

Avvocatura di Diritto Infermieristico: Il computo dell'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo in caso di rifiuto all'invito di reintegra.

Dott. Mauro Di Fresco

Roma 23.08.2013

Capita, ora raramente, che a seguito di licenziamento illegittimo, così dichiarato all'esito di un ricorso ex art. 18, L. n. 300/70, l'infermiere in servizio presso una società cooperativa, una casa di cura o nel S.S.N., decida di rifiutare l'invito, rivolto dal datore, di reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato.

I motivi possono essere molteplici, tra cui, l'imminente assunzione presso un posto di lavoro migliore che non deve essere necessariamente pubblico ma certamente offerto a migliori condizioni: si pensi al recentissimo caso di una società cooperativa che a Roma retribuisce i propri infermieri applicandogli, dal C.C.N.L. di riferimento, la qualifica retributiva di "facchino" nonostante risulti che la qualifica giuridica di assunzione e in busta paga sia quella di "infermiere" (per cui già tre infermiere si sono licenziate per giusta causa).

L'art. 18 della L. 20.05.1970 n. 300 tutela il lavoratore illegittimamente licenziato attraverso delle speciali misure pecuniarie poste a carico del datore di lavoro e che mirano a reprimere comportamenti illegali e ritorsivi che si risolvono con i licenziamenti punitivi.

Le misure pecuniarie sono di due tipi:

- indennità risarcitoria, pagata dal datore di lavoro all'infermiere a seguito della sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento, che dopo la riforma Fornero (L. n. 92 del 28 giugno 2012) è diversamente quantificata (nel minimo o nel massimo ovvero in un range) secondo le tipologie normative poste a tutela del lavoratore (discriminazione, matrimonio, tutela della maternità, disciplinare, causa nulla). Si tratta di un'indennità fissa (quando è stabilita nel massimo) o variabile, quando è stabilita nel minimo o quando è posto un range. Quando è fissata nel minimo l'indennità è commisurata dal giorno del licenziamento fino al giorno di effettiva reintegrazione nel posto di lavoro;
- indennità sostitutiva, pagata sempre dal datore, che è rimasta pressoché invariata anche dopo la riforma Fornero. Questa indennità è eventuale cioè scatta solo se il lavoratore rifiuta di rientrare nel posto di lavoro precedentemente occupato (sempre a seguito di sentenza). In poche parole se l'infermiere dovesse rifiutare la tutela reale offertagli dal giudice, è sua facoltà optare per il pagamento di un'ulteriore indennità, sempre commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto percepita prima di essere licenziato e moltiplicata per quindici. Per tale motivo si parla di diritto d'opzione.

Il comma 3 dell'art. 18 (comma 5 nella legge ante riforma), stabilisce le modalità esecutive del diritto di opzione e nonostante la dicotomia dottrinale tra i due istituti (tutela reale e obbligatoria), il co. 3 individua nel diritto di opzione una specifica situazione in cui i due istituti si incontrano, anzi si equiparano visto che l'indennità di opzione sostituisce il posto di lavoro.

L'infermiere che vuole esercitare l'opzione deve farlo entro 30 giorni dal deposito della sentenza oppure entro 30 giorni da quando il datore lo invita, con lettera o telegramma, a riprendere servizio.

La questione giuridica che si vuole affrontare è relativa alla c.d. "effettività dei rimedi".

Con questo termine la giurisprudenza (termine coniato da Cass. Lav., n. 6342/2009) definisce il principio che sorregge lo scopo di una tutela (cioè del rimedio) interpretandolo nel senso più "effettivo" possibile cioè non meramente letterale ma sostanzialmente concreto.

In questo modo è possibile adeguare l'effettività di una norma alla realtà di un fatto e provvedere alla soluzione delle problematiche atipiche, come il ritardo del pagamento dell'indennità, appunto, utilizzando la stessa norma ma mutandone l'efficacia affinché sia effettiva.

Ciò significa che tra diverse interpretazioni applicative di una norma che disciplina una tutela giuridica, è preferibile quella che raggiunga un risultato maggiormente soddisfacente per la vittima e/o meno vantaggioso per l'autore dell'illecito, e non quelle che non producono alcuna differenza sostanziale tra le diverse interpretazioni o quelle, addirittura, che riducono i benefici per la vittima.

Il livello di soddisfazione ovvero soddisfazione dell'applicazione di una norma e, quindi, della sua interpretazione applicativa, definisce l'effettività della norma.

Stante tale principio, una volta che il lavoratore ha optato per l'indennità sostitutiva, ex co. 3, c'è il rischio che il datore, diversamente dal pagamento tempestivo ed effettivo, possa tardare il soddisfacimento del richiedente nel pagamento dell'indennità risarcitoria terminando i calcoli del computo fino al giorno in cui il lavoratore ha esercitato il diritto di opzione deducendo che con l'opzione si è consumato il dovere di reintegra.

Nel caso trattato dalla Suprema Corte di Cassazione, Sez. Lav., 17.09.2012 n. 15519, il lavoratore aveva optato dopo aver vinto la causa per licenziamento illegittimo, nella fattispecie in data 03 novembre 2000, per poi vedersi pagare l'indennità risarcitoria solo il 15 aprile 2002, quasi due anni dopo l'esercizio di opzione, ma calcolata fino al 03 novembre 2000 cioè fino all'esercizio dell'opzione, con l'aggiunta dei soli interessi legali maturati dall'opzione al 15 aprile 2002.

Il lavoratore proponeva ricorso per decreto ingiuntivo deducendo che l'indennità in parola, da pagarsi mensilmente e nella misura della retribuzione che percepiva prima del licenziamento, avrebbe dovuto protrarsi fino al giorno dell'effettivo pagamento cioè fino al 15 aprile 2002.

Il datore, diversamente, resisteva sostenendo che esercitando il diritto di opzione, il lavoratore aveva interrotto il rapporto di lavoro per cui non andavano pagate le retribuzioni ma, da quel momento, solo gli interessi e la rivalutazione monetaria.

Su quest'ultima asserzione, si evidenzia come la riforma Fornero, novellando l'art. 18 della L. n. 300/70, abbia confermato, al co. 3, che esercitando il diritto di opzione si determina la risoluzione del rapporto di lavoro.

Secondo la ricostruzione logico-giuridica del datore, apparentemente basata sulla lettura del co. 3, in caso di pagamento tardivo dell'indennità risarcitoria, devono essere corrisposti solo gli interessi legali, ex at. 429 C.P.C., dal giorno dell'esercizio dell'opzione.

Tuttavia la giurisprudenza legge il co. 3 secondo il principio di effettività dei rimedi (Cass., Lav., nn. 24199/2009; 6342/2009; 2262/2007; 6735/2010; 3481/2012 e per ultima la 15519 del 17 settembre 2012) le cui argomentazioni sembrerebbero resistere alla tesi avversa.

Non può infatti sfuggire la voluntas legislatoris realizzata nella legge n. 300/70 attraverso idonee misure sanzionatorie dirette ad impedire al datore di lavoro, con puntuale effettività, di utilizzare in maniera distorta l'istituto della risoluzione del rapporto di lavoro, considerato extrema ratio anche dalla riforma Fornero.

La Cassazione ritiene che il principio di effettività dei rimedi giurisdizionali trovi la sua ispirazione dell'art. 24, co. 1 della Costituzione "*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*" e che, nella fattispecie, il ritardo del pagamento di un'indennità prevista dalla legge a titolo di corrispettivo per la rinuncia ad un posto di lavoro, debba essere concreta cioè effettiva e non teorica o inconsistente.

La perdita dei vantaggi di un posto di lavoro si realizza nell'immediatezza per cui il ristoro della perdita deve essere parimenti immediato, altrimenti potrebbe produrre ulteriori gravi danni anche nel futuro (perdita della sussistenza, della dignità, delle relazioni familiari, debiti, ecc.).

Il lavoratore fa affidamento sulla pronta sostituzione del posto di lavoro con denaro contante.

E' una scelta personale che non può essere disattesa nell'incertezza della sua realizzazione nei meandri del tempo.

La Cassazione assume che l'indennità è posta per ridurre il più possibile il pregiudizio subito dal lavoratore per cui il ritardo del pagamento si pone in netto contrasto con tale finalità.

Per questi motivi l'unico rimedio possibile per offrire una tangibilità alla tutela di cui al co. 3, è quello di reprimere tale comportamento defatigatorio, umiliante e denigratorio, prorogando il pagamento di detta indennità fino al completo soddisfacimento del lavoratore.

Tale tesi è certamente da preferire anche perché è coerente al diritto europeo sostenuto dalla Consulta (Corte Costituzionale nn. 135/2002; 93/2010; 31/2012).

Quindi: esercitando il diritto di opzione, il computo dell'indennità risarcitoria non viene interrotto ma prosegue fino al suo completo soddisfacimento, interpretando la locuzione legislativa "fino all'effettiva reintegrazione" secondo il principio dell'effettività dei rimedi in "fino all'effettivo soddisfacimento".

Nello schema che segue sono riportati i percorsi procedurali da attuare in caso di esercizio del diritto di opzione; il percorso legittimo secondo la giurisprudenza di legittimità è evidenziato con il colore blu ovvero opta per la soluzione n. 1.

Una minoritaria giurisprudenza della Corte di Appello opta, invece, per la soluzione n. 2.

