte territoriale che, con riferimento a dipendente postale, in controversia cui non era applicabile, *ratione temporis*, il Ccnl 11/1/01, aveva incluso, nell'indennità sostitutiva della rein-

2898/07 che ha confermato la decisione della Corte di Appello di Roma n. 2700/06 la quale aveva correttamente stabilito che «la misura dell'indennizzo in parola (15 mensilità, n.d.r.) deve essere rapportata al momento dell'esercizio dell'opzione e quindi deve corrispondere alla retribuzione globale di fatto, con esclusione delle voci eventuali o meramente indennitarie, ma comprese le corrisposizioni continuative quali il premio di produttività e l'indennità di funzione».

Questa decisione offre conferma di un altro importante fatto: del fatto cioè che il legislatore ha inteso correlare le cd. 15 mensilità – per rispetto del criterio di omogeneità che ispira il 4 e 5 comma dell'art. 18 SL in ordine alla nozione di retribuzione globale di fatto – al parametro dinamico dell'ultima retribuzione stabile del mese di pagamento dell'indennità sostitutiva, non già a quello dell'ultimo mese di corresponsione dello stipendio in servizio, coincidente con il mese del licenziamento illegittimo (solitamente risalente ad anni prima).

Tale rispetto di omogeneità lo si percepisce ponendo mente al fatto che se per l'indennità risarcitoria la retribuzione globale di fatto perduta è quella dinamicamente ricostruibile e non congelata alla data (ormai irrilevante) del licenziamento illegittimo, parimenti le cd. 15 mensilità andranno commisurate alla retribuzione dinamica che si attualizza all'epoca e nel mese di pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione.

3. *Sopraggiunto pensionamento del lavoratore licenziato*

Succede in concreto che – stanti i tempi spesso molto lunghi del nostro sistema giudiziario – in corso di causa il lavoratore licenziato maturi i requisiti per la pensione di anzianità o di vecchiaia e fruisca del reddito da pensione.

Le difese aziendali eccepiscono la deducibilità dal risarcimento del danno da licenziamento illegittimo delle somme riscosse a titolo di pensione, chiedendo di portarle in detrazione quale *aliunde perceptum*. Questi tentativi sono andati incontro a insuccesso, giacché l'impossibilità che il raggiungimento dell'età per il pensionamento di vecchiaia e il relativo conseguimento del diritto alla pensione, possa costituire – in mancanza di nuovo licenziamento a iniziativa aziendale – condizione per negare al ricorrente il risarcimento di danno ex art. 18, SL è stata affermata oramai in modo uniforme da nutrita giurisprudenza della Suprema Corte³.

La maturazione del diritto a pensione – ha confermato da ultimo Cass. 4/6/08 n. 14788 – non costituisce di per sé causa di cessazione del rapporto, in mancanza dell'esercizio aziendale del diritto di recesso *ad nutum* ex art. 2118 c.c., con preavviso, consentito dal venir meno per gli ultrassessantacinquenni della legislazione vincolistica di cui alla L. 604/66 (nel testo modificato dalla L. 108/90). La Corte ha inoltre ricordato la sua giurisprudenza secondo cui in caso di licenziamento illegittimo il danno spettante al lavoratore va commisurato alle retribuzioni perdute – cioè alle retribuzioni che avrebbe avuto diritto di percepire se avesse lavorato, dinamicamente incrementate per i miglioramenti economici da rin-

□

tegrazione, sia il premio di produzione, corrisposto non solo al personale presente in servizio, ma anche a quello assente per ferie o per altri motivi tutelati dalla legge, sia l'indennità di funzione, erogata con carattere di continuità e predeterminatezza, in quanto correlata alla natura stessa delle mansioni svolte dal dipendente. Conf., successivamente, Cass. 9/2/07 n. 2898 e Cass. 17/2/09 n. 3787.

³ Cass. 20/3/95 n. 3754; Cass. 23/2/98 n. 1908; Cass. 15/3/06 n. 5637; Cass. 9/2/07 n. 2898; Cass. 4/6/08 n. 14778.

novi contrattuali intercorsi o per la maturazione di istituti legati all'anzianità – e non può essere decurtato degli importi percepiti eventualmente a titolo di pensione, atteso che il diritto al pensionamento discende da presupposti (limiti di età e requisiti di contribuzione) stabiliti dalla legge, e prescinde del tutto dalla disponibilità e dall'impiego di energie lavorative; e non si pone di per sé come causa di risoluzione del rapporto di lavoro; sicché le utilità economiche che il lavoratore ne ritrae, dipendendo da fatti giuridici del tutto estranei al potere di recesso esercitato dal datore di lavoro, si sottraggono all'operatività della regola della *compensatio lucri cum damno* (nello stesso senso, in precedenza, Cass. 19/5/2000 n. 6548), non costituendo il trattamento pensionistico *aliunde perceptum* suscettibile di essere portato in detrazione tramite procedimento di compensazione.

Come ha precisato – anche recentemente – Cass. 29/4/09 n. 9992: «le Sezioni unite, con sentenza n. 12194/02, – risolvendo il contrasto di giurisprudenza insorto sulla questione concernente la possibilità di una riduzione nel senso summenzionato – hanno, infatti, affermato il principio per cui, in caso di licenziamento illegittimo del lavoratore, il risarcimento del danno spettante a quest'ultimo a norma della L. 300/70, art. 18, commisurato alle retribuzioni perse a seguito del licenziamento e fino alla riammissione in servizio, non debba essere diminuito degli importi eventualmente ricevuti dall'interessato a titolo di pensione, atteso che il diritto al pensionamento discende dal verificarsi di requisiti di età e contribuzione stabiliti dalla legge, sicché le utilità economiche che il lavoratore ne ritrae, dipendendo da fatti giuridici del tutto estranei al potere di recesso del datore di lavoro, si sottraggono all'operatività della regola della *compensatio lucri cum damno*. Tale *compensatio*, d'altra parte, non può configurarsi neanche allorché, eccezionalmente, la legge deroghi ai requisiti del pensionamento, anticipando, in relazione alla perdita del posto di lavoro, l'ammissione al trattamento previdenziale, sicché il rapporto fra la retribuzione e la pensione si ponga in termini di alternatività, né allorché il medesimo rapporto si ponga invece in termini di soggezione a divieti più o meno estesi di cumulo tra la pensione e la retribuzione, posto che in tali casi la sopravvenuta declaratoria di illegittimità del licenziamento travolge *ex tunc* il diritto al pensionamento e sottopone l'interessato all'azione di ripetizione di indebito da parte del soggetto erogatore della pensione, con la conseguenza che le relative somme non possono configurarsi come un lucro compensabile col danno, e cioè come un effettivo incremento patrimoniale del lavoratore. Il cennato principio è stato successivamente condiviso da Cass. 2529/03 e n. 14505/03 e merita di essere anche qui confermato: sicché deve escludersi che, nella specie, possa operare la *compensatio* tra le somme dovute dal datore di lavoro e le somme percepite dall'ente previdenziale a titolo di pensione così come erroneamente disposto nella sentenza impugnata (salvo, ovviamente, azione che può essere esperita – ove ne ricorrano i presupposti in diverso giudizio – dall'ente previdenziale per il recupero di quanto dovutogli per effetto dell'applicazione della normativa sulla cumulabilità parziale della retribuzione del lavoratore dipendente con la pensione di vecchiaia)».

Spetterà quindi all'Ente erogatore della pensione Inps la richiesta di ripetizione – quale indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., con azione soggetta a prescrizione ordinaria decennale – del trattamento pensionistico fruito nelle more della sospensione del rapporto per licenziamento illegittimo, comunque entro i limiti del variegato divieto legislativo di cumulo pensione-retribuzione e per quanto non ancora prescritto, essendo il datore di lavoro assolutamente carente di legittimazione attiva al riguardo.

Mario Meucci