

DIRITTO DI OPZIONE ED OBBLIGO RISARCITORIO

di Daniela CERVELLERA

Corte di Appello di Bari - Sezione lavoro
Sentenza del 16 dicembre 2013
Pres. dott. G. Castellaneta - Est. dott.ssa S. Rubino

Cessato il rapporto di lavoro e venuto meno l'obbligo del datore di reintegrare il lavoratore, cessa anche quello di corrispondere l'indennità risarcitoria connessa alla persistenza, per fictio iuris, del rapporto. Ne deriva che il versamento dell'indennità, erroneamente corrisposta in misura inferiore a quella dovuta, costituendo un inadempimento incolpevole, non determina i presupposti per invocare un presunto risarcimento del danno

[Omissis]

Fatto e Diritto

Con ricorso depositato il 6.6.2008 R.L. esponeva quanto segue:

- che con un primo ricorso depositato il 30.11.2000 aveva impugnato il licenziamento intimatogli dalla ITALGAS spa in data 3.4.00 che il tribunale adito, con sentenza del 2.4.2002 aveva dichiarato illegittimo condannando l'ITALGAS al risarcimento del danno patito commisurandolo a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di fatto percepita;

- che la Corte di Appello di Bari, adita con ricorso del R., aveva, con sentenza del 30.1.2003, condannato la società a reintegrare il R. nel proprio posto di lavoro ed a pagargli la retribuzione globale di fatto percepita dal dì del recesso al soddisfo;

- che esso istante, con lettera del 28.2.2003 aveva comunicato alla società l'intenzione di optare per il pagamento dell'indennità pari alle 15 mensilità in luogo della disposta reintegra e che nella successiva data del 2.4.2003 le parti avevano stipulato un accordo in base al quale l'ITALGAS si impegnava a versare all'ex dipendente, che accettava con riserva di verifica dei conteggi, la somma pari ad euro 72.188,50 pari cioè alle 15 mensilità;

- che in seguito alla verifica contabile effettuata a mezzo di un ctu, il R., verificato che gli spettava la maggior somma di euro 116.105,82, aveva promosso un secondo ricorso, depositato in data 15.7.2003, con il quale aveva rivendicato il pagamento della differenza (tra quanto già ricevuto e quanto invece ritenuto dovuto) pari ad euro 32.128,70;

- che il tribunale adito, con sentenza del 26.2.2007, aveva condannato l'ITALGAS spa al pagamento, in favore del R., della somma di euro 34.071,92;

- che tale decisione era stata impugnata dalla ITALGAS spa il cui giudizio era ancora pendente;

- tutto ciò premesso, il R., - ritenendo che l'ITALGAS avesse adempiuto al proprio obbligo solo con il pagamento dell'intero dovuto, cosa che si verificava solo all'esito del secondo giudizio, vale a dire con la sentenza del 26.2.2007 ed equiparando il parziale adempimento ad un inadempimento, ne faceva derivare la conseguenza secondo cui il rapporto di lavoro doveva intendersi proseguito, senza soluzione, sino all'integrale pagamento delle somme a lui dovute e, quindi, sino al febbraio 2007, - sicchè con un ultimo ricorso depositato il 6.6.2008 chiedeva la condanna della ITALGAS spa al pagamento in proprio favore delle retribuzioni a far data dal giorno del licenziamento dichiarato illegittimo (3.4.2003) sino al giorno del saldo delle somme a lui dovute (4.6.2007) oltre alle spese del giudizio.

Nel contraddittorio con la società convenuta (che resisteva in giudizio asserendo, ed ampiamente argomentando in diritto, che nulla era dovuto a titolo di ulteriore risarcimento del danno atteso che il rapporto era cessato con la comunicazione dell'esercizio di opzione e che pertanto era venuta meno la funzione del risarcimento del danno restando dovuta solo l'indennità pari alle 15 mensilità eventualmente maggiorata degli accessori dovuti in caso di ritardato pagamento della stessa trattandosi appunto di obbligazione pecuniaria), il tribunale di Trani, con sentenza del 19.11.2009, rigettava la domanda condannando il ricorrente al pagamento dei tre quarti delle spese processuali e compensandole per la residua parte.

Con ricorso depositato il 16.11.2010, il R. ha impugnato la sentenza del tribunale tranese.

Nel contraddittorio con la ITALGAS spa, alla odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo letto in udienza.

I fatti, nella specie, sono pacifici: il lavoratore opta per le 15 mensilità; la società versa la relativa somma; il tribunale quantifica il dovuto in una somma maggiore; il lavoratore equipara l'errato pagamento ad un mancato pagamento; quindi, ritenendo il rapporto ancora in vita sino al dì del completo pagamento del dovuto, rivendica a titolo di risarcimento danno, le retribuzioni maturate sino al dì dell'esatto pagamento delle 15 mensilità.

La presente controversia involge la questione concernente la individuazione della natura e degli effetti sul rapporto di lavoro, del diritto di opzione quale previsto dal comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav. nonché le conseguenze giuridiche da riconnettersi al mancato o ritardato pagamento dell'indennità "alternativa" ivi prevista rispetto al momento in cui il lavoratore ha di fatto esercitato detta opzione. Si tratta quindi di stabilire se al lavoratore istante, che ha optato per le 15 mensilità in luogo della reintegra, vada riconosciuto il diritto di percepire le ulteriori retribuzioni globali di fatto maturate tra la data in cui ha esercitato il diritto di opzione e quella in cui la indennità sostitutiva è stata o verrà compiutamente versata. In altre parole si tratta di stabilire se l'obbligo risarcitorio gravi sul datore di lavoro sino alla compiuta liquidazione della indennità sostitutiva.

Il tribunale ha, in sintesi, ritenuto che, essendo il rapporto di lavoro cessato all'atto della opzione manifestata dal lavoratore per le 15 mensilità, non fosse possibile, in difetto della prestazione lavorativa del lavoratore, pretendere dal datore di lavoro l'obbligo di adempiere alla propria, soggiungendo come nella specie non di ritardato pagamento si trattava, bensì di inesatto adempimento.

Ebbene, con l'odierno gravame, il R. impugna la pronuncia tranese con tre motivi di censura consistenti nella contraddittoria e falsa applicazione dell'art. 18 commi 4 e 5 L. 300/70, errata interpretazione di elementi di fatto decisivi per la controversia ed omessa motivazione sulla condanna al pagamento delle spese processuali.

L'appello è, complessivamente, infondato ed i primi due motivi, per loro intima connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Occorre prendere le mosse dal dato normativo.

L'art. 18 comma 5 L. 300/1970 così recita: "Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto dal quarto comma, al prestatore di lavoro è data facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento della indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei predetti termini".

Orbene, intanto può pacificamente affermarsi che l'esercizio del diritto di opzione costituisce esercizio di un diritto potestativo unilaterale da parte del lavoratore a cui il legislatore ha riconosciuto un'indubbia rilevanza.

Ciò premesso, va detto che sulla questione relativa alla natura del meccanismo previsto dall'art. 18 e della connessa obbligazione datoriale si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale posto che infatti il legislatore non specificava, nel caso di operatività di tale meccanismo, quando cessasse il rapporto di lavoro né precisava sino a quando spettassero le retribuzioni dovute a titolo di risarcimento del danno connesso alla illegittimità del recesso.

Orbene, l'assunto attoreo si fonda e richiama un orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scorta di un passo della pronuncia della Corte Costituzionale n. 81 del 1982.

La Consulta infatti, occupandosi di questione di legittimità costituzionale concernente la disparità di trattamento tra il lavoratore reintegrato che opta per le mensilità di cui all'art. 18 e quello dimissionario cui compete solo la indennità di cui all'art. 2119 c.c. e ritenendola infondata, statuiva incidentalmente: "*... più congrua l'interpretazione che ravvisa nella norma impugnata un'obbligazione alternativa dal lato del creditore. Anziché la prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, il creditore ha facoltà di pretendere una prestazione diversa di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiarati di preferirla ed il cui adempimento produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo. Il rapporto non cessa per effetto della dichiarazione di scelta del lavoratore, come si dovrebbe pensare se essa avesse la valenza di una dichiarazione di recesso, bensì solo al momento e per effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva*".

Quindi la Corte ricostruiva l'opzione di cui all'art. 18 come obbligazione con facoltà alternativa a *latere creditoris* derivante dalla pronuncia di reintegra ed a seguito della quale dunque, il lavoratore può richiedere, in luogo della prestazione principale costituita dalla reintegra, una diversa prestazione di natura pecuniaria; conseguentemente affermava che il rapporto si estingue solo per effetto dell'adempimento da parte del datore di lavoro e non già a seguito della mera dichiarazione di scelta del lavoratore, con l'ulteriore conseguenza che l'obbligo risarcitorio graverebbe sul datore di lavoro sino appunto al momento del saldo delle 15 mensilità che solo sarebbe idoneo a risolvere definitivamente il rapporto di lavoro.

Ebbene è opportuno richiamare i diversi orientamenti giurisprudenziali che si sono alternati sul tema qui in esame e che sono di recente approdati ad una soluzione che ha trovato poi conferma nella modifica del dettato normativo di cui al citato art. 18.

Infatti la giurisprudenza di legittimità, con numerose sentenze (Cass. 11609/2003; Cass. 12514/2003; Cass. 6342/2009; Cass. n. 24199/09, che, pur abbandonando la tesi della permanenza del rapporto fino al pagamento dell'indennità sostitutiva, perviene alle stesse conclusioni delle decisioni dianzi citate e Cass. 20420/2012) aveva affermato che l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro facente capo al datore di lavoro si estingueva soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, per la quale avesse optato il lavoratore, e non già con la semplice dichiarazione da questi resa di scegliere detta indennità in luogo della reintegrazione. Conseguentemente riconosceva che il risarcimento del danno, il cui diritto è dalla legge fatto salvo anche nel caso di opzione per la succitata indennità,

andasse commisurato alle retribuzioni che fossero maturate sino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva e non fino alla data in cui il lavoratore aveva operato la scelta.

Tuttavia la Suprema Corte, già con la pronuncia del 25 settembre 2012 n. 16228, dopo aver ricostruito il quadro giurisprudenziale delineatosi in merito alla questione in esame, perveniva ad opposta soluzione, escludendo che l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro, facente carico al datore di lavoro, si estinguesse soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione per la quale abbia optato il lavoratore, e non già con la dichiarazione da questi resa di scegliere detta indennità in luogo della reintegra.

Sul punto la Corte osservava che:

"- dopo l'esercizio del diritto di opzione - diritto potestativo - la reintegrazione, in virtù della scelta irrevocabilmente effettuata dal lavoratore, diventa inesigibile e, conseguentemente, non può configurarsi un inadempimento del datore di lavoro che produca le conseguenze risarcitorie ispirate alla continuità giuridica del vincolo, conclusione questa che risulta coerente con la previsione di una somma forfettizzata che cristallizza l'obbligo residuale del datore del lavoro, non più riferito alla reintegrazione;

- che l'indennità sostitutiva in questione non può essere assoggettata alle disposizioni e ai principi che, in un'ottica civilistica, disciplinano l'obbligazione facoltativa e l'obbligazione alternativa, istituti intorno ai quali si è incentrato in buona misura il dibattito in dottrina e in giurisprudenza in relazione alle ricadute in termini risarcitori derivanti dalla scelta dell'indennità sostitutiva e che, parametrati in via generale su obbligazioni aventi portata patrimoniale, non si prestano ad essere automaticamente ed integralmente estesi ad un rapporto avente anche obbligazioni di natura valoriale;

- che, una volta esercitata l'opzione, il rapporto di lavoro non può essere più ricostituito, con la conseguente cessazione di ogni vincolo e di ogni obbligo retributivo da parte del datore di lavoro, in particolare di quello previsto dallo speciale rimedio risarcitorio disciplinato dall'art. 18, comma 4, dello St. lav.;

- che l'interpretazione letterale del disposto di cui all'art. 18, comma 5, St. lav., fornisce adeguati elementi per la soluzione della questione in esame, contenendo una regolamentazione completa articolata nei seguenti elementi: per il tempo antecedente all'esercizio del diritto di opzione il risarcimento del danno a favore del lavoratore illegittimamente licenziato va liquidato alla stregua delle regole dettate dal precedente comma 4; l'esercizio del diritto potestativo di opzione comporta - allo spirare dei termini di cui alla parte finale del comma 5 della norma statutaria - la risoluzione del rapporto lavorativo; per il periodo successivo a tale momento il mancato pagamento dell'indennità sostitutiva non è risarcibile alla stregua delle regole di cui al comma 4, dell'art. 18, non più evocabili in ragione della verificatasi risoluzione del rapporto, per cui costituiscono corollari dell'estinzione del rapporto lavorativo l'applicazione in materia risarcitoria dei generali principi codicistici dettati in tema di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie e l'indifferenza - ai fini parametrici del risarcimento del danno - della normativa sulla retribuzione soprattutto se contenuta nel contratto stipulato successivamente alla risoluzione del rapporto, e ciò in linea con quanto statuito da Cass. n. 3775 del 2009".

Ebbene, con la più recente sentenza n. 1810 del 28/01/2013 il Collegio ha confermato quanto innanzi statuito fornendo ulteriori interessanti precisazioni:

"- una volta esercitata la facoltà di opzione - la quale pacificamente è irrevocabile e costituisce un negozio unilaterale recettizio - il lavoratore rinuncia alla reintegrazione ed alla continuazione del rapporto di lavoro, avendo manifestato una volontà incompatibile con la sua prosecuzione. Viene meno così l'obbligo del pagamento delle retribuzioni a titolo risarcitorio, le quali sono sinallagmaticamente correlate al rapporto di lavoro, nella specie non più in essere per effetto della rinuncia allo stesso da parte del lavoratore;

- la regola generale di effettività e di corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, della quale è espressione l'art. 2126 c.c., comporta - secondo la pacifica giurisprudenza

di questa Corte - che, al di fuori delle espresse deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetti soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di mora accipiendi nei confronti del lavoratore. Nella specie non ricorre tale situazione, avendo il lavoratore, operando la facoltà di scelta, manifestato la volontà di non proseguire il rapporto;

- il comma 4 dell'art. 18 St. lav. - richiamato ai fini risarcitori dal quinto comma nell'ipotesi in cui venga chiesta l'indennità sostitutiva della reintegrazione ("Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto dal comma 4 ...") - prevede la corresponsione dell'indennità dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione. Una volta esercitata l'opzione, non vi è più spazio per la reintegrazione, onde il meccanismo di calcolo basato, come termine finale, sulla "effettiva reintegrazione" non può trovare applicazione;

- la fictio iuris che, in tema di illegittimità del licenziamento, consente di considerare il rapporto in essere dalla data del licenziamento sino alla effettiva reintegrazione nel posto di lavoro non può operare quando la reintegra non è più possibile, per avere il lavoratore, esercitando la facoltà di scelta, rinunciato al ripristino del rapporto;

- una volta chiesta l'indennità "in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro", il rapporto obbligatorio viene definitivamente sostituito dall'obbligo del versamento delle quindici mensilità, con conseguente cessazione dell'obbligo risarcitorio previsto dal comma 4 dell'art. 18, il quale ha la diversa funzione di rifondere il lavoratore del danno patrimoniale subito sino alla effettiva reintegrazione nel posto di lavoro."

Il Collegio ha poi opportunamente richiamato la recente L. 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), il cui articolo 1, comma 42, lett. b), ha sostituito i commi dal primo al sesto della legge della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18. Il comma 3 del nuovo art. 18 così dispone: *"Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione".*

Tale modifica finisce per avallare la soluzione patrocinata infine dalla Cassazione di fatto ponendo fine all'incertezza giurisprudenziale cui la norma previgente aveva dato luogo, attribuendo alla dichiarazione del lavoratore l'effetto estintivo del rapporto ed escludendo quindi che, una volta cessato il rapporto, possa trovare applicazione il principio - affermato dalla giurisprudenza precedente ed innanzi richiamata - secondo cui, estinguendosi l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro facente carico al datore di lavoro soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione per la quale abbia optato il lavoratore, il risarcimento del danno per la succitata indennità va commisurato alle retribuzioni maturate fino al giorno del pagamento di tale indennità e non fino alla data in cui il lavoratore ha operato la scelta.

Sottolinea il Collegio come la nuova disciplina - la quale precisa che l'indennità non è assoggettata a contribuzione previdenziale, escludendo quindi che possa essere equiparata alla retribuzione - conferma dunque che, cessato il rapporto di lavoro e venuto quindi meno l'obbligo del datore di lavoro di reintegrare il lavoratore, cessa anche l'obbligo di corrispondere l'indennità risarcitoria connessa alla persistenza, per fictio iuris, del rapporto.

A questo punto, emersa, la palese infondatezza della tesi propugnata dall'odierno appellante, va ulteriormente richiamato il dato di fatto che esclude che in ogni caso potesse condividersi la tesi del R., vale a dire che nella odierna controversia non si è in presenza di un ritardato adempimento del datore di lavoro al proprio obbligo di versamento delle 15

mensilità, bensì di un inesatto adempimento, posto che alla data stabilita la ITALGAS aveva prontamente provveduto a versare al R. la somma pari alle 15 mensilità (risultata solo in seguito non esatta nel quantum, sebbene la statuizione in tal senso resa dal tribunale tranese è stata fatta poi oggetto di appello).

Pertanto non sussistevano affatto i presupposti per invocare un presunto risarcimento del danno.

Sotto tale profilo dunque l'appello è evidentemente infondato.

Parimenti dicasi per l'ultima censura svolta alla sentenza impugnata.

Lamenta il R. che il primo giudice non avrebbe motivato la disposta condanna al pagamento delle spese della lite.

La censura è infondata se sol si considera che l'esigenza di un adeguato supporto motivazionale concerne la sola ipotesi in cui il giudice disponga la integrale compensazione delle spese (Cass. 20598/2008) peraltro ammessa laddove ricorrano le "gravi ed eccezionali ragioni" o sussista una reciproca soccombenza, caso che evidentemente non ricorre nella fattispecie esaminata in cui il tribunale ha compensato solo in parte le spese del giudizio.

Ne consegue che la decisione del primo giudice, va interamente confermata.

Le spese del gravame seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

PQM

Definitivamente pronunciando sull'appello - avverso la sentenza del giudice del lavoro del tribunale di TRANI in data 19.11.2009 - proposto da R.L. con ricorso depositato il 16.11.2010 nei confronti della ITALGAS spa, così provvede:

rigetta l'appello, conferma la sentenza impugnata e condanna l'appellante al pagamento, in favore della controparte, delle spese del gravame che si liquidano in complessivi 3.000,00 oltre accessori di legge.

Così deciso in Bari, il 16.12.2013

[Omissis]

NOTA

Sommario: 1. La vicenda processuale. 2. L'obbligo risarcitorio. 3. Il diritto di opzione.

1. La vicenda processuale

La domanda processuale di cui è stata investita la Corte di Appello di Bari ha ad oggetto il diritto di opzione, ex art. 18, comma 5, dello Statuto dei lavoratori, con specifico riferimento al pagamento dell'indennità da corrispondersi in alternativa alla reintegra nel posto di lavoro.

Nello specifico il ricorrente, ottenuta dal Giudice di *prime cure* la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatogli dalla ditta ITALGAS s.p.a. ed il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno patito nella misura di cinque mensilità dell'ultima retribuzione di fatto percepita, adiva la Corte di Appello di Bari che, in riforma della sentenza di primo grado, condannava la società resistente alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento, in favore dello stesso della retribuzione globale di fatto percepita dal giorno del recesso fino a quello di effettiva reintegra. Il lavoratore, tuttavia, in luogo della reintegra optava per il pagamento dell'indennità sostitutiva pari a 15 mensilità, il cui importo, quantificato dalla società nella somma di 72.188,50 euro, veniva accettato con riserva di verifica dei conteggi effettuati. Poiché dalla consulenza contabile si rinveniva una differenza di 32.128,70 euro rispetto a quanto corrisposto, veniva proposta dal ricorrente una prima domanda giudiziale volta ad ottenere la maggior somma a lui spettante - che veniva accolta con sentenza del 26/02/2007 - ed una ulteriore domanda, conseguente a tale sentenza, in cui si rivendicava il pagamento delle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento fino a quello del saldo delle somme dovute. A fondamento di tale ultima domanda veniva posto l'inadempimento

della società - avendo la stessa corrisposto una somma inferiore rispetto a quella determinata dalla consulenza contabile - e che, pertanto, il rapporto di lavoro doveva intendersi proseguito, senza soluzione di continuità, fino al giorno della pronuncia giudiziale.

La Corte di Appello, adita per la riforma della sentenza che rigettava la domanda in primo grado, confermava la stessa, rigettando l'appello e condannando il ricorrente al pagamento delle spese del gravame.

2. L'obbligo risarcitorio

La difesa della società resistente si era basata, nel giudizio di primo grado, sull'assunto che nulla era dovuto a titolo risarcitorio, essendo cessato il rapporto di lavoro con la comunicazione del diritto di opzione e che, quindi, dovendosi ritenere l'indennità dovuta una obbligazione pecuniaria, la stessa doveva essere corrisposta soltanto nella misura maggiorata degli accessori dovuti per il ritardato pagamento.

Tale tesi era stata accolta dal Giudice di *prime cure* sul presupposto che l'esercizio del diritto di opzione aveva fatto venire meno il rapporto sinallagmatico tra lavoratore e datore di lavoro e che, pertanto, in mancanza di una prestazione lavorativa, non poteva pretendersi il pagamento della retribuzione, inquadrando, il caso specie, nell'alveo dell'inesatto adempimento, piuttosto che in quello di ritardato pagamento.

Si trattava di stabilire, in quella sede, se il danno sopportato dal prestatore di lavoro a causa del ritardo del datore nel pagamento dell'indennità sostitutiva dovesse essere pari alle retribuzioni mensili non percepite nel periodo intercorso fra l'esercizio del diritto di opzione ed il pagamento dell'indennità, ovvero dovesse essere considerato come un danno da ritardato adempimento di un comune credito di lavoro e, perciò, essere liquidato ai sensi dell'art. 429, comma 3 c.p.c..

Se si ritiene che l'obbligazione del datore di lavoro ha natura risarcitoria (il cui ammontare è commisurato alle retribuzioni maturande fino al perdurare dell'inadempimento) la somma dovuta a tale titolo non può ritenersi sinallagmatica alla prestazione lavorativa. L'obbligo di reintegrazione, infatti, viene sostituito - per effetto del diritto di opzione - da quello pecuniario e si estingue con il pagamento dell'indennità sostitutiva. Interpretando in tal senso il disposto di cui all'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 la scelta dell'indennità sostitutiva comporterebbe l'ancoraggio del diritto al risarcimento (e la sua determinazione quantitativa) al pagamento di tale indennità, anziché alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Ed è proprio dal dato normativo di cui all'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970¹ da cui prende le mosse la sentenza della Corte di Appello adita, al fine di stabilire se, esercitato il diritto di opzione, gravi in capo al datore di lavoro l'obbligo risarcitorio fino al momento della effettiva corresponsione della indennità sostitutiva.

In mancanza di una specifica legislativa che determini il momento in cui il rapporto di lavoro debba intendersi cessato e quello fino al quale spettino le retribuzioni dovute a titolo di risarcimento del danno per l'illegittimità del recesso, nella motivazione della sentenza in commento si ricostruisce un quadro giurisprudenziale interpretativo, partendo proprio da una pronuncia della Consulta (n. 81/1992), richiamata dal ricorrente. Tale sentenza ravvisa nel diritto di opzione un'obbligazione alternativa dal lato del creditore che, alla reintegrazione nel posto di lavoro, preferisce la prestazione pecuniaria (indennità sostitutiva). Pertanto, po-

¹ Art. 18, comma 5, l. 300/1970: "Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto dal quarto comma, al prestatore di lavoro è data facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento della indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei predetti termini".

tendosi ritenere estinta l'obbligazione solo al momento dell'effettivo pagamento di quest'ultima - non avendo, la dichiarazione di scelta del lavoratore la valenza di una dichiarazione di recesso - rimane in capo al datore di lavoro l'obbligo risarcitorio.

L'assunto è stato confermato, in un primo momento, dalla giurisprudenza di legittimità intervenuta sul tema² secondo cui nel caso di scelta, da parte del lavoratore illegittimamente licenziato, dell'indennità sostitutiva della reintegrazione - ai sensi della l. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5 - l'obbligo di reintegrazione gravante sul datore di lavoro si estingue non già nel momento della dichiarazione di scelta espressa dal lavoratore, bensì soltanto nel momento di effettivo pagamento dell'indennità, con la conseguenza che fino a quest'ultimo momento il datore è obbligato a pagare le retribuzioni globali di fatto.

Secondo tale interpretazione giurisprudenziale il disposto di cui all'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 non configurerebbe una obbligazione alternativa (difficile da configurarsi quando la scelta spetti al creditore), con irrevocabilità della scelta nel momento della relativa dichiarazione da parte del creditore, ex art. 1286 cpv. c.c. (ed estinzione della possibilità di adempiere con l'esecuzione dell'altra prestazione), quanto piuttosto una dichiarazione di volontà negoziale del lavoratore, i cui effetti sono sottoposti al termine dell'effettivo ricevimento dell'indennità e sottende al principio della realizzazione dell'interesse del lavoratore a non subire i pregiudizi conseguenti al licenziamento illegittimo (*Cass. civ. Sez. lav., 21 dicembre 2009 n. 26890*). Tale principio impedisce al datore di lavoro di ritardare il pagamento dell'indennità assoggettandosi al solo pagamento di rivalutazione ed interessi ex art. 429 c.p.c..

3. Il diritto di opzione

La costante giurisprudenza di legittimità - orientata a riconoscere in capo al datore di lavoro l'obbligo risarcitorio per il mancato pagamento dell'indennità sostitutiva in luogo della reintegra, a fronte dell'esercizio di diritto di opzione - ha, tuttavia, subito un primo arresto con la pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. lav., del 25 settembre 2012 n. 16228.

Tale sentenza, riconoscendo il diritto di opzione quale diritto potestativo, ha ritenuto il suo esercizio estintivo dell'obbligazione del datore di lavoro di reintegrazione nel posto di lavoro che diventa, da quel momento, inesigibile.

A fondamento di tale pronuncia è richiamata la previsione di una somma forfettaria che costituisce l'obbligo residuale del datore del lavoro, con esclusione quindi di quelli retributivi e risarcitori e connotata la natura valoriale dell'obbligazione in questione che, a differenza di quelle patrimoniali, non può essere assoggettata ai principi che disciplinano l'obbligazione facoltativa e quella alternativa in termini risarcitori.

Ne discende, pertanto, che fino al momento dell'esercizio del diritto di opzione al lavoratore illegittimamente licenziato spetta il risarcimento del danno liquidando ai sensi dell'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970; il rapporto di lavoro si intende risolto qualora il lavoratore entro 30 giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento della indennità; per il periodo successivo il mancato pagamento dell'indennità sostitutiva non è risarcibile alla stregua del disposto di cui all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970 ma alla stregua dei generali principi codicistici dettati in tema di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie in regione dell'estinzione del rapporto di lavoro.

Tali principi di diritto sono stati confermati dalla più recente sentenza della Corte di Cassazione, Sez. lav. del 28 gennaio 2013 n. 1810 che, definendo il diritto di opzione un negozio unilaterale recettizio, lo connota come una manifestazione di volontà incompatibile con la

² Cass. 11609/2003; Cass. 12514/2003; Cass. 6342/2009; Cass. n. 24199/09; Cass. 20420/2012 (sentenze richiamate dalla Corte di Appello di Bari).

prosecuzione del rapporto di lavoro, privato - per effetto della rinuncia - del contenuto sinalagmatico con la conseguenza del venir meno dell'obbligo del pagamento delle retribuzioni a titolo risarcitorio. Inoltre ritiene che non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970 - che prevede la corresponsione dell'indennità dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione - essendo stata esclusa la reintegrazione proprio dall'avvenuto esercizio del diritto di opzione. Infine ravvisa nella indennità sostitutiva una obbligazione di natura pecuniaria, escludendo la funzione di rifondere il lavoratore del danno patrimoniale subito.

La diatriba giurisprudenziale è stata, infine, risolta con l'intervento normativo operato dalla l. n. 92/2012 che ha modificato il testo dell'art. 18 l. n. 300/1970³ riconoscendo all'esercizio del diritto di opzione efficacia risolutiva del rapporto di lavoro e, soprattutto, escludendo dall'assoggettamento alla contribuzione previdenziale l'importo della indennità richiesta che, in tal modo, non può considerarsi equiparata ad una retribuzione.

Non persistendo più in capo al datore di lavoro l'obbligo di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato, cessa anche quello di corrispondergli l'indennità risarcitoria connessa alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Infine la Corte di Appello di Bari conferma, in diritto, la sentenza del Giudice di *prime cure* con riguardo all'inquadramento della fattispecie nell'alveo dell'inesatto adempimento, disattendendo la tesi attorea che la qualificava come un ritardato pagamento. Avendo, infatti, il datore di lavoro, prontamente provveduto a corrispondere al lavoratore l'indennità commisurata alle 15 mensilità, risultata solo successivamente inesatta nel *quantum*, i Giudici del gravame non hanno ritenuto sussistessero i presupposti per invocare un presunto risarcimento del danno.

Seppur l'inesatta esecuzione della prestazione da parte del debitore è fonte di responsabilità, ex art. 1218 cod. civ., tale norma va interpretata in combinato disposto con l'art. 1176 cod. civ. che richiede al debitore stesso una diligenza media nell'adempimento di un obbligazione.

La lettura congiunta delle disposizioni sopra richiamate, farebbe propendere, secondo certa dottrina⁴, per l'esclusione della responsabilità nel caso in cui il debitore dimostri di essere stato diligente, come di fatto è avvenuto nel caso di specie.

³ L. 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), il cui articolo 1, comma 42, lett. b), ha sostituito i commi dal primo al sesto della legge della L. 20 maggio 1970, n. 300.

⁴ M.C. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Comm. Cod. civ., (a cura di) Scialoja - Branca, Zanichelli, Bologna, Roma, 1979, p. 50 e, in giurisprudenza, sull'onere della prova Cass. civ. SS.UU., 30 ottobre 2001 n. 13533.