

UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO
E RELAZIONI INDUSTRIALI – XXII CICLO –
S. S. D.: IUS 07**

“L’EFFETTIVITA’ DELLE TUTELE DEL LAVORO”

**Tesi di: Nicola Marongiu
Matr.: 3580026**

ANNO ACCADEMICO 2008/2009

UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO
E RELAZIONI INDUSTRIALI – XXII CICLO –
S. S. D.: IUS 07**



“L’EFFETTIVITA’ DELLE TUTELE DEL LAVORO”

Coordinatore Ch.mo Prof. Mario Napoli

Firma _____

**Tesi di: Nicola Marongiu
Matr.: 3580026**

ANNO ACCADEMICO 2008/2009

RELAZIONE FINALE

Il dottor Marongiu ha elaborato una tesi dal titolo “L’effettività delle tutele del lavoro”.

Si tratta di un tema complesso, come ricorda lo stesso candidato in apertura, in quanto coinvolge problematiche inerenti alla più generale materia del sistema di tutela dei diritti, così come risultante dal diritto civile sostanziale e da quello processuale, fino a ricomprendere profili di interazione con la disciplina penale in materia di protezione della autorità dei provvedimenti di condanna.

Peraltro, il continuo mutare delle esigenze dell’impresa e con esse degli interessi meritevoli di protezione, che il diritto del lavoro comporta tratti di particolare attualità.

Il candidato, in apertura, nell’ambito di una parte dedicata alla attuazione e riparazione del diritto violato, si sofferma sul tema più generale della tutela civilistica e processuale dei diritti. In tale ambito si sofferma, in maniera approfondita sull’aspetto della protezione del diritto e della salvaguardia delle libertà inviolabili del debitore, prendendo le mosse dall’analisi dell’art. 24 della Costituzione, attraverso l’analisi della dottrina, evidenziando le tendenze in atto e dedicando particolare attenzione all’aspetto relativo alla tutela specifica. In tale quadro si sofferma sul rilievo dei rimedi risarcitori facendo riferimento all’insegnamento di Mengoni che richiama l’importanza del significato deterrente del rimedio risarcitorio. Il candidato mostra padronanza della dottrina italiana in materia e fa richiami pertinenti alla dottrina straniera.

Nell’introdurre l’aspetto relativo all’interesse delle parti nel rapporto di lavoro, il dottor Marongiu, delle parti nel rapporto di lavoro, indica una premessa secondo la quale, richiamando ancora la dottrina di Mengoni, ricorda che *“ la rottura col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l’immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari”*. Alla luce di questo principio avvia l’analisi della effettività della tutele avvertendo la necessità di distinguere tra la tutela sostanziale e la tutela processuale.

Passando ad esaminare la possibilità di soddisfazione dell’interesse protetto nel caso che l’interesse protetto abbia ad oggetto prestazioni differenti da quelle di dare, fare o di non fare fungibili o realizzabili coattivamente anche senza la volontà dell’obbligato, il dottor Marongiu respinge con decisione la teoria secondo la quale, nell’ambito dell’infungibilità lavoristica ci si debba accontentare della sola tutela risarcitoria (pur ribadendo che essa,

non di rado, può risultare un mezzo soddisfacente). Ciò costituirebbe una violazione del principio stabilito nell'art. 24 della costituzione.

Vengono così esaminate le situazioni nelle quali l'obbligo del datore di lavoro può comportare una prestazione di fare. Il candidato si rifà alla schematizzazione proposta da Ghera secondo il quale si possono distinguere l'area della c.d. "amministrazione del rapporto di lavoro" e del licenziamento, l'area della tutela della libertà sindacale e della repressione della condotta antisindacale, l'area della tutela contro le discriminazioni.

Vengono successivamente esaminati, in maniera analitica i rimedi di diritto comune e quelli speciali. In questa parte si osserva come il candidato esprime frequentemente proprie valutazioni che appaiono ponderate, in adesione o critica delle tesi correnti in dottrina.

La seconda parte del lavoro è dedicata all'analisi dei rimedi sostanziali e processuali propri del diritto del lavoro.

In questa parte, particolare attenzione è dedicata, ovviamente, alla tutela contro i licenziamenti illegittimi. Al proposito, il dottor Marongiu, parte dalla premessa che in questa materia la legge "promette quanto non può mantenere" e scorge, all'interno dell'art. 18 dello Statuto "due anime", quella che vede come bene giuridico protetto l'esplicazione della persona e della professionalità, e quella insita nel comma 5 dove si evidenzerebbe come il lavoro potrebbe mortificare la dignità del lavoratore. Ciò lo porta a spostare l'attenzione su ciò che potrebbe accadere "dopo" la reintegrazione, cioè alla condizione di un lavoratore reinserito contro la volontà del datore di lavoro e quindi a spostare l'attenzione sugli aspetti relativi alla discriminazione: "diventa chiaro che il problema non è solo e tanto *come fare a superare la barriera della incoercibilità dell'obbligo alla reintegrazione*, ma prima ancora è *come fare ad impedire che il lavoratore reintegrato sia discriminato*".

Il candidato passa poi all'analisi della dottrina relativa al problema della coercibilità della reintegrazione partendo dalla dottrina secondo la quale l'obbligo alla reintegrazione andrebbe ponderato concretamente caso per caso, senza che lo si possa negare in modo generale ed aprioristico in quanto in alcuni casi è possibile che la reintegrazione non produca alcuna lesione del potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro. Per quanto formalmente corretta, ritiene che sul piano pratico non possa approdare a soddisfacenti risultati.

Dal punto di vista interpretativo, secondo Marongiu, l'unica via d'uscita sarebbe quella di liberare il 4 comma dell'articolo dalle sabbie mobili del comma 5. I rimedi contenuti nel comma 4, infatti, avrebbero una forte portata coercitiva che "aumenta con il decrescere della capacità economica del datore di lavoro. E' il ricorso a quanto stabilito dal comma 5 che, in un certo senso, è in grado di svuotare tali potenzialità.

Il dottor Marongiu, pertanto, riprendendo alcuni spunti trattati precedentemente, ritiene che l'ineffettività dell'art. 18 non sia solo attribuibile ad impedimenti di carattere squisitamente giuridico, ma soprattutto alla assenza di apposite tutele della persona del lavoratore reintegrato.

“Occorre, pertanto, prendere atto che non è sufficiente proteggere il lavoratore fino alla reintegrazione e poi abbandonarlo al suo destino, ma è necessario proteggerlo anche dopo questo momento” e richiama alcune ipotesi in tal senso avanzate da una recente dottrina.

Il dottor Marongiu esamina anche ulteriori aspetti relativi all'effettività della tutela, con particolare attenzione, tra l'altro, agli aspetti relativi alla tutela della salute e della sicurezza del lavoratore, ma anche alle violazioni in materia di cassa integrazione guadagni, al diritto alle ferie annuali, alla tutela contro il trasferimento illegittimo ed il demansionamento

L'ultima parte del lavoro, infine, è dedicata ai problemi relativi alla durata del processo ed ai rimedi proposti dalla dottrina per far fronte alla perdita di tutela che la lunghezza del processo, in sé, produce.

Nel complesso il lavoro del candidato è supportato da una solida conoscenza della dottrina e della giurisprudenza in materia, da un forte carattere argomentativo e dalla propensione a prendere parte diretta al dibattito, mostrando anche taluni spunti di originalità. Il lavoro, in definitiva, possiede appieno i requisiti per l'ammissione alla discussione finale.

Gianni Loy

1. Tutela civilistica e processuale dei diritti: la protezione del diritto e la salvaguardia delle libertà inviolabili del debitore

Il tema della effettività delle tutele del lavoro costituisce argomento complesso e sempre di attualità.

Complesso perché involge problematiche inerenti alla più generale materia del sistema di tutela dei diritti, così come risultante dal diritto civile sostanziale e processuale, fino a ricomprendere profili di interazione con la disciplina penale in materia di protezione della autorità dei provvedimenti di condanna.

Attuale perché il vorticoso evolversi e il continuo mutare delle esigenze dell'impresa e con esse degli interessi meritevoli di protezione, che il diritto del lavoro acclara, porta con sé, inevitabilmente, anche istanze di formale attribuzione di rilevanza giuridica a tali interessi e soprattutto (per quel che è l'oggetto della presente ricerca) richiede che la protezione in tal modo riconosciuta sia accompagnata non semplicemente dal diritto tecnico ad un processo giusto e celere, che ne sancisca la sussistenza e la doverosa osservanza, ma anche da rimedi sostanziali e/o processuali che ne garantiscano l'effettiva soddisfazione.

Pur derivando molti dei suoi problemi da istituti di carattere generale, tuttavia, è pur vero che il diritto del lavoro – nonostante la sua specialità – ha senza ombra di dubbio influenzato in modo decisivo il dibattito sul tema delle tecniche di tutela civile e sul grado di effettività del nostro diritto positivo portando la dottrina sostanzialistica e processualistica a doversi confrontare su un tema unico, emancipandosi da una cesura che storicamente aveva contrassegnato la loro storia¹.

Lo Statuto del Lavoratori, e segnatamente gli artt. 18 e 28, hanno così ispirato una approfondita analisi sulla portata della tutela specifica e della tutela per equivalente, sulla correlazione tra tutela di condanna ed esecuzione forzata, sulla esecuzione per surrogazione, sulla tutela inibitoria; soprattutto hanno stimolato una stagione di fondamentali studi ed elaborazioni (a volte contrassegnata da aspre contrapposizioni), tutta incentrata sulle tecniche configurabili de iure condito e de iure condendo per garantire effettività ai diritti aventi ad oggetto prestazioni di fare o di non fare infungibili.

Prima di trattare delle tecniche di tutela in generale, è opportuno però dare brevemente conto di ciò che si è acutamente descritto essere il “moto pendolare”² del sistema delle tutele proprio del nostro ordinamento giuridico.

Ciò è utile perché consente di meglio rappresentare in quale contesto storico giuridico sia maturata la problematica in esame, ma non solo.

Tale approccio disegna una linea evolutiva che oggi tende ad una svolta nella direzione da molti auspicata della più sistematica introduzione di metodi e tecniche di tutela ormai consolidate nell'esperienza di altri paesi, o in ogni caso di rimedi e/o procedure (non necessariamente giurisdizionali) aventi funzione compulsoria dell'adempimento.

Assunto ricorrente è che il nostro diritto privato “nasce patrimoniale.. esclusivamente patrimoniale”³.

¹ Cfr Proto Pisani A., L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile, in *Procedimenti speciali ed esecutivi, processo penale*. – Padova, Cedam, 1994. – VIII, pagg. 419 ss

² Mazzamuto Salvatore, *La prospettiva civilistica*, in *Tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pagg. 21 ss., dello stesso Autore, *Problemi e Momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989, pagg. 453 ss.; vedi anche in materia dello stesso A. *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovenne, 1978 e *L'esecuzione degli obblighi di fare*, in *Rascigno* (diretto da) *Trattato di diritto privato*, 20, Utet, 1998, pagg. 298 ss. .

³ Perlingieri Pietro, *discussione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989, pagg. 206 ss.;

Da questa genesi sono derivate tecniche di tutela giurisdizionale modellate sulla fisiologia dei bisogni e sulla struttura delle lesioni concepibili in materia di proprietà, impresa e produttività.

Alla tutela risarcitoria per equivalente è stata così riconosciuta la funzione di strumento di tutela primario, nella accettazione che la logica compensativa avesse sufficiente forza per soddisfare al meglio gli interessi lesi.

Soprattutto, questo primato era frutto della prevalenza, alle origini del nostro attuale sistema di diritto civile, di politiche di stampo liberale individualistico, che anteponevano alla esigenza di effettività della tutela del diritto le esigenze di salvaguardia del principio *nemo ad factum cogi potest*. O meglio, questa opzione di politica del diritto si traduceva in una scarsa attenzione nei confronti dell'aspetto della privazione del bene della vita giuridicamente tutelato con l'attribuzione del diritto e della conseguenziale esigenza del concreto e fattibile ripristino di detto bene, ogni qual volta fosse in questione l'esecuzione di una prestazione di fare o di non fare non portabile a coercizione diretta per il limite della infungibilità.

Si era allora disposti ad accettare che la "mercificazione" della lesione, ovvero la sostituzione della prestazione dovuta con una somma di denaro ritenuta congrua per riportare in essere un equivalente soddisfacimento della pretesa lesa, fosse sufficiente strumento di tutela di quest'ultima.

La libertà personale del debitore, il dogma assoluto della intangibilità della autonomia del potere organizzativo dell'imprenditore, erano i valori al centro del sistema delle tutele. Valori incontestabili ed assolutamente condivisibili nella dimensione di una economia di mercato che reclamava una regolamentazione coerente con le sue fondamenta.

La dimensione culturale e normativa che ha accompagnato la codificazione degli anni '40 era, dunque, focalizzata intorno all'idea che la tutela contro i danni costituisse la forma generale della tutela civile e per di più tendeva a ricondurre la stessa tutela contro i danni nell'ambito della sola dinamica danno patrimoniale – risarcimento per equivalente. Questa attitudine è stata quindi trasfusa, sul piano delle disciplina processuale, in norme poco o nulla attente a soddisfare le esigenze di eseguibilità di prestazioni non patrimoniali, ed in primis aventi ad oggetto obblighi di fare o di non fare infungibili.

Orbene, la Costituzione è intervenuta su questo assetto in modo dirompente.

Essa ha messo la persona ed il lavoro al centro dei valori fondanti, battezzando così una nuova prospettiva nel sistema e nelle tecniche delle tutele dei diritti, ovvero una prospettiva depatrimonializzante per la quale tanto le obbligazioni patrimoniali quanto quelle non patrimoniali avrebbero dovuto imporre al legislatore rimedi ugualmente effettivi a tutela degli interessi protetti⁴.

La Costituzione, insomma, mal tollerava distinzioni tra tutele forti e tutele deboli⁵ a seconda di quale fosse il grado di satisfattività offerto dalle norme processuali ed in primis da quelle del processo di esecuzione. Con la Costituzione dunque il "pendolo" si spostava in modo deciso verso la promozione di forme di tutela di stampo solidaristico, incompatibili con la passiva tolleranza a che esistessero diritti che solo per la loro struttura e contenuto fossero privi di tutele atte a garantirne il concreto soddisfacimento.

In quest'ottica deve dirsi dunque che l'art. 24 della Costituzione, con l'affermare che "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*", ha introdotto nel nostro ordinamento il principio di effettività delle tutele dei diritti, principio per il quale la tutela deve portare al titolare del diritto leso un risultato che sia conforme al contenuto del diritto stesso.

Detto principio (da qui occorre prendere le mosse in ogni trattazione in tema di modi e tecniche di tutele dei diritti) corrisponde insomma all'ormai cristallizzato *dictum* di Giuseppe

⁴ Perlingieri Pietro, *discussione*, *Processo ... cit.*; sul punto anche Adolfo Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989, pagg. 11 ss; in chiave di ricostruzione ed analisi storica S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

⁵ Vedi Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 1985, il quale mostra particolare attenzione all'incidenza delle tutele giurisdizionali sulle posizioni di diritto sostanziale, fino al punto di evidenziare l'inevitabile sconto di minorità di tutela a seconda del tipo di diritto azionato.

Chiovenda secondo cui “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e praticamente quello ch’egli ha diritto di conseguire*”⁶.

Sull’art. 24 cost., occorre peraltro, spendere qualche parola in più.

Innanzitutto una prima precisazione appare opportuna: il precetto costituzionale non può essere letto in termini di diritto “tecnico” al processo, ma va interpretato come garanzia suprema di effettività atta a garantire che alle specifiche posizioni di vantaggio giuridicamente rilevanti corrispondano tutele in grado di assicurare il soddisfacimento del bene delle vite ad esse sotteso.

L’art. 24, in altri termini, non ha costituzionalizzato solo il diritto al processo, ma anche e soprattutto il principio di effettività nei termini suddetti⁷.

L’effettività di cui si tratta (ecco una seconda precisazione) non è solo quella che sarebbe possibile ritrarre dal processo, ma deve essere intesa in senso assoluto. L’indirizzo tracciato dalla Carta Costituzionale (al di là della formulazione testuale della norma: “*.. agire in giudizio..*”) non è solo ed unicamente l’effettività e la capacità delle procedure giurisdizionali di soddisfare l’interesse protetto, ma l’effettività in se stessa. Forse anche per questo, e non solo per la spinta delle normative comunitarie o per l’influenza praticata dagli ordinamenti anglosassoni, oggi più che di tutele si discute di *rimedi*⁸. La chiave di lettura rimediale da un lato consente di parlare di tutele e di effettività non solo con riferimento alla fase processuale ma anche in seno al fisiologico svolgimento delle relazioni giuridiche; dall’altro focalizza l’attenzione sul momento della “emergenza” di salvaguardare e/o ripristinare il rispetto di un interesse protetto dalla legge, più che sul previo accertamento della attribuzione di rilevanza giuridica a quell’interesse attraverso la veste del diritto soggettivo.

L’utilità che ne consegue è che in questo modo l’interprete è portato a sondare il dettato normativo in modo più critico, meno formalistico: non riterrà sufficiente che la legge abbia protetto un interesse attraverso l’attribuzione di un diritto soggettivo, ma verificherà immediatamente se l’interesse protetto sia munito di un rimedio che ne assicuri la soddisfazione in caso di lesione. In caso contrario non potrà esimersi dal constatare un vulnus di ineffettività della tutela, e con essa la vacuità della attribuzione del diritto, che per tale via si risolverà in una mera enunciazione priva di effettiva portata precettiva.

Orbene, nell’ipotesi da ultimo tracciata deve chiedersi che ruolo debba svolgere l’art. 24 Cost., se esso cioè comporti una censura di incostituzionalità o se – per altra via – possa (rectius, debba) portare l’interprete a tentare di correggere i disequilibri tra la previsione sostanziale e la misura di tutela.

Quanto al primo profilo, deve da subito evidenziarsi che, stando allo stato attuale della giurisprudenza della Corte Costituzionale, pare davvero arduo che si possa addivenire alla pronuncia di incostituzionalità della norma attributiva di una posizione soggettiva di vantaggio non sorretta da adeguato (ed effettivo) rimedio⁹. Questo perché fino ad oggi il Giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi facendo applicazione dell’art. 24 Cost., ha incentrato la propria attenzione in tema di effettività restringendo il proprio angolo visuale sui profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela, più che sui profili contenutistici della esistenza di un rimedio comunque idoneo alla salvaguardia dell’interesse protetto¹⁰.

⁶ Giuseppe Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, Roma, 1935, 12.

⁷ Ilaria Pagni, Tutela specifica e tutela per equivalente, Giuffrè, 2004, a rtt. 65 ss.; Andrioli V., Manuale di procedura civile, Napoli, 1979, L. P. Camoglio, I modelli di garanzia costituzionale del processo, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1991, 675; Perlingieri, cit.; A. Di Maggio, cit..

⁸ La prima e organica rilettura del sistema delle tutele in chiave rimediale è dovuta ad Adolfo di Maggio, Forme e tecniche di tutela, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit.; vedasi anche dello stesso A. La tutela civile dei diritti, Milano 1987, e Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo, in Mazzamuto (a cura di), Il Contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo, Giappichelli, 2002;

⁹ In questi termini, Ilaria Pagni, Tutela specifica e tutela per equivalente, Giuffrè, 2004, 67.

¹⁰ Corte Cost. 14 gennaio 1977 n. 14; Corte Cost. 6 maggio 1985, n. 134, Corte Cost. 29 aprile 1993, n. 201: in queste sentenze l’art. 24 Cost. è letto in chiave di garanzia di accesso al processo; in altre sentenze la Corte utilizza il precetto in commento al fine della valutazione di legittimità costituzionale di norme limitative o preclusive di poteri e facoltà

Pertanto, può affermarsi che probabilmente la prospettiva dell'impiego dell'art. 24 Cost. in funzione caducatoria di previsioni normative prive di rimedi effettivi (nel senso sopra indicato) è ancora poco praticabile, anche se una maggiore attenzione a questi problemi da parte del Giudice delle leggi pare senz'altro auspicabile¹¹.

Ciò detto, non rimane che esaminare il secondo profilo, ovvero se l'art. 24 possa (rectius, debba) legittimare operazioni ermeneutiche "correttive" di previsioni normative lacunose *sub specie remedii*.

In questa ottica, il campo di indagine deve essere ristretto a tutte quelle norme – o sistemi normativi – che si appalesino incompleti o difettosi in punto di tutela dei diritti in essi contemplati.

Una precisazione però appare da subito opportuna: non si tratta di dover ad ogni costo elaborare tesi a sostegno della tutela specifica in luogo di quella risarcitoria. Ciò non avrebbe senso, poiché, infatti, non è dato configurare prima quale sia la misura di tutela (reale o per equivalente) maggiormente idonea a soddisfare concretamente ed effettivamente l'interesse leso.

Ciò detto, la risposta al quesito non può che essere affermativa.

Nel rispetto del limite (invalicabile, come meglio si esporrà *infra*) dell'impossibilità materiale di ripristinare la situazione antecedente alla lesione e della infungibilità della prestazione di *facere* per il necessario bilanciamento di valori e garanzie di rilievo costituzionale (primo fra tutti l'art. 41 Cost.), deve senz'altro condividersi l'opinione di chi afferma che dall'art. 24 Cost. derivi il principio di atipicità dell'azione¹², in forza del quale lo strumento di tutela non è solo quello espressamente e tipicamente correlato alla posizione di vantaggio lesa, ma può ritrarsi da ogni altra previsione normativa compatibile e applicabile secondo i principi generali.

Peraltro, l'atipicità della azione, esaurendosi sul terreno giurisdizionale, è principio necessario ma in molti casi (e soprattutto alla luce dell'attuale desolante stato della giustizia civile e lavoristica) non sufficiente per raggiungere l'obiettivo, ovvero l'esperibilità di tutele effettive.

Compito dell'interprete, pertanto, è anche quello di esplorare l'intero sistema normativo per verificare se siano configurabili altri rimedi – anche sostanziali – idonei allo scopo. (Così il lavorista – a mio parere – non potrà esimersi dal lanciare la sua lente sulle recentissime riforme in materia di ispezioni sul lavoro, senza per questo trascurare i molti problemi che il processo del lavoro ha quanto alle tecniche di attuazione giurisdizionale dei diritti del lavoro¹³.)

Ciò precisato, il principio di effettività non può non convogliare l'attenzione sulla tutela specifica.

Quest'ultima è convenzionalmente definibile come "quella che in caso di lesione consente di restaurare il complesso dei rapporti giuridici nello status quo ante"¹⁴, o meglio come quella forma di tutela diretta a dare (appunto) specifica soddisfazione all'interesse protetto dalla legge non surrogandolo con un obbligo risarcitorio.

Siffatta forma di tutela dunque ha di mira il ripristino della posizione soggettiva di vantaggio violata, e pertanto viene a contrapporsi alla tutela risarcitoria che invece conduce alla sostituzione della mancata ricostituzione della posizione lesa con un'altra prestazione, per lo più pecuniaria.

processuali (sentenze 17 maggio 1966, n. 53, n. 248/1974; n. 253/1994); in altre pronunce, addirittura ed in contratto con quanto sostenuto dalla dottrina e con quanto sopra esposto, la Corte giunge ad affermare che l'art. 24 concerne "l'ambito delle garanzie processuali delle parti e non già il diverso atteggiarsi della disciplina dei rapporti sostanziali".

Ebbene, sarà fin troppo chiaro che questa lettura non è condivisa nella presente trattazione.

¹¹ In questi stessi termini, Ilaria Pagni, op. ult. cit.

¹² Sempre Ilaria Pagni, op. ult. cit., pag. 72; della stessa A. – e negli stessi termini sulle tematiche lavoristiche – Diritto del lavoro e tecniche di tutela, in Riv. It. Dir. Lav., Giuffrè, 2005, 4, 489 ss.

¹³ Di questi aspetti, che in definitiva costituiscono la prospettiva di indagine qui adottata, si tratterà più diffusamente *infra*.

¹⁴ Ilaria Pagni, Tutela specifica. cit., 10, la quale tiene ad evidenza che il dibattito dottrinale sviluppatosi soprattutto tra C. Castronovo (Il risarcimento in forma specifica come tecnica di attuazione dei diritti, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Jovenne, 1989, 488 ss.) e F. Franzoni (Dei fatti illeciti, in Commentario Scaloja-Branca, 1993, 1099 ss.) sulla questione definitoria e classificatoria soprattutto con riferimento alla categoria del "risarcimento in forma specifica".

Entrambe le tutele si fondano sullo stesso presupposto: la violazione della posizione soggettiva di vantaggio. Approdano però a esiti diametralmente opposti: l'una intende soddisfare direttamente la stessa posizione di vantaggio, l'altra solo eliminare i danni derivanti dalla violazione quest'ultima.

Ciò detto, è di tutta evidenza che l'area di problematicità della tutela specifica coincida con la tutela dei diritti non aventi contenuto pecuniario.

Infatti relativamente a molti di questi diritti, e segnatamente ai diritti aventi ad oggetto prestazioni infungibili, l'ordinamento processuale non prevede adeguate tecniche coercitive, inducendo *de facto* il titolare del diritto a ripiegare su forme di tutela risarcitoria.

La sua tutela (quella che egli, consapevole del problema della ineseguibilità, deciderà di utilizzare) sarà dunque di natura obbligatoria e non reale, perché alla violazione del diritto non potrà seguire l'effettiva esecuzione dovuta quale oggetto dell'obbligo correlato a quel diritto, ma solo il sorgere di una obbligazione avente ad oggetto la riparazione di tutti i danni patiti a cagione della violazione stessa.

Quanto detto, però, attiene specificamente a problemi scaturenti dal processo esecutivo.

Non bisogna infatti, confondere i piani del diritto sostanziale e del processo di cognizione da un lato e del processo esecutivo dall'altro.

Orbene (e con questo ecco riproporsi in modo chiaro lo spettro già delineato dell'assenza di rimedi effettivi a tutela del diritto leso), il nostro sistema di diritto civile sostanziale, quanto ai rapporti giuridici obbligatori, non ha al centro il risarcimento del danno, ma il diritto all'esatto adempimento.

L'affermazione potrebbe suonare stonata se rapportata alle suseposte note storiche relative alla evoluzione del nostro diritto positivo, fondato sulla tecnica di tutela risarcitoria anziché su quella specifica. Ma è una sensazione sbagliata, anzi le due affermazioni sono l'una la naturale conseguenza dell'altra.

E' infatti la labilità delle tecniche di tutela coercitiva dell'obbligo all'adempimento che hanno conformato il nostro sistema sullo stampo della tutela risarcitoria, mentre è scorretto affermare che quest'ultima sia stata assunta *tout cour* dal nostro diritto sostanziale quale prioritaria forma di tutela contro l'inadempimento.

Ciò significa dire (quanto meno relativamente agli obblighi contemplanti prestazioni infungibili) che la generale forma di tutela prevista dal diritto sostanziale (l'azione di adempimento) non è effettiva, non rappresenta cioè – in mancanza della spontanea cooperazione dell'obbligato – un rimedio capace di tutelare specificamente l'interesse protetto.

Questa è l'origine di tutti i problemi susseguenti sull'argomento.

Questa è la ragione della massima valorizzazione dell'art. 24 Cost. nella prospettiva dell'effettività delle tutele.

Si è affermato che al centro sistema delineato dal codice civile con riferimento ai rapporti obbligatori non c'è il risarcimento del danno, ma il diritto all'esatto adempimento: occorre esporne le ragioni.

Sul punto non ci si può esimere dal richiamare quanto L. Mengoni, in modo tanto sintetico quanto cristallino, ha avuto modo di esporre in un convegno del 1987¹⁵: dall'art. 1218 c.c. (al di là della sua apparentemente equivoca formulazione) non deriva che, in caso di inadempimento, il creditore debba agire direttamente per il risarcimento del danno, in verità dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. discende che il creditore *“può domandare la condanna del debitore al risarcimento in luogo dell'adempimento [salvo l'art. 1453, che gli consente di domandare anziché l'adempimento, la risoluzione] solo se dimostra l'impossibilità sopravvenuta della prestazione”*.

¹⁵ L. Mengoni, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 122.

Quindi, fino a che la prestazione non sia divenuta oggettivamente impossibile, il creditore potrà agire in giudizio per la condanna del debitore alla prestazione dovuta e non accontentarsi della conversione di quest'ultima in un obbligo risarcitorio¹⁶.

Il codice civile (sotto il profilo sostanziale e del processo di cognizione), pertanto, propende per una diretta soddisfazione dell'interesse protetto, ovvero per la tutela specifica di quest'ultimo.

Accanto a questa direzione però si registra una divaricazione tra diritto sostanziale e processo giurisdizionale di esecuzione¹⁷.

Il diritto all'esatto adempimento, peraltro, a fronte delle più recenti normative, soprattutto in tema di diritto del consumatore, ha sempre più assunto centralità nell'ambito del diritto sostanziale¹⁸.

Al consumatore è infatti espressamente riconosciuto il diritto di chiedere l'esatto adempimento e solo all'esito dell'infruttuosa o impossibile o tardiva esecuzione delle prestazioni di sostituzione o riparazione gli è consentito pretendere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo¹⁹.

Nell'alveo della tutela specifica (nell'accezione sopra esposta) si collocano, inoltre, numerose ipotesi di tutela inibitoria (che costituisce un rimedio di natura specifica e non puramente risarcitoria).

Tra queste si possono ricordare: l'art. 7 c.c. (ordine di cessazione del fatto lesivo del diritto al nome); l'art. 10 c.c. (cessazione dell'abuso dell'immagine altrui); l'art. 844 c.c. (impedimento di immissioni che superino la normale tollerabilità); l'art. 949 c.c. (cessazione di turbative o molestie a carico del proprietario); l'art. 1079 c.c. (cessazione di impedimenti o turbative all'esercizio di una servitù); l'art. 1170 c.c. (manutenzione nel possesso in caso di molestie); l'art. 2599 c.c. (inibizione della continuazione degli atti di concorrenza sleale); l'art. 2813 c.c. (cessazione di atti da cui possa derivare il perimento o il deterioramento di beni ipotecati); l'art. 156 dir. aut. (interdizione della violazione di un diritto di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno); l'art. 83 L. brev. inv. (inibitoria della fabbricazione o dell'uso di quanto forma oggetto del brevetto); in campo lavori stico gli artt. 28 stat. lav. e 1, comma 5, Legge 903/1977.

Avendo discusso di forme di tutela, a questo punto, pare necessario, sempre su un piano generale, trattare delle tipologie e delle tecniche di tutela offerte dalla normativa processuale.

Anzitutto è opportuno prendere le mosse dalla tutela di accertamento.

E' erroneo pensare che la domanda rivolta al giudice di accertare e per l'effetto dichiarare la sussistenza di un diritto e/o l'insussistenza di una pretesa altrui concreti una forma di tutela meno dotata di forza coercitiva e quindi strutturalmente ineffettiva sempre e comunque.

In realtà, la tutela di accertamento assolve pienamente ad una funzione di rimedio specifico e insieme reintegratorio. Il bisogno e l'interesse che in questa prospettiva viene ad esistere è l'ottenimento di una certezza legale circa una situazione controversa perché si è in presenza o di una contestazione stragiudiziale del proprio diritto o di una pretesa altrui atta a minorare la propria posizione soggettiva.

¹⁶ In tema anche L. Montesano, *Condanna civile dei diritti*, 1965, e *La Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Favalli, Torino, 1985, 146 ss., pur ragionando in termini di indissolubilità di collegamento tra sentenza di condanna e ed esecuzione forzata, ritiene che "l'art. 1218 non escluda che il creditore abbia diritto innanzitutto all'esatto adempimento della prestazione e che perciò questo diritto – finché o purché la specifica esecuzione dell'obbligo sia materialmente o giuridicamente possibile – precede o accompagna quello al risarcimento".

¹⁷ Come denunciato da A. Di Majo, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 371.

¹⁸ S. Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, cit. t., 25, per questo afferma che oggi dal primato della tutela risarcitoria si è passati al primato della tutela specifica.

¹⁹ Sempre nel campo della tutela specifica non può omettersi di segnalare l'epocale codificazione del principio del risarcimento del danno in forma specifica nei confronti della P.A. con riferimento sia agli interessi oppositivi che agli interessi pretensivi.

La pronuncia di accertamento pone definitivamente termine a questa insicurezza fornendo certezza alle relazioni giuridiche dedotte in giudizio.

La tutela in esame è dunque specifica perché fornisce al titolare della posizione protetta esattamente “tutto e praticamente tutto”²⁰ quello di cui egli ha bisogno e mira quindi ad ottenere rivolgendosi alla funzione giurisdizionale²¹.

L'importanza processuale della pronuncia di accertamento emerge peraltro dallo stesso istituto della prosecuzione del procedimento su iniziativa del solo convenuto, il quale, infatti, verificatasi la situazione di incertezza per effetto della notifica dell'atto di citazione o del ricorso, vede per tal modo nella pronuncia giurisdizionale l'unico rimedio per ripristinare lo *status quo ante* (ovviamente salvo che l'attore/ricorrente non abbandoni le proprie pretese e riconosca formalmente il diritto altrui).

Un altro profilo che esalta l'importanza dell'accertamento è, per così dire, ovvio: pronunce di questo tipo non si limitino ad accertare un diritto, ma si proiettano anche nel futuro, prescrivendo una regola di condotta alla quale le parti dovranno attenersi. Quando infatti la controversia travasa dalla fase di mero vanto a quella della concreta violazione di un interesse protetto, al giudice non si chiederà solamente di accertare la sussistenza di un diritto, ma anche di condannare la controparte ad una prestazione consequenziale alla violazione del diritto stesso.

La tutela di condanna in questa prospettiva diventa il rimedio necessario, mentre la tutela di accertamento diventa insufficiente²².

Ciò detto, occorre brevemente chiarire che ormai è sopito il vivace dibattito degli anni '70 sul nesso di correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, teso a limitare l'accesso alla prima a condizione della praticabilità della seconda²³. Il dibattito, ancora una volta, era sollecitato dal problema di effettività derivante dalla incoercibilità degli obblighi di fare o non fare infungibili e soprattutto dalla questione relativa alla coercibilità degli obblighi contemplati dalle fattispecie (sopra indicate) di tutela inibitoria. Il definitivo superamento della tesi del nesso di collegamento²⁴ è comprovato dall'ormai pacifico orientamento giurisprudenziale: “è ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nell'ipotesi d'infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del facere dell'obligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dalla inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato a invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva, domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un facere infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento”²⁵.

L'infungibilità, pertanto, è limite predicabile solo per l'esecuzione, non per la cognizione²⁶.

Peraltro, il dibattito sviluppatosi intorno al tema della correlazione tra condanna ed esecuzione ha avuto il merito di porre in evidenza quali siano i reali problemi connessi alla ineffettività delle tutele dei diritti aventi ad oggetto prestazioni di facere o di non facere infungibili.

²⁰ Per usare il noto principio chiovendiano, già sopra citato.

²¹ Sulla specificità della tutela di accertamento Montesano L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, Torino, 2004, 125; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1999, 49 ss e 143 ss.; Fornaciari M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2002, 103 ss.; Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1980, 217 ss. .

²² Sul tema dell'inadeguatezza della tutela di mero accertamento v., oltre ai testi indicati sub nota 21, anche Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, 44 ss.

²³ Vedi Proto Pisani A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, 2003, pagg. 82 ss. e 102 ss.; Petrucci, voce *Condanna*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1960, 713; Lancellotti, voce *Sentenza civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1069, 1143 ss. .

²⁴ L. Montesano, op ult. cit..

²⁵ Cass. Civ. Serz. III, 13 ottobre 1997, n. 9957, *Nuova Giur. Civile*, 1998, I, 871, con nota di Campagnolo.

²⁶ La differenza tra i due piani della cognizione e della esecuzione è essenziale per comprendere più chiaramente le problematiche di cui trattasi. La prospettiva metodologica della trattazione “separata” è bene esposte da Ilaria Pagni, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Giuffrè, Milano, 2004, 19.

E' stato chiarito, innanzitutto, che l'ordinamento contempla provvedimenti di condanna aventi a contenuto obblighi non eseguibili forzatamente per il tramite dell'art. 612 c.p.c. e che, ciò nonostante, non prevede un sistema atipico di misure coercitive idonee a soddisfare specificamente l'interesse protetto in capo al titolare del diritto sancito da quei provvedimenti stessi²⁷.

Analogamente è stata evidenziata l'esistenza nel nostro ordinamento di svariate ipotesi di tutela inibitoria, contemplanti sentenze o provvedimenti di condanna diretti ad evitare la reiterazione di una violazione già compiutasi, e la correlativa assenza di (ancora una volta) di un sistema atipico di misure coercitive.

Proprio a fronte di questi problemi la prospettiva è stata allora rivolta alla opportunità che il nostro ordinamento introduca – appunto – un sistema atipico di misure coercitive²⁸.

Come è noto il legislatore, nonostante svariati progetti di riforma²⁹, fino alla recente riforma del codice di procedura civile attuata con la Legge 18 giugno 2009 n. 69, non aveva avuto il coraggio di sposare concretamente questa politica del diritto, ma aveva preferito proseguire nella strada della previsione specifica e tipica, per singoli diritti e materie, di adeguate misure coercitive.

Così ad es., è stato in materia di protezione dei minori. Il Tribunale per i minorenni, infatti, quando pronuncia in materia di potestà sui minori, di comportamenti pregiudizievoli dei loro interessi, di amministrazione del loro patrimonio di affidamento etc., da un lato fissa dei termini per l'ottemperanza alla prescrizione data, nel contempo affida a soggetti ausiliari il compito di verifica, all'esito della quale potrà – se occorre – adottare nuovi provvedimenti, revocare o modificare i precedenti sempre per garantire il pieno soddisfacimento degli interessi del minore. In questo contesto il giudice può adottare prescrizioni di fare o non fare infungibili (ad. seguire un programma di recupero per tossicodipendenti) alle quali si affiancano misure coercitive indirette, quali la decadenza dalla potestà genitoriale, che garantiscono l'effettivo soddisfacimento dell'interesse protetto.

I problemi allora si ponevano in mancanza di specifiche misure coercitive indirette idonee a compensare l'inapplicabilità dell'art. 612 c.p.c. . In questi casi, infatti, l'unica tutela era data dal risarcimento del danno. La tutela risarcitoria, allora, si poneva in tali fattispecie come forma di tutela residuale rispetto alla tutela specifica, ogni qual volta di quest'ultima si accertasse l'impraticabilità.

A questo punto però diventa necessaria una puntualizzazione per non incorrere nell'errore metodologico di confondere il momento della violazione con quello del rimedio successivo atto a ripristinare la soddisfazione dell'interesse protetto e leso.

L'effettività di cui si discute riguarda solo il secondo momento, non il primo.

La confusione tra i due piani, in effetti, è indotta dalla incontestabile considerazione che più è effettivo il rimedio più sarà disincentivata la violazione.

Ciò però non può giustificare una erronea unificazione delle due situazioni, l'una afferente al piano dello svolgersi dei rapporti giuridici sostanziali, l'altra al momento rimediabile.

Ciò detto, è senz'altro condivisibile che in generale la sola utilizzabilità della tutela risarcitoria dei diritti aventi ad oggetto prestazioni infungibili (fuori dai casi di proficua

²⁷ Ciò quantomeno fino alla recente riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69) che con l'art. 614 bis ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una forma generale di esecuzione indiretta modellata sullo stampo dell'astente francese.

²⁸ Così Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali* .. , 2003, op. cit., Id., Note sulla tutela civile dei diritti, in *La tutela specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, AA VV, Giuffrè, Milano, 2004, 35 ss. . L'A., proprio in questa prospettiva, ripercorre i tentativi di riforma del codice di procedura civile presentati nelle precedenti legislature: D.D.L. "Sarti" (n. 1463/1981), punto 24; la proposta organica per la revisione del c.p.c. redatta nel 1996 dalla commissione governativa presieduta da Giuseppe Tarzia, punto 25; D. D. L. Fassino del 7 luglio 2000, punto 23; il D.D.L. Castelli del 2001, punto 21; il D.D. legge delega per la riforma del codice di procedura civile approvato dal Consiglio dei Ministri nell'ottobre 2003, art. 42. Tutti queste proposte di riforma contemplavano, in modo più o meno diverso, la possibilità che il giudice prevedesse nella stessa sentenza di condannare anche una somma di denaro che il condannato fosse tenuto a pagare per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare alla sentenza stessa. Prospettiva questa accolta dal legislatore con la suddetta riforma del codice di procedura civile.

²⁹ Vedi nota che precede.

utilizzazione di misure coercitive indirette) si tramuti nella espropriazione del diritto dell'obbligato, ammissibile ai sensi degli artt. 42 e 43 Cost. quanto alla proprietà e l'impresa, ma non con riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost. .

E' condivisibile dunque che le eccezioni a quella che, in forza del dettato dell'art. 24 Cost., del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del principio di atipicità del diritto alla azione dovrebbe considerarsi la regola generale, ovvero la tutela specifica, potrebbero ammettersi solo a condizione che non si ledano i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.³⁰ .

Quello che però non convince è l'attitudine a configurare – quasi aprioristicamente – la tutela risarcitoria come tutela non effettiva, non soddisfattiva.

Soccorre, ancora una volta, quanto disse L. Mengoni nel citato convegno del 1989³¹: “non si deve esagerare in questa valutazione negativa della potenzialità di tutela del risarcimento dei danni... Un uso energico della sanzione del risarcimento da parte della giurisprudenza non solo avrebbe una indubbia efficacia risarcitoria, ma soprattutto svolgerebbe una funzione deterrente”. Con riferimento ai danni non patrimoniali, in verità, la tutela risarcitoria può assumere la funzione strumento idoneo a integrare il concetto di effettività in tutti i casi in cui l'immaterialità del danno non consenta infatti il ripristino della situazione precedente alla lesione. Più precisamente, con riferimento ai casi in cui si è ormai compiuta ed esaurita la violazione dei diritti della persona, è condivisibile l'approccio teso a valorizzare la tutela risarcitoria: in questo contesto si è inevitabilmente portati ad adottare un nuovo concetto di effettività. L'effettività, in tal caso, non consiste solo ed unicamente nel ripristino dello status quo ante, ma più in generale dovrebbe essere intesa come attitudine della tutela a soddisfare pienamente l'interesse derivante dalla *lesione del diritto soggettivo, consistente nella rimozione delle effetti dannosi della lesione medesima*. Ed in queste ultime ipotesi di violazione di diritti della persona, la natura del danno non patrimoniale, fa sì che la tutela risarcitoria possa valutarsi come tutela idonea a soddisfare il bisogno dedotto in giudizio: appunto la rimozione degli effetti stessi della violazione.

La tutela risarcitoria, pertanto (e con riferimento ai danni non patrimoniali), dev'essere riabilitata: sia perché sul piano processuale dà piena soddisfazione al bisogno di tutela dedotto in giudizio, sia perché sul piano sostanziale induce il potenziale trasgressore al rispetto dell'altrui diritto e/o interesse protetto.

Questo non significa, ovviamente, che la tutela in esame in tema di diritti della persona sia l'unica forma di tutela effettiva.

A ben vedere la massima effettività la si può ottenere solo mediante la combinazione tra tecniche di tutela risarcitoria e tecniche di tutela specifica inibitoria.

Infatti, nelle ipotesi di violazione dei diritti di tal fatta nei rapporti di durata come il rapporto di lavoro, l'interesse da tutelare non è solo il risarcimento dei danni, ma prima di tutto *la cessazione del comportamento illegittimo*³².

³⁰ Tesi questa sostenuta da Proto Pisani, Note sulla tutela civile dei diritti, cit., 42; sul tema in oltre anche Carlassare (A cura di), Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali. Cedam, Padova, 1988; AA. VV., Nuove dimensioni nei diritti di libertà (scritti in onore di Paolo Barile), Cedam, Padova, 1990; Caretti P., i diritti fondamentali, libertà e diritti sociali, Giappichelli, Torino, 2002; sempre Proto Pisani, in termini analoghi, L'attuazione dei provvedimenti di condanna, in For. It., V, 1988, 177, nonché in La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela, in For. It., 1990, V, 1.

³¹ L. Mengoni, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 122.

³² Sulla valorizzazione della tutela inibitoria, tra i tanti, si segnalano V. Pietrobon, illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento, 1998, 115 ss., 129 ss., il quale evidenzia peraltro la necessità di munire il rimedio di un fondamento normativo onde consentirne la generale esperibilità; in questa prospettiva anche F. Petrolati, Inibitoria e illecito dcivile di pericolo, in Arch. Civ., 1996, 435 ; M. Zuccolini, L'azione inibitoria come strumento di tutela di interessi diffusi, in Giur. Merito, 1983, 1057; sul rifiuto generale di considerare l' inibitoria come sanzione generale dell'illecito civile, L. Montesano, Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1995, 776 ss, E. Grasso, Una tutela giurisdizionale per l'ambiente, in Riv. Dir. e proc. civ., 1987, 525; sulla esperibilità di tale tutela come rimedio generale a garanzia della effettività della tutela giurisdizionale civile, Rapisarda C., Profili della tutela civile inibitoria, Padova, 1987, 185 ss., C. Verardi e M. Ferro, Distorsioni di mercato,

Ebbene, l'ordine impartito dalla pronuncia inibitoria (fino alla recente riforma del codice di rito), quando contemplava prestazioni infungibili, si rivelava essere un rimedio incoercibile, per cui – in tal caso – la tutela risarcitoria assumeva una mera valenza sostitutiva e non pienamente soddisfattiva³³.

E' qui che il sistema delle tutele entrava in crisi.

L'obbligo del debitore di procedere all'esecuzione di una prestazione infungibile era dunque tutelabile mediante una domanda di accertamento del diritto (tutela di accertamento), di condanna all'adempimento dell'obbligo (tutela di condanna), di condanna alla cessazione del comportamento vietato (tutela inibitoria), di condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale patito (tutela risarcitoria).

Però solo la tutela risarcitoria – che reagisce ad un evento già avvenuto – assicurava l'effettiva soddisfazione della domanda di giustizia proposta dal titolare del diritto violato; le altre tutele – tutte ammissibili nel processo di cognizione – si scontravano con il limite dell'infungibilità, con la garanzia della libertà personale del debitore, con il principio *nemo ad facum cogi potest*³⁴.

Prima di esporre – in questa sede solo in modo schematico – quali siano le soluzioni prospettate a questo problema, per chiudere il discorso sulle forme di tutela generali attivabili con il processo occorre trattare brevemente della tutela costitutiva.

Questa forma di tutela è finalizzata all'ottenimento di una pronuncia giudiziale volta a realizzare gli effetti giuridici collegati ad una situazione sostanziale tutelata da una data previsione normativa, allorché ciò non sia avvenuto a causa del rifiuto della controparte di riconoscere e rispettare tali effetti. L'interesse protetto è dunque quello di ottenere in via coattiva il bene (nel caso dell'art. 2932 c.c. la dichiarazione negoziale di volontà) che non si è riusciti ad ottenere in via di adempimento spontaneo: interesse che questa forma di tutela consente di soddisfare pienamente.

La tutela costitutiva pertanto si connota come cognitiva ed esecutiva nello stesso tempo³⁵: essa accerta la sussistenza di una pretesa giuridicamente rilevante e ne dà attuazione coattiva tramite il giudice della cognizione.

Fin qui questa forma di tutela non può che considerarsi rispettosa del principio dell'effettività dei rimedi. Però, anche in questo caso, i problemi nascono quando a seguito della pronuncia costitutiva sorga in capo al soccombente l'obbligo di porre in essere prestazioni infungibili: ad es. l'attuazione coattiva dell'obbligo di assunzione del disabile obbligatoriamente avviato dai servizi per l'impiego competenti (sempre che e nella misura in cui si possa ritenere ammissibile il ricorso all'art. 2932 c.c.).

Qui, ancora una volta, si ripropongono i suesposti problemi di ineffettività della tutela derivante dal limite, insito nel contesto del processo di esecuzione, della infungibilità.

Orbene, le soluzioni prospettate *de iure condito* e *de iure condendo* per superare questa impasse sono state numerose e frutto di elaborazioni sofisticate, tutte in ogni caso tributarie delle problematiche e delle questioni sollevate dal diritto del lavoro³⁶. L'art. 18 senza dubbio ha avuto il ruolo, per così dire, di forza motrice.

Innanzitutto non può non ricordarsi la dottrina che ha visto nell'art. 388 (commi 1 e 2) c.p. una “norma disciplinatrice un sistema generale di misure coercitive, diretta a garantire l'attuazione

pubblicità ingannevole, concorrenza sleale: tecniche di tutela dell'interesse collettivo del consumatore all'informazione non decettiva, in Riv. Trim. dir e proc. civ., 1986, 274.

³³ In termini analoghi, Vitaletti M., Danno non patrimoniale e tecniche di tutela del lavoratore, in Lav. Gir. 2006, 12, 1184.

³⁴ In materia di funzioni del risarcimento, Franzoni M., La liquidazione del danno alla persona, in Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia, diretto da Galgano, Padova, 1990, 274; M. Franzoni, Fatti illeciti, in Commentario del codice civile Scaloja -Branca, Bologna, 2004, 681; S. Rodotà, Modelli e funzioni della responsabilità civile, in Riv. Civ. Dir. Priv., 1984, 597; C. Salvi, La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato, Milano, 2005, 303

³⁵ Proto Pisani, Note..., cit., 44.

³⁶ Di seguito se ne darà un veloce riepilogo, posto che la loro specifica analisi sarà svolta nel proseguo della trattazione con specifico riferimento agli istituti lavoristici.

dei provvedimenti di condanna anche (e soprattutto) ove essi siano relativi ad obblighi di fare o di non fare infungibili”³⁷. La tesi in esame, più precisamente proponeva de iure condendo l’introduzione di un sistema atipico di misure coercitive, sistema che peraltro considerava già vigente nell’ordinamento nella forma – dichiaratamente ritenuta insoddisfacente³⁸ – dell’art. 388 c.p. .

La norma in esame, in ultima istanza, era posta a presidio ultimo della effettività della pronuncia giudiziale non esecutivamente fungibile, quale rimedio ultimo e – allo stesso tempo irrinunciabile ai fini del rispetto dell’art. 24 Cost. – per garantire effettività al sistema delle tutele.

La tesi è stata fatta oggetto di forti critiche³⁹ e per lo più è sempre stata “trattata” con la massima cautela per evitare la generalizzazione della sanzione penale quando si sia davanti ad attività personalissime del debitore e al fine di non vulnerare valori costituzionalmente protetti. Di qui l’assunto che prima di giustificare l’applicazione della norma penale occorra appurare che l’utilizzazione di tutti i rimedi civilistici non sia in grado di realizzare il risultato comandato dalla sentenza di condanna⁴⁰.

La portata compulsoria della fattispecie incriminatrice, peraltro è fortemente diminuita dal fatto che – visto l’orientamento giurisprudenziale prevalente, soprattutto in materia del diritto del lavoro⁴¹ – la sua integrazione non si verifica solo e semplicemente con la mera inottemperanza all’ordine giurisdizionale, ma richiede “atti simulati o fraudolenti” (primo comma) e un contegno elusivo (secondo comma).

Dalla elaborazione della dottrina appena succintamente esposta, in ogni caso, si trae un valore di fondo: l’importanza delle misure di coercizione indiretta, di strumenti di tutela, cioè, che agiscano sulla volontà dell’obbligato prospettandogli, quale alternativa all’ottemperanza, conseguenze gravemente pregiudizievoli di diversa natura ma sicuramente non identificabili in un mero risarcimento del danno da inottemperanza .

Su questa linea la dottrina si è mossa con approccio comparativo, andando ad esplorare le esperienze di altri ordinamenti: soprattutto quello francese, con l’istituto delle *astreintes*, quello tedesco con l’istituto del *geldstrafe* e quello dei sistemi di common law con gli strumenti della *specific performance* e del *contempt of court* .

Tutti questi strumenti hanno in comune il rispetto del principio *nemo ad factum cogi potest* e perseguono una finalità di tutela specifica, poiché non mirano al risarcimento del danno derivante dall’inadempimento, ma tendono a stimolare l’adempimento stesso.

Le *astreintes*, nate ed elaborate dal diritto e dalla giurisprudenza francese, consistono in una sanzione pecuniaria irrogabile in ragione di un tanto per giorno o altra unità di tempo, applicata dal

³⁷ Le parole sono quelle di Proto Pisani, *I Provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Appun ti sulla giustizia civile, Bari, 1982, 416-417; su questa tesi più ampiamente dello stesso A., *L’attuazione dei provvedimenti di condanna, in Processo.. cit.*, pag. 50 ss.

³⁸ Proto Pisani, op ult. cit.: “nessun amore verso l’art. 388 c.p. ma solo consapevole zza che esso costituisce l’unica possibilità offerta dal nostro ordinamento per non lasciare sguarniti di tutela effettiva una serie nutrita di diritti riguardo ai quali pure il legislatore ha esplicitamente disposto che il giudice debba ordinare l’adempimento di obblighi o obbligazioni non suscettibili di essere attuati attraverso la tecnica surrogatoria della esecuzione forzata”.

³⁹ Per tutti, Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano 1980, in particolare pagg. 36 ss. e 223 ss.; dello stesso A., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo ... cit.*, pagg. 183 ss.; *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, da *Lo Statuto dei lavoratori: vent’anni dopo*, in *QDLRI*, 1989b, 53; analogamente a Chiarloni è anche Mazzamuto, *L’Esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, 297. .

⁴⁰ Sulla sussidiarietà della sanzione penale, Fiandaca – Musco, *Diritto Penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1999, 29 ss.; Fiandaca, *intervento*, in *Processo .. cit.*, pag. 1279; Padovani, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice a cura del CRS*, Angeli, Milano, 1987, 92 ss.

⁴¹ Cass. Pen. Sez. I, 30/11/2004, n. 2603, in *Riv. Pen.*, 2006, 1, 117 e *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 12, 985; Trib. Agrigento, 29/03/2004, in *Riv. Pen.*, 2004, 864, con nota di Belfiore; Trib. Ascoli Piceno 14/03/2003, in *Riv. Lav. Marche*, 2003, 314; contra Pret. Catanzaro 19/03/1999, *Riv. Giur. Lav.* 2000, II, 215, con nota di Gargiulo.

giudice per costringere colui che vi è tenuto a dare esecuzione ad una prestazione non altrimenti fungibile, risultante da una sentenza di condanna⁴².

L'istituto è stato consacrato, dopo una meritevole opera di elaborazione giurisprudenziale, nella legge 72/626 del 1972 ed è stato poi ampliato con la legge 80/539 del 1980 che lo ha esteso anche alla giustizia amministrativa.

La sua funzione è quella di "realizzare il diritto e non limitarsi a dirlo"⁴³.

Esso deve tenersi ben distinto dalla tutela risarcitoria, anche se – soprattutto nella prima metà del secolo scorso – spesso è stato applicato in stretta connessione con il diritto al risarcimento del danno, nel senso di contenere la misura della sanzione pecuniaria entro il limite dell'entità del danno risarcibile.

Siffatta separazione, se da un lato ha comportato l'esperibilità di questo rimedio non alternativamente ma anche cumulativamente con quello risarcitorio, dall'altro ha fomentato dubbi di equità ed equilibrio nel bilanciamento degli interessi in gioco laddove consenta al creditore un lucro ulteriore, un arricchimento ritraibile dal danno.

Parte della dottrina italiana⁴⁴ ha inoltre preso posizione contro atteggiamenti eccessivi, sia a favore di una generale ed indiscriminata introduzione delle astreintes nel nostro ordinamento, sia contro tale prospettiva, accogliendo una posizione più moderata per la quale detta figura sarebbe auspicabile a fronte di pericoli – specie in caso di prestazioni di fare infungibili – fonte di lesioni non più neutralizzabili.

Dando uno sguardo all'ordinamento italiano sono senz'altro riconducibili (o quanto meno assimilabili) alla struttura dell'astrenite i rimedi previsti dall'art. 66, comma 2, della legge sui marchi, ai del quale il giudice nella stessa sentenza dichiarativa della lesione del marchio possa applicare una sanzione pecuniaria per ogni successivamente accertata violazione e per il ritardo nell'ottemperare all'ordine contenuto nella sentenza stessa; analogamente dispone l'art. 86 comma I della legge sui brevetti industriali. Doveroso, peraltro, è evidenziare i dubbi giurisprudenziali sulla natura risarcitoria o coercitiva della misura de qua⁴⁵.

Anche l'art. 18, comma 4, Statuto dei lavoratori è stato ricondotto a questa tecnica di tutela⁴⁶

In ogni caso nel nostro ordinamento allo stato non si intravede alcun fondamento normativo a favore della applicabilità generale di questa forma di tutela: essa o è tipicizzata o non è concessa, *tertium non datur*, con tutti i ritorni problematici di ineffettività di cui sopra si è discusso.

Il modello tedesco cui si è fatto riferimento è quello del Geldstrafe, codificato nei paragrafi 888 e 889 del Z.P.O. (il codice di procedura). Il sistema prevede che in caso di violazione di un obbligo infungibile, l'obbligato (come per le astreintes) possa essere condannato al pagamento di una somma di denaro e (a differenza delle astreintes) che tale somma debba essere corrisposta allo Stato; in ultima istanza (questa è la più evidente differenza con le astreintes) il debitore potrà essere addirittura arrestato.

⁴² In questi termini A. Frignani, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi e tecniche recenti e prospettive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovenne, Napoli, 1989, 359 ss; fondamentali in materia di misure coercitive indirette e soprattutto in materia di astreintes sono gli scritti di Frignani, *Le Penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, Riv. Giur. Civ., 1981, I, 506; S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, specie pagg. 12 ss.; A. Dondi, *L'astreinte endoproceduale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, specie 524 ss.; F. D. Busnelli, *Verso una riscoperta delle "pene private" ?*, in Resp. civ. e prev., 1984; A. Proto Pisani, oltre che nelle opere supra annotate, anche in *Appunti sulla tutela di condanna*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1978, II, p. 1165; A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in Foro it., 1989, V, 132 ss; Cendon P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Processo.. cit.*, pagg. 293 ss. .

⁴³ A. Frignani, *Il mondo.., cit.*, 360.

⁴⁴ Soprattutto P. Cendon, *op. ult. cit.* .

⁴⁵ Trib. Roma, 28 settembre 1983, in Giur. dir. ind., 1983, 737; Trib. Milano, 18 maggio 1978, in Giur. dir. ind., 1978, 376 ss. : pronunce tutte a favore della natura di misura coercitiva indiretta. Trib. Vicenza, 8 ottobre 1990, in Giur. dir. ind., 1991, 289; App. Bologna, 21 gennaio 1986, in Giur. dir. ind., 1986, 343; App. Firenze, 25 ottobre 1979, in Giur. dir. ind., 1981, 203: pronunce a favore della ricostruzione in termini di natura risarcitoria.

⁴⁶ Tra gli altri, A. Frignani, *op. cit.*, p. 518 ss.; Pret. Milano, 3 marzo 1971, in Mass. giur. lav., 1971, 176 .

Tale misura coercitiva, come è evidente, supera le obiezioni mosse alle astreintes relativamente alla possibilità di ritrarre un lucro dall'inadempimento; si connota poi per una matrice chiaramente pubblicistica, in ragione sia del versamento della sanzione allo Stato e sia della rilevanza anche penale dell'inottemperanza.

E' stato assimilato a questa misura il rimedio contemplato dall'ultimo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori⁴⁷: in caso di inottemperanza all'ordine di reintegrazione del rappresentante sindacale, è previsto che il datore di lavoro paghi per ogni giorno di ritardo una somma pari alla retribuzione, di cui il lavoratore è creditore, al favore del Fondo di adeguamento delle pensioni.

La somma costituisce una sanzione destinata alla P.A., non al lavoratore, il quale da un lato non lucra sull'inottemperanza, dall'altro vede compulsata la volontà del proprio datore di lavoro alla riadibizione al lavoro.

Anche per questa misura non è possibile una estensione generalizzata.

Infine il terzo rimedio coercitivo indiretto è costituito dai modelli della *specific performance* e del *contempt of court*, propri dei sistemi giuridici di Common Law.

Tali strumenti, sostanzialmente, puniscono mediante sanzione penale (per lo più multa) il mancato rispetto di un provvedimento di condanna ad una prestazione infungibile e non altrimenti coercibile⁴⁸.

Assimilabile ad essi è il rimedio previsto dall'art. 28, comma 4, dello Statuto dei Lavoratori, che applica la sanzione di cui all'art. 650 c.p. al datore di lavoro inottemperante all'ordine di cessazione della condotta antisindacale.

L'esame comparativo di queste figure con l'ordinamento italiano è stato svolto soprattutto da quella dottrina⁴⁹ che si è concentrata sulla valorizzazione dell'art. 388 c.p. quale norma "di chiusura" di un sistema di misure coercitive indirette nel nostro ordinamento positivo. Già si è esposto quali siano state le reazioni a tale indirizzo; qui è sufficiente ribadire che in giurisprudenza la posizione dominante è sempre stata quella di non ritenere punibile la mera inottemperanza all'ordine giudiziale.

In definitiva, dunque, fino alla recente novella del codice di procedura civile, non era possibile affermare che il nostro diritto positivo conoscesse un sistema atipico e generalizzato di misure coercitive indirette.

In tutti i casi in cui, pertanto, cui queste non fossero esperibili (perché non tipizzate), l'infungibilità diventava insuperabile se non attraverso la cooperazione dell'obbligato.

I problemi finora esaminati in punto di incoercibilità delle prestazioni infungibili, peraltro, oggi paiono essere stati superati grazie all'introduzione nel codice di rito dell'art. 614 bis da parte della sopra indicata Legge 18 giugno 2009, n. 69 . Ai sensi di detta disposizione "*Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.*

Con l'avvertimento che è senz'altro presto per esprimere un compiuto commento sugli esiti di questa importante novità nel regime delle tutele di tipo esecutivo, può senz'altro affermarsi che con tale disposizione il legislatore pare avere accolto e trasfuso in legge la corposa elaborazione dottrinale (primo fra tutti Proto Pisani) che proprio in tema di prestazioni infungibili aveva ravvisato

⁴⁷ A. Proto Pisani, Appunti sulla tutela di condanna, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1978, II, 1168.

⁴⁸ Vedasi A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, III, Milano, 1993, p. 265 ss.; A. Proto Pisani, op. cit, p. 1169 ss.

⁴⁹ Per tutti Proto Pisani, vedi supra.

l'urgenza di introdurre nel nostro ordinamento un regime generale e atipico di misure coercitive indirette.

Se questo è vero però è altrettanto vero che – inspiegabilmente – da questa novità è stato tagliato fuori proprio il diritto del lavoro, per cui in questa materia nulla cambierà rispetto al passato, con il conseguente riproporsi degli stessi difetti in punto di effettività delle tutele .

Si tratta a questo punto di verificare se ed in quale grado il sistema delle tutele e dei rimedi a presidio dei diritti del lavoratore possa dirsi rispettoso del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost.

2. Posizione, interessi e libertà delle parti nel rapporto di lavoro

Nell'accingersi a trattare del tema della effettività delle tutele del lavoro è indispensabile partire da una premessa di fondo: la centralità della persona del lavoratore rispetto al lavoratore quale mero contraente⁵⁰.

All'interno del rapporto di lavoro è strutturalmente presente una doppia dinamica nella posizione del lavoratore: questi non è soltanto il debitore della prestazione di lavoro e creditore della controprestazione pecuniaria per l'opera resa, ma è soprattutto persona soggetta all'altrui potere organizzativo e direttivo.

Il vincolo della subordinazione, per gli effetti conseguenti dagli articoli 2094 e 2104 c.c., lo pone in una posizione giuridica di soggezione al dovere di conformare l'adempimento del suo obbligo alla volontà del datore di lavoro.

L'esclusiva disponibilità dei mezzi produttivi in capo al datore di lavoro, inoltre, non può che influire direttamente anche sulla sua sfera personale, emergendo così l'interesse a che l'organizzazione produttiva sia costituita e mantenuta dal datore di lavoro (sia per ciò che attiene ai mezzi materiali e sia per ciò che riguarda la gestione delle prestazioni lavorative degli altri lavoratori) in modo da assicurare il pieno rispetto della sua "integrità fisica" e "personalità morale" (art. 2087 cc.c.).

Da questa doppia valenza della posizione del lavoratore deriva l'impossibilità di accedere ad una ricostruzione del rapporto di lavoro secondo la mera dinamica di scambio del diritto comune del contratti.

Ne emerge una tensione associativa e dissociativa allo stesso tempo tra diritto civile e diritto del lavoro.

Ancora una volta⁵¹ pare davvero utile ricordare le parole del Prof. L. Mengoni: *“la rottura col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari. In conclusione il diritto del lavoro si staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile”*⁵².

Il contratto sta dunque alla base del rapporto di lavoro, ne costituisce il titolo costitutivo che conferisce obblighi giuridicamente vincolanti e distribuisce tra le parti diritti giuridicamente tutelati, ma al contempo il rapporto di lavoro contiene un elemento che lo porta al di là del contratto e che lo

⁵⁰ Vedi M. Grandi, Persona e contratto di lavoro. Riflessi storici-critici sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro, in Arg. dir. lav., 1999.

⁵¹ Ciò analogamente all'incipit di M. Napoli, in La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 2004, 50.

⁵² L. Mengoni, L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, in DLRI, 1990, 6, 5.

allontana dalla libertà contrattuale propriamente intesa: “il vincolo di subordinazione e l’assoggettamento ad altri per poter lavorare ed acquisire la fonte del proprio sostentamento”⁵³.

Questa premessa è essenziale perché consente di cogliere che gli interessi principalmente protetti dal diritto del lavoro non sono unicamente tesi a salvaguardare l’adempimento della tipica controprestazione contrattuale⁵⁴, come si ricava invece dall’insieme dei rimedi di tipo civilistico, ma vertono sulla persona, sulla sua dignità morale e professionale, sulla tutela della sua salute, il tutto nel contesto di un assetto di valori costituzionali (artt. 1, 2, 4, 35 Cost.) che vede nel lavoro non solo il mezzo per la realizzazione dell’uomo, ma anche l’indispensabile strumento per contribuire alla crescita della collettività.

L’esecuzione della prestazione di lavoro, peraltro, lungi dal costituire solo adempimento di un’obbligazione, è strumento di estrinsecazione di alcune libertà fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero nel luogo di lavoro, la libertà di costituzione e adesione ad associazioni sindacali, di svolgimento di attività sindacali, tutte garantite e protette dallo Statuto dei Lavoratori.

Tutto ciò premesso, diventa doveroso riconoscere la prevalenza del diritto del lavoro sul diritto civile, e del diritto sostanziale su quello processuale⁵⁵.

Accogliendo questa prospettiva metodologica si è tenuti – si ripete, per doverosa osservanza della scala dei valori costituzionali – a valutare le tutele ed i rimedi apprestati dall’apparato normativo processuale in ottica strumentale rispetto al diritto sostanziale del lavoro⁵⁶.

Questo nesso strumentale, a sua volta, deve essere vagliato usando come misura della effettività la persona del lavoratore, non il lavoratore quale mero soggetto titolare di un credito ad una controprestazione.

Ciò detto, non è il rapporto tra dare e avere che conta, ma al cuore dell’ordinamento lavoristico si colloca la figura del vincolo all’esercizio del potere datoriale e non solo quella dell’obbligo ad eseguire una specifica attività.

Il fondamento di moltissimi rimedi alla violazione dei diritti del lavoratore come persona soggetta all’altrui potere è proprio quello del rispetto di questi vincoli, il rispetto cioè dei limiti previsti dal legislatore all’esercizio del potere di organizzazione e direzione del datore di lavoro⁵⁷.

In quest’ottica, specie nell’area della c.d. amministrazione del rapporto di lavoro, il rispetto di questi vincoli concreta l’oggetto della pretesa del lavoratore come persona, prima ancora che come mero contraente⁵⁸.

Così il datore di lavoro non può trasferire quando vuole il lavoratore, ma solo quanto sussistano “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive” (art. 2103 c.c.); non può recedere dal contratto di lavoro quando vuole, ma solo nel rispetto dei presupposti di legittimità previsti dalla legislazione in materia di licenziamenti (2119 c.c.; Legge 604/1966; Legge 223/1991); non può organizzare la distribuzione delle mansioni sulla base di criteri di differenziazione che la legge elegge e tipicizza come discriminazione illecita.

⁵³ Così C. Zoli, Subordinazione e poteri dell’imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere, in *Lav. dir.*, 1997, 242

⁵⁴ E la valutazione degli interessi protetti è momento essenziale ed ineliminabile per la ricostruzione del dato normativo. Vedi in proposito Ghera E., *Le Sanzioni Civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, 310.

⁵⁵ Così anche M. Napoli, *La tutela dei diritti*, cit., 31.

⁵⁶ Sulla strumentalità del processo, per tutti, Proto Pisani, *L’influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile*, in *DRLI*, 1990, 23.

⁵⁷ Ovviamente qui si tiene distinta la categoria dei “rimedi” da quella delle garanzie di tipo sostanziale ricollegabili alla inderogabilità delle norme e alla indisponibilità dei diritti.

⁵⁸ Vedi soprattutto E. Ghera, *Esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovenne, Napoli, 1989, 1113, il quale scrive: “di fungibilità e infungibilità dell’adempimento degli obblighi relativi ai poteri aziendali si parla in un senso diverso da quello usuale, in cui si ha riguardo alla attività del debitore rivolta alla prestazione del risultato programmato dal creditore [...]. Viceversa l’adempimento ai vincoli imposti al potere organizzativo dell’imprenditore [...] non è finalizzato alla esecuzione di prestazioni [...] ma a controllare l’esercizio di poteri di supremazia esclusivi del loro titolare [in particolare, dell’imprenditore nel contratto di lavoro: cfr. art. 2094 c.c.]”.

Come si vede, in tutti questi casi (ovviamente l'elencazione non è esaustiva) non si configurano obblighi di eseguire una specifica attività, ma esercizi di poteri nel rispetto di precisi vincoli.

In quest'ottica, l'effettività deve essere correlata alla soddisfazione specifica proprio dell'interesse protetto dal vincolo. Pertanto diventa momento essenziale nello studio della effettività del rimedio la ricognizione del bisogno di protezione sotteso al limite ex lege all'esercizio del potere datoriale. Ad es. se l'atto di esercizio del potere imprenditoriale si è concretato nella mancata assunzione per ragioni di affiliazione sindacale o per ragioni di sesso, l'interesse protetto dal vincolo non è tanto l'ottenimento del posto di lavoro, ma che il datore di lavoro ponga in essere la valutazione della convenienza della assunzione secondo criteri leciti e non discriminatori.

Se l'atto di esercizio, invece, si è concretato in un licenziamento illegittimo, l'interesse del lavoratore protetto è il mantenimento del posto di lavoro.

In entrambi i casi, però, si assiste ad un regime di infungibilità della prestazione dovuta, ossia all'impossibilità di portare ad esecuzione la prestazione stessa mediante l'intervento surrogatorio di un terzo (commissario ad acta o ufficiale giudiziario).

Ciò è conseguenza della garanzia di libertà e autonomia del datore di lavoro, il quale ex art. 41 Cost. non potrebbe essere espropriato del proprio potere organizzativo e direttivo, in ossequio al principio *nemo ad factum cogi potest*.

Il lavoratore non potrà dunque contare, in queste evenienze, della tutela specifica esecutiva mediante coercizione diretta ex art. 612 c.p.c. .

Orbene, senza voler anticipare troppo l'esposizione della strumentazione rimediabile apprestata dal diritto del lavoro, quanto sopra è stato esposto per evidenziare sin da subito le posizioni, gli interessi e le libertà delle parti nel rapporto di lavoro.

Da un lato, dunque, il lavoratore non ha l'interesse (rectius, il diritto) solo e semplicemente al pagamento della retribuzione, ma anche e soprattutto ad essere rispettato nella sua dimensione personale attraverso il rispetto dei vincoli che la legge detta all'esercizio del potere imprenditoriale di organizzazione e direzione dell'impresa.

Dall'altro il datore di lavoro non ha solo l'interesse (rectius, il diritto) ad ottenere una prestazione diligente e rispettosa dei suoi ordini e direttive, ma è anche titolare della pretesa costituzionalmente protetta a non essere privato del suo potere di organizzare e dirigere la propria impresa.

Ciò precisato, l'opzione metodologica della necessaria prevalenza del diritto sostanziale del lavoro rispetto al diritto civile e processuale porta a non ritenere che mezzi di tutela dei diritti ed interessi del lavoratore siano ritraibili dalla sola funzione giurisdizionale, ma vadano ricercati anche – e soprattutto – sul piano sostanziale/stragiudiziale.

Ciò significa che l'effettività dovrebbe essere esaminata sulla base di tutti gli strumenti – non solo processuali - che l'ordinamento prevede per garantire la piena soddisfazione dell'interesse protetto, per assicurare insomma una tutela specifica.

In questa prospettiva oggi si assiste all'incedere sempre più spedito di una nuova articolazione del diritto del lavoro, che – secondo chi scrive – è da prendersi in massima considerazione trattando di effettività di tutele: la disciplina della funzione ispettiva.

Ritengo che l'apparato sanzionatorio e procedimentale correlato agli illeciti amministrativi in materia di lavoro, che ha sempre accompagnato le principali riforme in materia di lavoro, possa oggi svolgere un nuovo e decisivo ruolo.

Così, ad es., per il tramite di un nuovo istituto, l'art. 11 del D. Lgs. 124/2004 (la c.d. conciliazione monocratica) può espletarsi una efficacissima funzione compulsoria, una funzione dunque di misura coercitiva indiretta, portata dalla minaccia dell'instaurazione del procedimento ispettivo⁵⁹.

⁵⁹ Questi profili sarà tratta infra. Per ora basti considerare che la procedura in esame è per legge confinata solo ai casi in cui rilevino diritti di natura patrimoniale del lavoratore, ciò che espunge dalla operatività della norma tutti i casi in cui la prestazione dovuta consista in un *facere* o in un *facere infungibile*.

Giova, infine, precisare ancora una volta che i rimedi ai quali si fa riferimento sono quelli che succedono ad una violazione o già esauritasi o perdurante o incombente.

Tali rimedi hanno quindi lo scopo immediato di soddisfare l'interesse protetto ripristinando in senso conforme al dettato normativo la situazione antecedente alla violazione e uno scopo solo mediato di evitare la violazione di quell'interesse.

Se la prima funzione rileva sul piano del caso specifico, la seconda rileva nell'economia del sistema generale del diritto del lavoro, perché consente a quest'ultimo di perseguire concretamente gli obiettivi che esso si prefigge⁶⁰.

3. La tutela sostanziale e quella processuale; la tutela cognitiva e quella esecutiva. La misura della effettività con riguardo alle tutele del lavoro

Prima di addentrarci più nel dettaglio nella trattazione (innanzitutto) generale delle tecniche di tutela predisposte dal diritto del lavoro, ritengo opportuno – sempre perché chi legge possa agevolmente scorrere quale sia la metodologia applicata – ribadire due aspetti che ritengo fondamentali in materia.

Sul primo, ovvero sulla esistenza di rimedi di tipo sostanziale e di rimedi di tipo processuale, si è appena detto.

Qui è sufficiente sottolineare che la tutela specifica è un risultato perseguibile non solo sul piano processuale ma anche su quello sostanziale (ad es. mediante sanzioni amministrative).

Il secondo, invece, merita qualche considerazione più approfondita.

Il processo civile (e così quello del lavoro) realizza diversamente i bisogni di protezione espressi mediante l'esperimento della azione giudiziale, a seconda che ad essere esercitata sia l'azione introduttiva del giudizio di cognizione o l'azione esecutiva⁶¹.

Con la prima l'attore/ricorrente agisce in giudizio al fine, innanzitutto, di munirsi di una sentenza o altro provvedimento che accerti la lesione subita e per l'effetto accordi al titolare del diritto violato la dovuta tutela.

La tutela cognitiva, come visto, può consistere non solo nell'accertamento di un diritto, ma anche nella condanna all'esatto adempimento (oltre che nella condanna al risarcimento), nella emanazione di una pronuncia costituiva e invalidante di un atto illegittimo o ancora nella inibizione alla prosecuzione di un determinato comportamento illecito.

Nel processo di cognizione, dunque, si esprime quella centralità del diritto all'esatto adempimento e per l'effetto della tutela specifica, che Salvatore Mazzamuto, anche di recente, ha

⁶⁰ Ciò in ogni caso non significa che dev'essere sottovalutata l'importanza delle misure promozionali contemplate dalla normativa lavoristica sostanziale, previdenziale e assistenziale, nonché fiscale. Anzi dette misure, a ben vedere, risolvono alla radice il problema stesso dell'effettività del rimedio, poiché intervengono direttamente per assicurare l'effettività al diritto soggettivo protetto, in funzione preventiva della lesione. Sul tema vedi A. Garilli, *Evoluzione del diritto del lavoro e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche* .. cit., 1170 ss.; Anche E. Ghera, *L. e sanzioni civili* .. cit., 44;

⁶¹ Sulla distinzione tra fase cognitiva ed esecutiva e sulla correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione, vedi Proto Pisani, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, *Processo*., cit., 47 ss.; A. Di Majo, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. Crit. Dir. Civ.*, 1989, 371; Attardi A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 100 ss.; Montesano L., *Condanna civile e tutela giudiziaria*, Napoli, 1965; da ultimo Pagni Ilaria, *Tutela specifica*.. cit., Milano, 2004, 15 ss. : “il creditore ha innanzitutto diritto all'attuazione in forma specifica dell'obbligazione, per tale specifico effetto potrà adire il giudice della cognizione, dopo che si sia verificata la lesione [...] . Che poi nelle norme del codice civile del '42 vi fosse una lacuna, comunemente lamentata, circa i mezzi attraverso cui la sentenza contenente l'affermazione dell'esistenza dell'obbligo e la condanna all'adempimento avrebbe dovuto essere portata ad esecuzione, è un dato pacifico, tanto da essere riconosciuto anche dalla Relazione al Re: ma è una lacuna che – si ripete – avrebbe dovuto essere colmata dalle nuove disposizioni del codice di procedura civile, senza che le difficoltà in sede esecutiva fossero avvertite in alcun modo come un ostacolo a riconoscere in capo al creditore il diritto ad agire per l'attuazione della prestazione inadempita” (pagg. 25 -26).

ritenuto essere la matrice che contraddistingue l'odierna fase di sviluppo del nostro diritto positivo nell'ambito di un sistema economico connotato dall'idea di un mercato regolato⁶².

Centralità, peraltro, già magistralmente esposta anche da L. Mengoni⁶³ volgendo l'attenzione sul combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. .

Parimenti, in forza del principio di atipicità della azione, ove il dettato normativo non contempra tipicamente per la singola fattispecie un rimedio volto alla tutela specifica del diritto leso, sarà doveroso ricorrere agli strumenti generali di tutela previsti dall'ordinamento giuridico per ottenere lo stesso risultato.

In questo senso il principio di atipicità della azione comporta che “al contrario di quello che solitamente si crede, che la previsione espressa è necessaria per mettere fuori gioco una determinata forma di tutela e non per consentirla”⁶⁴.

In tale stregua, e con specifico riferimento all'ordinamento lavoristico, non sarebbero accettabili tutte quelle letture del dettato positivo che argomentano dalla mancanza di una apposita previsione della tutela specifica e dal principio *ubi lex voluit dixit* la necessaria volontà della legge di contenere la tutela al solo rimedio del risarcimento del danno per equivalente (come spesso e soprattutto in giurisprudenza è avvenuto in materia di violazione dell'obbligo di adozione delle doverose misure di sicurezza ex art. 2087 c.c.; di violazione dell'obbligo di adibizione del lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle equivalenti e al trasferimento del lavoratore in mancanza delle comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive, ex art. 2103 c.c.⁶⁵

La tutela esecutiva strutturalmente, interviene in caso di mancata osservanza dell'ordine del giudice della cognizione da parte dell'obbligato, e potrà tradursi in rimedi effettivi, ovvero concretamente soddisfattivi dell'interesse protetto solo se abbia ad oggetto prestazioni di dare, di fare o di non fare fungibili, ovvero realizzabili coattivamente, anche senza l'attività dell'obbligato, mediante l'intervento surrogatorio di un terzo.

Fuori da questi casi non c'è davvero altra possibilità di ottenere una tutela specifica se non quella di “costringere” l'obbligato ad adempiere: qui entrano in gioco le misure coercitive indirette.

Queste precisazioni servono dunque per munirsi sin da subito di uno strumento di giudizio per vagliare la “misura di effettività” che il sistema delle tutele del lavoro nel nostro ordinamento giuridico presenta.

Pur nella consapevolezza che ogni schematizzazione riesce odiosa perché rischia di omettere ingiustamente qualcosa, detta “misura” potrebbe così intendersi: quanto maggiore è l'ambito della infungibilità esecutiva delle prestazioni datoriali, maggiore dovrà essere l'operatività di adeguati mezzi di coercizione indiretta.

Ciò detto, non condivido assolutamente l'ottica valutativa che nell'ambito della infungibilità lavoristica si arrenda ad accettare la sola tutela risarcitoria (che pure – fuori da ipocrite analisi solo

⁶² S. Mazzamuto, La tutela dei diritti nel rapporto di lavoro – La prospettiva civilistica, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Milano, 2004, 25 ss.: “il famoso primato della tutela risarcitoria, che ascrivevamo di diritto al modello del mercato liberale, si è rivelato fallace. Oggi il mercato non è più concepito come luogo privo di regole, ma neppure come un luogo di sperimentazione di politiche dirigistiche da parte dello Stato o di altra entità sovraordinata. Oggi prevale l'idea di un mercato c.d. regolato, ovvero di un mercato che si deve attenere a regole di correttezza. [...] Oggi [...] il primo to è delle tutele in forma specifica”.

⁶³ L. Mengoni, Intervento, Processo e tecniche cit., 122.

⁶⁴ Così I. Pagni, Diritto del lavoro e tecniche di tutela, problemi e prospettive, in Riv. it. Dir. lav., 2005, 4, 494: “per cui anche l'indagine sulla tutela dei diritti del lavoro non ci costringerà alla faticosa ricerca di norme che esplicitamente consentano questo o quel rimedio, ma si muoverà sul filo della generale ammissibilità di tutte le forme di tutela che rimangano nei binari della strumentalità tra diritto sostanziale e processo (e non sconfinino in ipotesi di tutela costitutiva, per la quale soltanto sarebbe richiesta un'apposita disposizione di legge)”.

⁶⁵ Sulle tecniche di tutele correlate ai singoli istituti testè citati vedasi infra. Sull'orientamento giurisprudenziale vedi E. Ghera, Esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro, in Processo .. cit., pagg. 1101 ss. , nonché da ultimo M. Pivetti, Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti del lavoratore, in la Tutela in forma specifica cit., 165 ss. .

concettuali e poco pragmatiche – sovente può riuscire un mezzo soddisfacente ⁶⁶) sull'assunto che occorra comunque salvaguardare la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore e la sua autonomia nel decidere senza forme coatte di pressioni sulla sua volontà⁶⁷.

Tale libertà, infatti, non legittima alcuna forma di illecito, e tanto meno abilita il suo beneficiario (l'imprenditore, il datore di lavoro) ad iniziare e mantenere comportamenti lesivi di altri diritti costituzionalmente protetti (i diritti del lavoratore), e ciò soprattutto dopo che una sentenza di condanna abbia ordinato di cessare la violazione.

Diversamente intendendo, l'arresa alla sola tutela risarcitoria mi sembra tradursi in una mancata giustizia, nella violazione innanzitutto dell'art. 24 Cost. .

I diritti del lavoratore in quest'ottica verrebbero mercificati, sostituiti in una somma di denaro; l'imprenditore più ricco così diventerebbe anche quello più libero di violarli ripetutamente, fino alla totale mortificazione della persona del lavoratore ⁶⁸.

Il tutto con buona pace del valore che il lavoro e la persona del lavoratore assumono nella nostra Carta Costituzionale ⁶⁹.

In sintesi, mentre nel processo di cognizione l'effettività è garantita per il tramite del principio di atipicità della azione, nel processo esecutivo l'incoercibilità delle prestazioni di fare o non fare infungibili è "sanabile" solo in via di esecuzione indiretta o comunque per il tramite di misure coercitive indirette anche non giudiziali .

4. L'area della satisfattività: i diritti di natura patrimoniale. Le due facce dell'ineffettività: l'ineffettività del rimedio e l'ineffettività del processo.

I rimedi dell'ordinamento processuale di cognizione (piena e sommaria) e di esecuzione, posti a tutela della violazione dei diritti di natura patrimoniale del lavoratore, danno, senza ombra di dubbio, piena soddisfazione all'interesse protetto: l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Il mancato pagamento della retribuzione (in tutti gli elementi di cui essa consta) accede alla esecuzione diretta tramite l'espropriazione mobiliare o immobiliare o del credito vantato contro terzi, secondo l'ordinaria disciplina dettata dal codice di procedura civile.

Oggi, a sostenere questo apparato, intervengono inoltre altri rimedi di tipo stragiudiziale, primo fra tutti l'istituto della conciliazione monocratica di cui all'art. 11 del D. Lgs. 124/2004.

Di questo istituto, peraltro, si tratterà oltre quando si prenderanno in considerazione i rimedi speciali propri del diritto del lavoro (infra § 6).

Il lavoratore potrà utilizzare il procedimento per ingiunzione; nel corso del processo di cognizione, sussistendone i presupposti, potrà formulare istanza affinché venga emessa ai sensi

⁶⁶ Sempre Mengoni L. op. ult. cit. ; N. Trocker, Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità Europea, in Aa. Vv., Diritti Fondamentali e Giustizia Civile in Europa, Torino, 2002, 272 ss. : in effetti dalle pronunce della Corte, secondo quanto esposto dall'A., si evince il rifiuto di considerare sempre la sola tutela specifica il rimedio più idoneo a soddisfare le i concreti bisogni di tutela del soggetto leso.

⁶⁷ Speciale V., Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro, in Aa. Vv., Tutela in forma specifica.. cit., pagg. 88 ss., è molto duro nel rifiutare simili arresti, accusando certa parte della dottrina addirittura di assumere un "approccio ideologico".

⁶⁸ A. Proto Pisani, Le tutele giurisdizionali dei diritti, Napoli, 2003, 121: " *la tutela per l'equivalente monetario, se può presentarsi come forma di tutela giurisdizionale adeguata a situazioni di vantaggio a carattere esclusivamente patrimoniale, è invece forma di tutela giurisdizionale affatto inadeguata ove il bene da garantire attenga a situazioni di vantaggio a carattere esclusivamente (o prevalentemente) non patrimoniale ed il bene, non essendo stato ancora distrutto possa ancora essere conseguito attraverso la cooperazione dell'obbligato; si pensi a tutte le situazioni di vantaggio che siano concretizzate dalle libertà affermate dalla Costituzione nei principi fondamentali: situazioni soggettive non patrimoniali implicate [...] nei rapporti di lavoro. I problemi di tutela posti da queste ipotesi assumono pertanto oggi una gravità particolare, perché la Costituzione impedisce di risolverli attraverso il comodo espediente della tutela per equivalente monetario*".

⁶⁹ Sulla preminenza costituzionale di questi aspetti: Giannini M.S., Rilevanza costituzionale del lavoro, in Riv. giur. Lav., 1948, 7; Mortati C., Il lavoro nella costituzione, in Dir. lav., 1954, I, 153; Smuraglia, La costituzione ed il sistema del diritto del lavoro, 1958; Giugni G., Fondata sul lavoro ?, Bologna, 1996; Romagnoli U., Principi fondamentali, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, sub art. 1, 1975.

dell'art. 423, comma 1, l'ordinanza di pagamento di somme "per le quali il giudice ritiene raggiunta la prova", o ai sensi dell'art. 423, comma 2, l'ordinanza di pagamento di somme non contestate.

Le dinamiche insite in questi rimedi, come è evidente, sono quelle ordinarie, per cui su di esse si rinvia alla manualistica processuale civile.

E' ovvio, peraltro, che anche in quest'ambito – come anche nell'ambito dei diritti di natura non patrimoniale – quella che da tutti è ritenuta la "crisi" del processo del lavoro (nel contesto della crisi della giustizia civile⁷⁰, per non parlare della desolazione che ormai coinvolge la giustizia penale⁷¹) cambia radicalmente il problema.

Infatti la cronica lentezza del processo del lavoro oggi obbliga a configurare l'ineffettività dei rimedi non solo in termini di astratta possibilità di perseguire (mediante il processo di cognizione prima e quello di esecuzione poi) il bene protetto dalla norma che si assume violata (e fin qui proprio in questi termini si è parlato di effettività), ma anche in un altro - non secondario – significato.

Nel primo caso ad essere ineffettivo è il rimedio per come è predisposto dalla norma giuridica.

Oggi però il rimedio può diventare ineffettivo anche se effettivo lo è per come è previsto e disciplinato dalla norma giuridica, ciò a causa – appunto – della lentezza del rito di cognizione e della violazione del diritto ad avere un processo di equa durata ex art. 111 Cost. .

Pertanto l'ineffettività ha due facce, come il dio Giano raffigurato nell'uscio della abitazione degli antichi romani con una faccia rivolta verso l'esterno ed una verso l'interno.

La faccia interna dell'ineffettività, secondo l'accezione sopra esposta, è riferibile all'inidoneità del sistema dei rimedi a dare piena e diretta soddisfazione all'interesse leso; la faccia esterna è rappresentata invece dalla durata del processo e per l'effetto dalla inefficienza non del rimedio, ma del modo con cui è applicato, a causa di disfunzioni interne alla funzione giurisdizionale e alla disciplina del processo.

Orbene, soltanto dopo aver esaminato e trattato compiutamente i problemi sottesi alla prima accezione di ineffettività sopra indicata si potrà entrare nel merito della seconda, per vagliare quelle che sono le proposte di riforma del processo del lavoro ad oggi in discussione in parlamento⁷².

In ultimo si tenterà di proporre, *de iure condendo*, soluzioni alternative⁷³.

5. I diritti di natura non patrimoniale: individuazione delle aree di rilevanza del problema.

Sulla scorta di quanto si è venuto sin qui a precisare è chiaro che il problema della effettività delle tutele del lavoro si pone per tutte quelle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti del prestatore di lavoro che il diritto del lavoro protegge attribuendo ad esso pretese a che il datore di lavoro faccia o non faccia qualcosa (meglio: adempia a determinati obblighi di fare o non fare e rispetti determinati vincoli nell'esercizio dei suoi poteri organizzativi, direttivi e disciplinari).

Per utilizzare la classica schematizzazione che in materia è stata delineata da E. Ghera⁷⁴, i settori problematici sono così individuabili:

⁷⁰ Vedi relazione inaugurazione anno giudiziario 2009 primo presidente Corte di Cassazione Carboni, in www.guidaldiritto.it. Vedi anche Gaetano Nicastro, inaugurazione anno giudiziario 2007, Relazione sull'attività Giudiziaria nell'anno 2006. ove sul punto del processo del lavoro si dà atto che la durata media della cause di lavoro fosse di 731 giorni per il primo e 740 giorni per il secondo grado e si attestava l'assoluta lontananza dagli standard di durata prescritti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁷¹ Per il clamore e l'attenzione sul tema, nell'ambito della letteratura non scientifica, Tinti B., *Questione Immorale*, Chiarelettere, 2009; dello stesso A., *Toghe Rotte*, Chiarelettere, 2007.

⁷² Disegno di Legge n. 1167, in discussione al Senato, risultante dallo stralcio, deliberato dalla Camera dei deputati il 5 agosto 2008, degli articoli 23, 24, 32, da 37 a 39 e da 65 a 67 del ddl n. 1441 "Tremonti -Scajola-Brunetta-Sacconi-Calderoli-Alfano", trasmesso dal Presidente della Camera dei Deputati alla Presidenza il giorno 29 ottobre 2008.

⁷³ Vedi Parte II, ult. § .

⁷⁴ E. Ghera, *Conclusioni*, La tutela in forma specifica cit., 379 ss.; peraltro deve darsi atto che l'A. già propose questa catalogazione delle "aree normative più che i singoli istituti nelle quali l'esigenza di una tutela specifica in primo

- 1) – area della c.d. “amministrazione del rapporto di lavoro” e del licenziamento: in questo settore confluiscono le discipline concernenti le vicende del rapporto di lavoro, i mutamenti di mansione, le dequalificazioni, il trasferimento del lavoratore, la tutela della salute e sicurezza del lavoratore;
- 2) – area della tutela della libertà sindacale, della repressione della condotta antisindacale;
- 3) – l’area della tutela contro le discriminazioni.

Sempre Ghera affianca a queste tre grandi aree di rilevanza, altre due nuove tematiche emerse soprattutto negli anni ’90: la contrattualizzazione del pubblico impiego, settore dal quale è partita la nuova ondata di interesse per la materia qui trattata, soprattutto per i delicati riflessi che pone il dover riferire la coercibilità dell’ordine di reintegrazione al datore di lavoro-Pubblica Amministrazione; la legislazione sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Tutte e tre le aree sopra delineate, come è evidente, postulano un obbligo del datore di lavoro avente ad oggetto non il pagamento di una somma di denaro, ma una prestazione di fare, di non fare o di pati.

L’infungibilità (l’incoercibilità diretta mediante surrogazione) in queste ipotesi può manifestarsi in diverse forme:

- al datore di lavoro si chiede una attività personalissima estrinsecantesi nell’esercizio del suo potere organizzativo e direttivo imprenditoriale costituzionalmente garantito: in questo caso l’ordine del giudice non è eseguibile coattivamente proprio perché detto potere non può essere esercitato da altri se non dallo stesso datore di lavoro (ad es. la riadibizione al lavoro o l’adibizione alle mansioni non inferiori);
- al datore di lavoro si chiede di cessare una condotta commissiva illecita ancora in essere: in questo caso l’ordine del giudice non è eseguibile coercitivamente in forma diretta se non con l’uso della forza fisica, possibilità questa non consentita dal principio *nemo ad factum cogi potest* (ad es. la richiesta di svolgimento di mansioni inferiori);

Spesso si parla di infungibilità materiale e giuridica, ma la distinzione è erronea perché non esiste infungibilità che non sia giuridica: possono ipotizzarsi casi in cui la prestazione dovuta non sia direttamente coercibile solo per motivi giuridici e altri in cui l’infungibilità sia di tipo sia giuridico che materiale, ma non casi in cui la coercibilità sia da escludere solo per motivi materiali e non anche giuridici. Ancora una volta è possibile citare il Prof. L. Mengoni⁷⁵, il quale, con riferimento alle attività di collaborazione datoriale necessarie per consentire la reintegra nel posto di lavoro, così scrisse: “per quanto complesse, queste attività non hanno nulla di totalmente personale da non poter essere compiute da altri. In verità, le attività in questione sono infungibili non per loro natura, cioè espressione di qualità personali irripetibili, come l’attività di un artista, di un grande chirurgo etc., bensì perché ineriscono essenzialmente ad un diritto fondamentale di libertà costituzionalmente garantito, quale la libertà di organizzazione e di gestione dell’impresa”⁷⁶.

6. Le tecniche di tutela del diritto del lavoro: la loro struttura combinatoria; l’esperibilità di rimedi comuni e di rimedi speciali; la conciliazione monocratica ex art. 11 d. Lgs. 124/2004 e il potere di disposizione ex art. 14 D. Lgs. 124/2004

Nell’ordinamento lavoristico, per il rilievo costituzionale degli interessi in gioco ed in primis per l’immanenza della persona nel rapporto giuridico, i rimedi attivabili a tutela dei diritti del lavoratore sono vari.

piano”, anche se in modo meno netto e più articolato, nel suo “Esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro, in *Processo cit.*, 1077 ss. .

⁷⁵ L. Mengoni, *Intervento*, in *Aa. Vv.*, *Processo...*, cit., ag. 154, 155

⁷⁶ Sul concetto di infungibilità vedi anche Mazzamuto S., *L’esecuzione forzata degli obblighi di fare*, Jovenne, Napoli, 1998, 328: “possono darsi infungibilità giuridiche e non materiali – si può costringere, di fatto ma non iure, taluno ad ingerire un veleno – ma non certo infungibilità materiali e non giuridiche”. Per l’opinione tradizionale (distinzione tra infungibilità naturale e infungibilità giuridica) vedi invece Montesano L., voce *Esecuzione specifica*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1966, 533.

Il dato di fondo che connota tutto il sistema, come ormai pacificamente riconosciuto⁷⁷, è il carattere combinatorio delle tecniche di tutela.

Il diritto del lavoro, in altre parole, utilizza spesso congiuntamente, combinandole tra loro, la tecnica di invalidazione degli atti di esercizio del potere imprenditoriale, la tecnica inibitorio-restitutoria, e la tecnica risarcitoria.

L'assetto combinatorio dei rimedi utilizzato, peraltro, può essere ricostruito facendo ricorso alla generale contrapposizione tra la tutela contro i danni e la tutela in forma specifica.

La tutela specifica, per definizione, è diretta a far conseguire al soggetto titolare della situazione giuridica protetta lo stesso risultato garantitogli dalla norma giuridica o dal contratto, non utilità equivalenti o sostitutive.

Stante questa sua funzione, in essa sono ascrivibili non soltanto l'azione di condanna all'esatto adempimento, ma anche la tutela costitutivo-invalidante e la tutela inibitoria.

Tutte queste tecniche di tutela hanno infatti l'attitudine a procurare al soggetto protetto non la mera rimozione della lesione, ma la piena soddisfazione dell'interesse protetto.

L'affermazione è ovvia per l'azione di esatto adempimento: infatti la pretesa che mediante il processo si intende tutelare è quella praticamente di dare titolare del diritto sostanzialmente protetto esattamente quello che tale diritto gli attribuisce.

Ma così è anche per la tutela invalidante.

L'invalidazione, infatti, si concretizza in un provvedimento giurisdizionale che rimuove dall'ordinamento giuridico l'atto lesivo del diritto dedotto in giudizio e con esso tutti gli effetti giuridici da esso già prodotti (efficacia invalidante retroattiva) o che avrebbe potuto ancora produrre: ad es. l'invalidazione del licenziamento⁷⁸.

Così è anche, infine, per la tutela inibitorio-restitutoria.

Quest'ultima tutela, più precisamente, si concreta nell'ordine di cessazione di una condotta illecita e congiuntamente di rimuovere gli effetti della violazione commessa.

L'azione inibitoria, come è evidente, non si limita a reprimere ma anche a prevenire: per entrambe le funzioni la finalità perseguita è sempre e comunque la diretta soddisfazione dell'interesse protetto da una norma giuridica.

Peraltro la "seconda fase" della tutela inibitoria, ossia la rimozione delle effetti dannosi, potrebbe farsi rientrare nella tutela contro i danni, ove si intenda quest'ultima come strumento di protezione volto non solo alla compensazione dei pregiudizi patiti a causa di un illecito o di un inadempimento, ma anche alla reintegrazione dello status quo ante.

A questo punto, è doveroso ricordare la tesi di A. Di Majo⁷⁹ per il quale la nozione di tutela risarcitoria deve essere tenuta distinta dalla tutela restitutoria vera e propria. La seconda non ha la

⁷⁷ M. Napoli, La tutela dei diritti nel rapporto di lavoro, in Aa. Vv. La tutela cit., 33; nello stesso volume, concordemente anche V. Speciale, Situazioni soggettive cit., 92 -93; vedi anche I. Pagni, Diritti del lavoro e tecniche di tutela, in Riv. It. Dir. Lav., 2005, 4, 496.

⁷⁸ Discussa è la riconducibilità della tutela invalidante del licenziamento illegittimo alla categoria delle sentenze dichiarative e di mero accertamento o alle sentenze costitutive di annullamento. Per la prima opzione ermeneutica vedasi C. Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio di impugnazione del licenziamento, in RTDPC, 1991, 569 ss.; R. Orlandi, Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza, Padova 2003, 162 ss. . Per la seconda opzione ricostruttiva invece si faccia riferimento a M. Napoli, voce Licenziamenti, in Digesto disc. priv. sez. comm., Torino, 1993, 64 ss.; F. Mazziotti, I licenziamenti dopo la L. 11 maggio 1990 n. 108, Torino, 1991, 110 ss.; M. V. Ballestrero, I licenziamenti, Milano, 1975, 103 ss. .In giurisprudenza l'orientamento maggioritario è invece per la tutela costitutiva: vedi per tutte Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, in foro it., 2001, I, 2528 ss. .

⁷⁹ Secondo l'A., in La tutela civile dei diritti, Milano 2003, 319 ss. la restituzione implica che sia riportata in essere la stessa situazione fattuale e giuridica preesistente alla violazione del diritto (come per la reintegrazione nel possesso del proprietario e per l'eliminazione dalla circolazione commerciale di immagini lesive dell'altui onorabilità), tutto ciò a prescindere dal pregiudizio che eventualmente si sia prodotto; il risarcimento invece è inteso come attività volta a "reagire massimamente contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto, assicurando ad esso una forma di compensazione". In questi termini nella nozione di tutela risarcitoria è collocata dall'A. sia il risarcimento del danno per equivalente monetario (che l'A. intende come risarcimento solo quantitativo del danno), ma anche il risarcimento del danno mediante la reintegrazione in forma specifica (che invece è inteso come risarcimento qualitativo).

funzione di compensazione dei pregiudizi subiti ma solo di ripristinare una situazione di fatto e giuridica. La prima invece ha esattamente la funzione di ricostituire il patrimonio del soggetto leso nella consistenza – secondo una valutazione ipotetica – sia quantitativa che qualitativa che esso avrebbe avuto ove non si fosse verificato l'inadempimento⁸⁰.

Peraltro, questa distinzione è destinata a sfumare quando si considera che tra gli effetti che il condannato è obbligato a rimuovere ci sono anche i danni cagionati dal suo inadempimento.

Così l'art. 28 Statuto dei lavoratori (ai sensi del quale “il giudice ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”) dovrebbe comportare non solo una tutela restitutoria (es. in caso di esecuzione dell'ordine di concedere un ambiente idoneo per lo svolgimento delle assemblee sindacali) ma anche una tutela risarcitoria ogni qual volta il comportamento del datore di lavoro abbia prodotto effetti dannosi.

Queste prime considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori consentono di evidenziare la combinatorietà delle tecniche di tutela insita nel diritto del lavoro.

Dalla congiunta lettura degli artt. 28 e 15 dello Statuto dei lavoratori, infatti, emerge l'operatività di tutte e tre le tecniche di tutela (invalidante; inibitorio-restitutoria; risarcitoria) come sopra indicate⁸¹.

L'art. 15 commina la sanzione della nullità agli atti discriminatori ivi specificati; la norma dunque concreta una forma di tutela invalidante sul piano del rapporto individuale di lavoro.

Così il lavoratore che per la sua affiliazione sindacale venga adibito a mansioni sgradite (ancorché non inferiori: in questo caso verrebbe infatti in considerazione la violazione dell'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13 dello Statuto) potrà agire davanti al giudice del lavoro – sussistendo un periculum in mora anche in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. – per far dichiarare la nullità dell'atto di assegnazione datoriale.

La stessa tipologia, se realizzata sul piano collettivo, con lesione delle attribuzioni sindacali, legittima il ricorso al rimedio della repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto.

In questa norma, come già emerso dalle superiori considerazioni, sono connaturate la tutela inibitoria, per l'essere il rimedio volto ad ottenere (previa verifica della lesione della attribuzione sindacale, con conseguente attivazione della tutela di accertamento) l'ordine di cessare il comportamento illecito; la tutela restitutoria, per la possibilità che il rimedio offre di costringere il datore di lavoro a ripristinare la situazione preesistente (ad es. reintegrare la rappresentanza sindacale aziendale nel possesso di un locale idoneo per lo svolgimento delle proprie prerogative); e la tutela risarcitoria, per essere il rimedio strumentale altresì ad una funzione compensativa dei pregiudizi sofferti.

Peraltro, nel rimedio di cui all'art. 28 Statuto Lav., per la rilevanza costituzionale della libertà sindacale e del diritto allo sciopero (i beni protetti), la dimensione processuale di accesso alla tutela è necessariamente sommaria. L'urgenza è elemento strutturale della tutela, che per l'effetto non potrebbe esperirsi in via ordinaria.

Ma questo modello racchiude anche un'altra importante nota: la coercizione indiretta.

La norma tipicizza una classica forma di coazione della volontà dell'obbligato, posto che ricollega alla violazione dell'ordine giudiziale la sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. .

Insomma, l'utilizzo di questa norma come “modello” si giustifica proprio perché, letta congiuntamente con l'art. 15 dello Statuto, essa racchiude tutti i principali strumenti di tutela lavoristici:

- l'invalidazione;
- l'inibizione e la restituzione;

⁸⁰ Cfr C. Castronovo, Il risarcimento in forma specifica, in Aa. Vv. , Il processo e le tecniche cit., 490.

⁸¹ Ancora una volta per questi rilievi vedi M. Napoli, La tutela dei diritti nel rapporto di lavoro, cit., 53, nonché alla bibliografia ivi indicata sub nota 8 per ciò che concerne la lettura congiunta degli articoli 15 e 28 dello Statuto dei lavoratori.

- il risarcimento;
- la coercizione indiretta.

Come si vedrà, il diritto del lavoro utilizza, variamente combinandoli, tutti questi strumenti⁸².

Anche l'art. 18 dello Statuto può essere utilizzato come norma modello⁸³, perché anche al suo interno è rintracciabile quella combinazione di tutele che connota il combinato disposto degli artt. 15 e 28.

La tutela reale di cui all'art. 18 poggia infatti su tre pilastri⁸⁴:

1° pilastro: la tutela di invalidazione, ovvero la pronuncia costitutiva dell'annullamento (o sentenza dichiarativa della nullità o dell'inefficacia del recesso del datore di lavoro);

2° pilastro: la tecnica inibitorio-restitutoria, ovvero la condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro, e quindi a cessare il comportamento illecito (sottrazione al lavoratore della propria occupazione, del proprio posto di lavoro) mediante la restituzione di quest'ultimo;

3° pilastro: la tecnica risarcitoria, ovvero la condanna al pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali dovuti dal giorno del licenziamento fino al giorno dell'effettiva reintegrazione.

L'ultimo pilastro dunque si proietta nel futuro, posto che il datore di lavoro non deve solo risarcire il danno pregresso già patito, ma anche il danno patendo ed in questa economia la prosecuzione dell'obbligo risarcitorio (id est, dell'obbligo a corrispondere il "prezzo del posto del lavoro"⁸⁵) costituisce al tempo stesso una astreinte, una misura coercitiva indiretta⁸⁶, che compulsa la volontà datoriale all'adempimento dell'ordine giudiziale.

6.1 *L'esperibilità dei rimedi di diritto comune e di rimedi speciali*

Nel diritto del lavoro, inoltre, anche in ossequio al suesposto principio della atipicità della azione quale corollario dell'art. 24 Cost., convivono rimedi di diritto comune con rimedi speciali, ovvero propri della materia e, in quanto tipici, non applicabili se non nelle fattispecie da essi specificamente contemplate.

Stante detta tipicità, nei settori della normativa privi di mezzi speciali di tutela in forma specifica l'unica possibilità per assicurare effettività e soddisfattività è appunto quella di ricorrere ai rimedi di diritto comune.

A tal riguardo viene, in primo luogo, in considerazione l'art. 1453 c.c. e con esso l'azione di esatto adempimento. Questa norma, in particolare, assume rilevanza con riferimento ad una questione per la quale si registra una storica e tutt'oggi pendente contrapposizione tra dottrina⁸⁷ e

⁸² Vedi per una analoga ricostruzione anche V. S. peziale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, cit., 92-93.

⁸³ Anche se, come afferma M. Napoli, in *La tutela dei diritti tra sostanziale e processo.. cit.*, pagg. 54 ss., nonché pagg. 62 ss.: "mentre il modello dell'art. 28 è sempre accettato culturalmente dalla dottrina giuridica, valorizzato creativamente dalla giurisprudenza e utilizzato sapientemente dalle organizzazioni sindacali, il modello dell'art. 18 si porta dietro un giudizio di disvalore intellettuale e culturale molto forte"; condivide le stesse considerazioni E. Ghera, *conclusioni*, cit., pagg. 381 ss..

⁸⁴ Vedi M. Napoli, *op. ult. cit.*, nonché dello stesso A. La stabilità reale del rapporto di lavoro, Angeli, Milano, 1980; voce *Licenziamenti*, in *DDPcom*, IX, Ut et, Torino, 1993, 58; *Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, n. 26, 2002b;

⁸⁵ M. Napoli, *La tutela dei diritti.. cit.*, 55.

⁸⁶ Cfr V. Speziale, *op. ult. cit.*; vedi anche supra pag. 12, nonché sub nota 43.

⁸⁷ Il tema è particolarmente complesso e denso di sfumature e spunti di riflessione che ne giustificerebbero una ricerca a parte; in ogni caso, pur cercando di contenere l'esposizione agli elementi che ritengo i più significativi dell'odierno dibattito, esso sarà comunque trattato successivamente in occasione della disamina dei rimedi esperibili in caso di violazione della normativa sulla assegnazione delle mansioni. Ciò detto, sono contrari alla configurazione di un "diritto al lavoro", tra gli altri, E. Ghera, *Le sanzioni civili . cit.*, 330 -331; V. Speziale, in *Situazioni delle parti. cit.*, 129 -130-137-141 ss.; A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, Cedam, 1995, 118; S. Magrini, voce *Lavoro (contratto individuale)* in *Ed*, Vol XXIII, 1973, 384 sub nota 79; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, 434; M. Grandi, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 337-228; e poi il classico di G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965. Sono invece favorevoli alla configurabilità di un interesse giuridicamente protetto in capo al lavoratore alla esecuzione della

giurisprudenza⁸⁸: la questione relativa alla sussistenza in capo al lavoratore di una pretesa giuridicamente protetta alla esecuzione della prestazione lavorativa (il “diritto al lavoro”).

Condividendo l’assunto per cui il lavoratore non ha solo un obbligo ma anche un diritto alla esecuzione della prestazione di lavoro poiché, come detto, il lavoro, per il rilievo attribuitogli dall’art. 4 e dell’art. 35, comma 2, Cost. è un mezzo per l’estrinsecazione della persona e per lo sviluppo della professionalità, si può senz’altro ritenere che il rimedio in parola possa essere utilizzato in funzione per così dire “correttiva di una lacuna”: lacuna rappresentata dalla mancanza di alcun rimedio tipicamente previsto a tutela di tale “diritto”.

Infatti l’azione di adempimento è stata configurata da parte della giurisprudenza quale utile strumento per esigere dal proprio datore di lavoro la specifica soddisfazione del proprio “diritto” all’espletamento della prestazione di lavoro.

Più precisamente detta giurisprudenza ha statuito che, in ipotesi di privazione di mansioni (come anche in caso di adibizione a mansioni inferiori) “il lavoratore che non intenda recedere per giusta causa dal rapporto di lavoro, può chiedere al giudice di condannare il datore di lavoro all’adempimento di tale obbligo [alla messa a lavoro], salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno⁸⁹”.

Accanto a questo rimedio, e sempre ruotando attorno al problema del positivo riconoscimento del diritto del lavoratore alla esecuzione della prestazione di lavoro, si pone la rilevanza del rimedio della “esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto” ex art. 2932 c.c. che parte della dottrina⁹⁰ e della giurisprudenza⁹¹ hanno ritenuto di poter utilizzare

prestazione lavorativa altri Autori tra i quali M. Napoli, Il contratto di formazione e lavoro, in NLCC, 1986, 835; Discipline del mercato del lavoro ed esigenze formative, Riv. Giur. Lav. e della Prev. Soc., 1997, I, 266, scritti nei quali la professionalità elevata a bene costituzionalmente protetto in capo al lavoratore, bene non sopprimibile nel contesto dello svolgimento del rapporto di lavoro fino al punto da far ritenere il contratto di lavoro come. “veicolo di espressione di professionalità e quindi di personalità”; sempre nel solco della preminenza della persona, G. Pera, Sul diritto del lavoratore a lavorare, in RIDL, 1991, II, 388 ss. : l’A. fonda tutta la sua costruzione sull’art. 2087 c.c. nella parte in cui questa disposizione prevede la tutela della “personalità morale del prestatore di lavoro” ritenendo incompatibile con questo enunciato il riconoscimento in capo al datore di lavoro di deprimere l’uomo, la persona del lavoratore sottraendogli qualunque mansione e impedendogli di svolgere la propria prestazione d’opera; altri Autori invece fanno perno sull’art. 18, come L. De Angelis, Considerazioni sul lavoro e sulla sua tutela, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 1973, I, 223 ss., o come S. Chiarloni, Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti, in Quad. dir. lav. rel. Ind., n. 6, 1990, 62 ss..

⁸⁸ L’elenco della giurisprudenza sarebbe davvero sconfinato, qui sia sufficiente il richiamo alle seguenti sentenze: Cass. Sez. Lav. 8 novembre 2004, n. 14199, in NGL, 2002, 175; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in FI, 1995, I, c. 3133; Cass. 15 luglio 1995, n. 7708, in RIDL, 1996, II, 424; da ultimo vedi App. Roma, Sez. Lav., 01/10/2007; Cass. civ. Sez. I, 02/08/2006, n. 17564 in Mass. Giur. It., 2006; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 26/11/2008, n. 28274; Cass. civ. Sez. lavoro, 06/03/2006, n. 4766. in particolare oggi l’enunciato base della struttura motivazionale delle sentenze della Suprema Corte è il seguente: “Il lavoratore - cui l’art. 2103 cod. civ. (nel testo sostituito dall’art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300), con norma applicabile anche ai dirigenti, riconosce esplicitamente il diritto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto ovvero equivalenti alle ultime effettivamente svolte - ha “a fortiori” il diritto a non essere lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazione di compiti, ancorché senza conseguenze sulla retribuzione: e, dunque, non solo il dovere, ma anche il diritto all’esecuzione della propria prestazione lavorativa - cui il datore di lavoro ha il correlato obbligo di adibirlo - costituendo il lavoro non solo un mezzo di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino.”

⁸⁹ Trib Roma 28 febbraio 1990, in L80, 1990, 659 ss.; Pret. Roma 12 gennaio 1990, in DPL, 1990, 1508, con nota di E. D’Avossa; Pret. Roma, 3 ottobre 1991, in D&L, 1992, 391; Pret. Milano 21 gennaio 1992, D&L, 1992, 417; Pret. Roma 17 aprile 1992, in RIDL, 1993, 543 con nota di V. A. Posco; Trib. Ferrara 1° giugno 1993, in LPO, 1993, 2053; Pret. Milano 29 gennaio 1994, in D&L, 1994, 635; Pret. Monza 14 novembre 1994, D&L, 1995, 375; Pret. Roma 20 febbraio 1995, D&L, 1995, 963.

⁹⁰ E’ favorevole alla utilizzazione della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. del contratto di lavoro nell’ambito della disciplina delle assunzioni obbligatorie di persone disabili, tra gli altri, G. Pera, voce Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro, Giuffrè, Milano, 211 ss.; Montuschi L., I limiti legali nella conclusione del contratto, Giuffrè, Milano 1967; E’ contrario invece L. Montesano, voce Obbligo a contrarre, in ED, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 518, per il quale, su di un piano più generale, l’art. 2932 c.c. non è utilizzabile per gli obblighi a contrarre di fonte legale, qual è tipicamente l’obbligo di assunzione del disabile ai sensi della Legge 68/1999; sull’obbligo a contrarre “di fonte legale” anche

in materia di collocamento obbligatorio (Legge n. 68/1999) e di violazione del diritto di precedenza (soprattutto in materia di lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo parziale, ma anche – soprattutto da ultimo – in materia di contratto di lavoro a tempo determinato)⁹².

Orbene, quanto al tema del collocamento obbligatorio ancora una volta è la Costituzione ad indicare la via.

L'obbligo di assunzione delle persone diversamente abili (che tecnicamente costituisce un obbligo a contrarre) è finalizzato ad attuare i principi di cui agli articoli 4 e 38 della Costituzione e in ultima istanza a “rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica, e sociale del paese” come richiesto dall'art. 3, comma 2, Cost.

L'assunto appena svolto, peraltro, ha trovato piena conferma nella sentenza del 1° aprile 1998, n. 88 della Corte Costituzionale, nella quale il giudice delle leggi ha puntualizzato che le norme sul collocamento obbligatorio “trovano base e giustificazione del disposto di cui all'art. 38 della Costituzione, e (sono pertanto) coerenti sia con il dettato del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione [...] sia con il principio informatore dell'art. 4 della Costituzione in quanto promuovono ed attuano le condizioni che rendono possibile a persone appartenenti a particolari categorie svantaggiate [...] l'inserimento nell'ambiente di lavoro dal quale altrimenti potrebbero restare escluse”.

In forza di queste considerazioni, l'opzione interpretativa che dovrebbe accogliersi è quella della applicabilità dell'art. 2932 c.c., posto che tutte le eventuali compressioni della autonomia privata del datore di lavoro⁹³ sarebbero più che giustificate dalla necessità di tutelare altri beni di rilevanza costituzionale.

L'art. 2932 c.c. inoltre è un rimedio di cui si è configurata l'utilizzabilità con riferimento al diritto di precedenza nella assunzioni: il tema è stato discusso in dottrina e in giurisprudenza soprattutto con riferimento al part time, al contratto di lavoro a tempo determinato e alle ipotesi in cui l'obbligo di assunzione abbia titolo in un contratto collettivo⁹⁴.

Altro rimedio di diritto comune generalmente invocato in materia di lavoro è l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. ai sensi del quale “*nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto*”.

Nivarra Luca, Diritto al contratto o diritto al servizio: brevi considerazioni in tema di tutela d'urgenza a fronte di obblighi legali a contrarre”, in *Processo .. cit., cit.*, pagg. 723 ss. .

⁹¹ E' favorevole alla applicazione dell'art. 2932 c.c. App. Roma Sez. lavoro, 23/08/2005, Trib. Milano 20 novembre 1991, in D&L, 1992, 380; Pret. Milano 30 luglio 1991, in NGL, 1991, 561; Trib. Milano, 21 giugno 2000, in LG, 2001, 88; Pret. Milano 13 luglio 1998, in LG, 1998, 866; Pret. Milano 21 gennaio 1999, in D&L, 1999, 340. E' invece generalmente contrari a la Corte di Cassazione: Cass. 7 marzo 1990, n. 1770 in NGL, 1990, I, 334; Cass. 16 maggio 1998, n. 4953, in NGL 1998, 502; Cass. 16 ottobre 1996, n. 9319, in LG, 1997, 422; Cass. 3 marzo 1992, n. 2568; Cass. 24 ottobre 1991, n. 11284, in DPL 1991, 3337; da ultimo Cass. civ. Sez. lavoro, 14/08/2004, n. 15913, in *Argomenti*, 2005, 1, 429.

⁹² Anche su questi temi si rimanda alle trattazioni della parte speciale.

⁹³ Come si vedrà, però, la attuale disciplina posta dalla Legge n. 68/1999, nell'imporre al datore di lavoro di inviare un prospetto periodico sulla complessiva base occupazionale, con indicazione delle mansioni disponibili e nel prescrivere che nella richiesta di assunzione inoltre dovrà essere specificata la qualifica professionale, da intendersi come descrizione generica dei compiti cui potrà essere adibito il disabile, come bene osserva V. Speciale, in *Situazioni soggettive*, cit., 133, contempla una forma di specificazione previa del contenuto del contratto di lavoro, per cui a fronte di ciò sarebbe oltre modo difficile ritenere che il giudice, pronunciando la sentenza costitutiva di un contratto di lavoro, si sostituisca all'imprenditore nella individuazione dell'oggetto di quest'ultimo.

⁹⁴ Nuzzo V., Un'ipotesi di prelazione legale: il diritto di precedenza nelle assunzioni del cessionario, in *MGL*, 2004, n. 5, 401; V. Speciale, *situazioni soggettive cit.*, 128 ss.; Cass. civ. Sez. lavoro, 05/05/2004, n. 8568, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 620; Cass. civ. Sez. lavoro, 26/08/2003, n. 12516, *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 943; Cass. civ. Sez. lavoro, 02/06/1998, n. 5415, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998 nota di Nicoli.

L'istituto in esame è stato assunto come base giuridica della c.d. "autotutela individuale conservativa" del lavoratore ⁹⁵.

In forza di tale disposizione il lavoratore può rifiutarsi di eseguire ordini o effettuare altre prestazioni di fare, non fare o di pati per fronteggiare – soprattutto – l'ipotesi di esercizio abusivo ed illegittimo del potere datoriale di organizzazione e direzione. Così volta a volta si è invocato l'art. 1460 c.c. in materia di demansionamento⁹⁶, di trasferimento illegittimo⁹⁷, di ferie non godute⁹⁸ e così via.

Peraltro la dottrina più attenta⁹⁹ distingue tra l'ipotesi del "rifiuto della prestazione non dovuta", cui sono riconducibili le fattispecie sopra indicate, e l'eccezione di inadempimento *strictu sensu*.

Nel primo caso il prestatore non esegue una attività che né per legge, né per contratto (collettivo e individuale) è tenuto a rendere, per cui essendo la prestazione omessa estranea all'oggetto delle obbligazioni derivanti dal contratto, in questi casi non dovranno operare i limiti della buona fede e della proporzionalità prescritti dall'art. 1460 c.c. .

Per l'effetto devono inevitabilmente essere respinte le tesi che ritengono illegittimo (ergo sanzionabile addirittura con il licenziamento) il rifiuto del lavoratore di svolgere mansioni inferiori o di eseguire la propria prestazione in un altro luogo, se, pur violando i presupposti sostanziali per l'adozione di simili ordini, il datore di lavoro comunque garantisca ed eroghi la retribuzione e versi i relativi oneri contributivi ¹⁰⁰.

L'eccezione di inadempimento *strictu sensu* invece dovrebbe configurarsi solo quando il lavoratore rifiuti precisamente la prestazione dovuta: come a fronte del comportamento del datore di lavoro lesivo della privacy o trasgredente taluna delle disposizioni degli artt. 2, 3, 4, 6, 8 dello Statuto dei lavoratori.

In simili evenienze il lavoratore, per il principio di corrispettività, perde il diritto alle retribuzioni per le prestazioni di lavoro omesse, ma acquista il diritto al risarcimento del danno contro il datore di lavoro (da parametrarsi alle stesse retribuzioni), risarcimento dovuto in quanto cagionato dallo stesso inadempimento di quest'ultimo (mentre il lavoratore in regime di art. 1460 c.c. non è considerabile *strictu sensu* inadempiente secondo l'accezione di cui all'art. 1218 c.c.).

Un'altra disposizione che viene sovente in considerazione in materia è – ovviamente – l'art. 2058 c.c. ai sensi del quale: "il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile".

L'istituto del "risarcimento in forma specifica" costituisce argomento di grande complessità e per il quale non è qui possibile riesaminare l'articolata discussione svoltasi in sede civile ¹⁰¹.

⁹⁵ In materia in particolare vedasi A. Vallebona, *Le tutele giurisdizionali* Cit..

⁹⁶ Pret. Firenze 20 agosto 1986;

⁹⁷ Da ultimo Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 10/11/2008, n. 26920, in Mass. Giur. It., 2008 per la quale. "Il provvedimento del datore di lavoro avente ad oggetto il trasferimento di sede di un lavoratore, non adeguatamente giustificato a norma dell'art. 2103 cod. civ., determina la nullità dello stesso ed integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.)."

⁹⁸ Cfr I. Pagni, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela cit.*, pag. 516: "è evidente che all'approssimarsi della scadenza non sia più possibile l'adempimento tempestivo da parte del datore di lavoro all'obbligo consistente nella collocazione del lavoratore in ferie, e che ciò consenta, nel rispetto del principio di correttezza e buona fede, l'esercizio del potere sostanziale previsto dall'art. 1460 c.c".

⁹⁹ A. Vallebona, *op ult. cit.*, dello stesso A. altresì, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Ceda m, Padova, 2005, 765 ss..

¹⁰⁰ Come fa Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, FI, 2004, I, 111.

¹⁰¹ Vedi sul tema Scognamiglio R., *Il risarcimento in forma specifica*, in RTDPC, 1957, 201; Tucci G., *Il danno ingiusto*, Napoli, 1968, 70 ss.; Franzoni M., *Fatti illeciti*, in (a cura di) Galgano F., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli – Foro Italiano*, Bologna-Roma, 1993, 1079; Cian G., *Riflessioni sul tema del risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 75 3; D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002; Castronovo C., *Il risarcimento del danno in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Aa Vv. Processo*, cit., pagg. 481 ss.; Salvi c., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Aa Vv. Processo ..cit.*, pagg. 563 ss.; *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovvero sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva)*, in *Processo..cit.*, pagg. 615. .

In forza di questa disposizione, ritenuta applicabile anche all'area della responsabilità per inadempimento¹⁰², il soggetto danneggiato ha facoltà di ottenere l'esecuzione di una prestazione che qualitativamente e quantitativamente realizzi lo stesso stato precedente alla violazione (ad es. mediante la dazione o realizzazione di una cosa corrispondente a quella che la violazione ha eliminato; mediante la riparazione dei guasti cagionati; mediante ancora l'esecuzione di opere che ripristinino lo stato primitivo)¹⁰³.

La norma in parola, inoltre, è stata anche configurata in termini di tutela inibitoria, ritenendosi che essa possa fondare l'ordine giudiziale di cessazione della attività illecita e rimozione degli effetti da questa prodotti¹⁰⁴.

In effetti questa non è una prospettiva di certo estranea alla giurisprudenza che utilizza questo impianto ricostruttivo soprattutto in materia di tutela della salute¹⁰⁵.

Per quanto qui interessa, come per l'art. 1453 c.c., anche la norma in esame presenta profili che ne potrebbero indurre l'esportazione nei settori nevralgici dell'area della c.d. "amministrazione del rapporto di lavoro".

Così ad es. è stato osservato¹⁰⁶ che l'art. 2058 c.c. potrebbe invocarsi in caso di danno professionale derivante da una dequalificazione.

In tale vicenda il lavoratore in luogo della richiesta del risarcimento del danno per equivalente monetario potrebbe chiedere che il giudice condanni ex art. 2058 c.c. il datore di lavoro a sostenere le spese necessarie per la frequenza di un corso di formazione professionale o di riqualificazione idoneo al recupero del gap di professionalità perso a causa dell'inadempimento datoriale.

Naturalmente, questa soluzione dovrebbe rispettare la regola della non "eccessiva onerosità".

La regola che detta opzione codifica è quella per cui potrebbe darsi accesso all'art. 2058 c.c. "quando si può richiedere un danno risarcibile non forfezzato dalla legge esclusivamente con una somma di denaro o ulteriore rispetto a quello espressamente previsto per equivalente monetario"¹⁰⁷.

Accettando questa impostazione, sarebbe legittimo in forza dell'art. 2058 c.c. il provvedimento giudiziale che, accertata e dichiarata l'illegittimità del licenziamento e presi i consequenziali provvedimenti di condanna, condanni altresì il datore di lavoro a corrispondere al lavoratore licenziato gli interessi convenzionali per l'accensione di un mutuo da esso posta in essere per garantire il sostentamento suo e della sua famiglia in mancanza del reddito retributivo, sempre – ovviamente – che tale provvedimento non risulti "eccessivamente oneroso" per il datore di lavoro stesso.

La giurisprudenza, peraltro, ha utilizzato detta disposizione anche in tema di ferie non godute. La Suprema Corte ha infatti statuito (nel vigore della disciplina antecedente al D. Lgs. 66/2003) che "ove il lavoratore non abbia usufruito del periodo di riposo nell'anno di riferimento, ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., avrà diritto al risarcimento in forma specifica, che può tramutarsi in diritto al risarcimento per equivalente se esso risulti eccessivamente oneroso per il datore di lavoro, come disposto dal secondo comma della norma in esame; solo se sussistano difficoltà nell'ambito aziendale alla effettiva fruizione recuperatoria delle ferie, non tempestivamente godute, può, pertanto, farsi luogo alla corresponsione dell'indennità sostitutiva e sempre che il datore di lavoro provi l'esistenza di concrete esigenze aziendali ostative al recupero delle ferie"¹⁰⁸.

¹⁰² D'Adda, op. ult. cit., pag. 5 sub nota 9.

¹⁰³ Cass. civ. Sez. III Sent., 23/01/2009, n. 1700, in Mass. Giur. It., 2009; Cass. civ. Sez. II, 08/03/2006, n. 4925 Cass. civ. Sez. III, 16/06/2005, n. 12964; Cass. civ. Sez. II, 15/11/2006, n. 24301, in Mass. Giur. It., 2006; più in generale Cass. 3/08/1960, n. 2269, in GI, 1962, I, 1, 472.

¹⁰⁴ D'Adda, op. ult. cit., 43 ss. e 306 ss. .

¹⁰⁵ Per tutte vedasi Cass. civ. Sez. Unite, 15/10/1998, n. 10186, in *Danno e Resp.*, 1999, 107;

¹⁰⁶ V. Speciale, *Situazioni soggettive* ..cit., pag. 154.

¹⁰⁷ V. Speciale, op. ult. cit., pag. 154.

¹⁰⁸ Cass. civ. Sez. lavoro, 21/03/2001, n. 256, in *Argomenti*, 2001, 2, 695 ss., con nota di A. Vallebona.

Per l'effetto di questo principio avrebbero dovuto considerarsi nulle tutte le clausole dei contratti collettivi (ed individuali) che prevedessero quale unica conseguenza del mancato godimento delle ferie entro il termine a ciò previsto la loro monetizzazione mediante una apposita indennità (nota come "indennità di ferie non godute").

L'assioma giurisprudenziale testé esposto, peraltro, è stato ritenuto non corretto¹⁰⁹.

Infatti, si è osservato, più che di risarcimento in forma specifica la fattispecie de qua dovrebbe, più correttamente, essere ricondotta nello schema dell'adempimento tardivo, per cui le alternative praticabili sarebbero due (*tertium non datur*): "o il godimento delle ferie è ancora utile per il recupero delle energie e la realizzazione extralavorativa della persona del lavoratore ed è allora possibile l'adempimento tardivo con la concessione delle ferie oltre l'anno; oppure, se per il tempo trascorso o l'eccessiva quantità di ferie arretrate non è più seriamente prospettabile l'assolvimento della funzione tipica delle ferie, non resta che retribuire il lavoro aggiuntivo prestato in violazione delle norme a tutela del lavoratore"¹¹⁰.

E' stato però osservato che questa distinzione non ha un'apprezzabile rilevanza pratica perché la monetizzazione alla fine dipende dalla prova (che in entrambi i casi dovrà essere assolta dal datore di lavoro) dell'impossibilità dell'adempimento tardivo (per ragioni organizzative) o della eccessiva onerosità del godimento effettivo¹¹¹.

Ciò detto, nell'ambito della categoria dei rimedi di diritto comune, che il lavoratore potrebbe utilizzare quali tecniche di tutela specifica, ovvero forme di soddisfazione dell'interesse protetto dalla norma violata, non può non trattarsi delle fattispecie incriminatrici previste dagli articoli 388 e 650 del codice penale.

Rinviando a quanto si è già detto sopra sul piano generale, qui possono svilupparsi le ulteriori e seguenti considerazioni.

Anzitutto, come detto, tali rimedi sono da qualificarsi come misure coercitive indirette e quindi – nel piano di indagine civilistico-lavoristico – rilevano per la loro idoneità a premere sulla volontà del debitore/datore di lavoro affinché questi adempia l'ordine impostogli dal giudice, ordine non suscettibile di coercizione diretta perché avente ad oggetto una prestazione infungibile (ad es. l'adibizione a mansioni equivalenti)¹¹².

L'art. 388 c.p. punisce chi (comma 1) "per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti"; nonché chi (comma 2) "elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriba misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito".

L'art. 650 c.p. punisce chi "non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene".

Orbene, l'applicazione degli articoli in commento – soprattutto dell'art. 388 c.p. – in funzione di coercizione diretta degli obblighi datoriali è stata fortemente criticata; i principali filoni di questa critica possono essere così riassunti:

- in primo luogo, si contesta l'utilizzo generalizzato dell'art. 388 c.p. soprattutto quando si sia davanti (come nel diritto del lavoro) ad attività personalissime del debitore¹¹³;

¹⁰⁹ Ha sostenuto tale erroneità A. Vallebona, op. ult. cit.; ma sul punto vedi anche I. Pagni *Diritto del lavoro e tecniche di tutela*, cit., pag. 515 e V. Speziale, op. ult. cit., 154-155.

¹¹⁰ A. Vallebona, op., ult. cit., 633.

¹¹¹ Pagni I., *Diritti del lavoro e tecniche di tutela*, in RIDL, 2005, 4, pag. 515, ma su questa osservazione vedi *infra* parte II, § 4.

¹¹² Non è mai superfluo, in materia, richiamare l'importante contributo dato allo studio dell'art. 388 c.p. in chiave di esecuzione indiretta nel campo civile da A. Proto Pisani: vedi *supra* pagg. 10 -11. nonché opere dell'A. richiamate sub note nn. 34 e 35.

¹¹³ Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; *Ars d'istinguendi. cit.*, Napoli, 183; *Statuto dei Lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, cit.; escludono, per questi motivi, l'applicabilità dell'art. 388 c.p. anche Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Giuffrè, Milano, 1986, 95 8, sub nota 160; Vidiri G.,

- in secondo luogo (riferendosi in particolare all'ordine di reintegrazione ex art. 18 Statuto dei lavoratori) si è sostenuto che quando il legislatore ha inteso rafforzare la sanzione civile con una misura coercitiva indiretta, lo ha fatto in modo esplicito come nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, che richiama la sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. o nell'art. 18 per quanto concerne il licenziamento dei dirigenti sindacali; in altri termini, si sostiene che la specificità delle tecniche di tutela apprestate dallo Statuto dei lavoratori impone di ritenere che il legislatore abbia già operato a monte la scelta di escludere la sanzione penale in mancanza di esplicito richiamo, come nell'art. 28 o nell'art. 35¹¹⁴;
- in terzo luogo è stata affermata quale condizione (implicitamente) integrativa dell'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 388 c.p. la necessaria eseguibilità forzata del provvedimento giudiziale, di talché la rilevanza "compulsoria" dello stesso è stata praticamente cancellata dalla sua inapplicabilità congenita all'area delle prestazioni infungibili (quali sono quelle che in materia lavoristica pongono i noti problemi di effettività)¹¹⁵.

In ordine alla prima critica è stato replicato¹¹⁶ che l'attività economica organizzata dall'imprenditore va ad incidere direttamente su valori e interessi del lavoratore per i quali la Costituzione sancisce una protezione particolarmente elevata. Pertanto la particolare rilevanza di questi diritti ne giustifica una tutela coercitiva anche penale. Al contrario si pongono in contrasto con la tutela costituzionale del lavoro le tesi che aprioristicamente (quasi in forza di un preconcetto dogma ideologico¹¹⁷) escludono, in materia lavoristica, l'applicabilità dell'art. 388 c.p. solo in forza del principio di libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. .

Contro la seconda critica è stato obiettato che così opinando sarebbe penalmente perseguibile colui che, ponendo in essere la condotta tipica prevista dall'art. 388 c.p., leda interessi meramente patrimoniali, ma non colui che, eseguendo la stessa condotta, violi diritti, come quelli del lavoratore verso il datore di lavoro, di superiore rango costituzionale (ad es. sarebbe punibile l'imprenditore che fraudolentemente sottragga beni propri alla garanzia del credito, ma non il datore di lavoro che ceda l'azienda ad altri solo per sottrarsi all'adempimento dell'obbligo di reintegrare o che sopprima il settore di vendita al quale era addetta la lavoratrice demansionata solo per evitare di riassegnarla alle vecchie mansioni e così via)¹¹⁸.

Contro la terza critica si oppone chi invece afferma l'indipendenza della fattispecie in oggetto dal requisito della eseguibilità diretta dell'obbligo inadempito¹¹⁹.

inottemperanza alla sentenza di reintegrazione del lavoratore licenziato, in GM, 1981, II, 1027; Romano M., Rapporti di lavoro tecniche di tutela e sanzioni penali, in Garilli A. e Mazzamuto S. (a cura di), Lo statuto dei lavoratori, (1970-1990), Jovene, Napoli, 1992, 391.

¹¹⁴ Questa tesi è sostenuta, tra gli altri, da Padovani, Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv c.p., in DL, 1975, 62 ss; Ramponi R., Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, I co. Sta t. Lav. ed art. 388 c.p., in MGL, 1981, 255; adottano la stessa impostazione anche Dell'Olio M., Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in DLRI, 1987, 478; Ferroni L., Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali, in Aa. Vv., processo, cit., 245 ss.; Taruffo M. L'attuazione dei diritti: profili comparatistica, in Aa. Vv., Processo.. cit., 100 ss.;

¹¹⁵ Tra i tanti a sostenerlo, Padovani, op. ult. cit., 58 ss.; Chiarloni, Misure .. cit., 1980, 175 ss.; Ramponi, op. ult. cit., 246 ss.; Alessandri A. Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p., in RIDPP, 1981, 162 ss; Romano M. op. ult. cit., 385; Vallebona A., istituzioni di diritto del lavoro, Padova, 2002, 619; L. Megoni, intervento cit., pag. 155, per il quale l'art. 388 c.p. "ha una funzione di tutela del processo esecutivo e quindi si riferisce esclusivamente ad obblighi suscettibili di esecuzione forzata, restando estranei alla sua fattispecie gli obblighi non coercibili".

¹¹⁶ Proto Pisani A., soprattutto in L'attuazione dei provvedimenti di condanna, cit., 50 ss.; nonché Cannati Giuseppe, L'applicabilità dell'art. 388 c.p. in funzione compulsiva dell'adempimento degli obblighi datoriali. Incertezze nella norma ed incoerenze del sistema, in Aa. Vv. La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 2004, 255 ss. .

¹¹⁷ Per dirla con V. Speciale, Situazioni .. cit. 88 ss. .

¹¹⁸ Cannati Giuseppe, op. ult. cit., 261 ss. ; peraltro ammette la possibilità di un concorso tra i reati previsti nello Statuto dei lavoratori con l'art. 388 c.p. Culotta, Profili ricostruttivi del reato previsto dall'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto ad ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore, in RGLm 1983, IV, 46 ss. .

¹¹⁹ In giurisprudenza Cass. Pen. Sez. IV 3/04/1992, n. 2837, in Mass. Giur. Lav., 1992, 532; Trib Roma 17 gennaio 1996; Trib Milano 30 luglio 2002. In dottrina si ricordano Alessandrini N., op. ult. cit., 1158; Carletti, Materiali e spunti

Questo orientamento, al contrario, ritiene che la norma penale acquisisca rilevanza proprio con riferimento alle ipotesi nelle quali il debitore goda del “beneficio” dell’ incoercibilità dell’obbligo di fare o non fare.

Ciò detto, occorre ora in tutta onestà chiarire che, al di là della disputa intorno al tema dell’utilizzabilità dell’art. 388 c.p. in *subiecta materia*¹²⁰, il fatto tipico delle fattispecie incriminatrici ivi previste consta di un elemento oggettivo che le rende molto spesso scarsamente integrabili nelle dinamiche del rapporto di lavoro.

Infatti il primo comma richiede specificamente che la condotta del soggetto attivo si estrinsechi in “atti simulati o fraudolenti” o in “fatti simulati” .

Non è sufficiente dunque ad integrare l’elemento oggettivo del delitto di cui al comma 1 la mera inottemperanza del datore di lavoro¹²¹.

La forza coercitiva del comma 1 è allora praticamente insignificante perché per evitare la sanzione penale il datore di lavoro potrebbe limitarsi a non ottemperare all’ordine di reintegra .

Un discorso solo in parte diverso deve farsi per il delitto di cui al comma 2 dell’art. 388 c.p. .

Qui si assiste ad certo movimento interpretativo intorno al concetto di elusione, richiesta ad integrare l’elemento oggettivo del reato.

Per alcuni la condotta elusiva sarebbe sostanzialmente coincidente con quella prevista dal primo comma¹²²; per altri per configurare il reato sarebbe sufficiente anche la mera inottemperanza alla misura cautelare¹²³.

Ma a prescindere da quest’ultima “apertura interpretativa” l’impressione è quella di uno strumento che, in assenza di macchinazioni datoriali volte ad aggirare l’obbligo su di lui gravante, non sia in grado di garantire una efficace protezione per ciò che qui interessa.

Per l’effetto non sembra di certo questa la norma base alla quale affidare il compito di garantire effettività al complessivo sistema delle tutele lavoristiche.

Tutto ciò esposto, deve dirsi ora che il diritto del lavoro si caratterizza per la presenza di numerose previsioni che tipizzano tecniche di tutela speciali avente funzione di dare concreta soddisfazione al diritto violato del lavoratore.

Rimedi speciali sono così contemplati per ciascuna delle tre grandi aree di rilevanza del problema della effettività, così come sono state inquadrate da E. Ghera¹²⁴.

Tutti questi rimedi, come detto, tendono a manifestare una vocazione del sistema verso la tutela specifica del lavoratore, anche quando – come nel caso della tutela reale del posto di lavoro – il legislatore utilizza come strumento di coazione indiretta proprio quel risarcimento del danno che invece (e direi quasi paradossalmente) costituisce il naturale contraltare della tutela specifica.

Qui allora la funzione del risarcimento del danno non è meramente “compensativa” ma anche compulsoria: ecco trovato un nesso tra le due forme di tutela che nella tradizione vengono rigidamente contrapposte.

Rinviando ai §§ seguenti per la trattazione dei rimedi speciali, qui è necessario evidenziare che moltissimi di questi costituiscono misure di coazione indiretta all’adempimento.

La coazione indiretta è dunque un segno distintivo nell’economia della effettività lavoristica, ma, potendo operare solo in forza di fattispecie tipizzate, non trova alcun fondamento normativo a sostegno di una sua estensione generalizzata¹²⁵.

critici per una storia del delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, in RGL, 1979, IV, 276 ss.; Frediani F., Note sull’effettività delle reintegra nel posto di lavoro, in RGL 1978, I, 109; Proto Pisani A., Tutele , 2003, cit., 127 ss. .

¹²⁰ Chi scrive è convinto che in effetti la norma debba poter essere applicata anche all’esecuzione degli obblighi infungibili del datore di lavoro, derivando questa conclusione dalle premesse in ordine alla rilevanza costituzionale della tutela della persona del lavoratore e al principio di effettività di cui all’art. 24 Cost. .

¹²¹ Romano, op. ult. cit., 386.

¹²² Padovani op. ult. cit., 61 ss.; Alessandrini a., op. ult. cit., 184 ss.; Romano , cit. 387; in giurisprudenza Cass. 18 aprile 1981.

¹²³ Proto Pisani A., Le tutele.. cit., 2003, 128; Antolisei, op. ult. cit., 958; in giurisprudenza Cass 18/11/1999, n. 2925.

¹²⁴ V, supra p. 20 nonché nub nota 70.

Sono così previsti rimedi speciali in materia di tutela contro i licenziamenti, di tutela antidiscriminatoria, di tutela collettiva e sindacale e di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

6.2 La coercizione indiretta insita nella conciliazione monocratica

Nel contesto dei rimedi speciali, peraltro, ritengo che debba essere presa in considerazione una norma che fino ad oggi è stata interpretata più in funzione deflattiva del contenzioso che in funzione di tutela specifica: l'art. 11 del D. Lgs. n. 124/2004.

La disposizione citata disciplina l'istituto della conciliazione monocratica.

Essa è così definita perché avviene davanti ad un funzionario o ad un ispettore della Direzione provinciale del lavoro competente per territorio¹²⁶ e si distingue in due tipologie a seconda del momento e del modo di attivazione: conciliazione c.d. "preventiva" e conciliazione c.d. "contestuale"¹²⁷.

La prima si instaura a seguito di una richiesta di intervento e si svolge dunque quando un procedimento ispettivo non sia già pendente¹²⁸, la seconda invece presuppone un accertamento ispettivo già in essere nel corso del quale l'ispettore procedente, nel caso in cui ravvisi i presupposti per una soluzione conciliativa ed acquisito il consenso delle parti, procede alla redazione di una relazione da inviare alla Direzione provinciale del lavoro competente per l'attivazione della procedura de qua.

Ciò detto, il motivo per il quale questo istituto (in entrambe le sue tipologie) appare rilevante per la materia qui trattata è ravvisabile nel "beneficio" correlato alla positiva definizione della procedura (e al connesso "pericolo" derivante dalla mancata conciliazione): estinzione del procedimento ispettivo con la consequenziale mancata irrogazione di tutte le eventuali sanzioni amministrative connesse ad illeciti eventualmente ravvisabili nel corso dell'accertamento, in caso di accordo; apertura o prosecuzione dell'ispezione, in caso di mancato accordo.

In altri termini la norma contiene una sorta di "ricatto" legalizzato, posto che il datore di lavoro per non correre il rischio di una ispezione è indotto a conciliare.

Il "ricatto" poi è particolarmente efficace perché l'eventuale ispezione non si limiterà agli accertamenti relativi alla sola posizione individuale per la quale la procedura conciliativa è proposta, ma si potrà estendere a tutti i rapporti di lavoro costituiti all'interno dell'impresa ispezionata¹²⁹.

Alla luce di questa fisionomia "inquisitoria" è stato osservato che le richieste di intervento ispettivo contenenti l'esplicito consenso ex art. 11 cit. alla conciliazione monocratica potrebbero tradursi in "mosse da spirito di rivalsa da parte di lavoratori, pure giustamente licenziati o non ammessi al lavoro, che nel tentativo di danneggiare l'ex o il mancato datore di lavoro chiedono

¹²⁵ Come invocata più volte da Proto Pisani A., (il quale ha sempre auspicato nell'ordinamento la presenza di un "sistema atipico di misure coercitive"), vedi L'attuazione cit., 47 ss. .

¹²⁶P. Pennesi, La riforma dei servizi ispettivi, in AA.VV. (a cura di M. Tiraboschi), La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio ed i tempi della riforma, 1099, evidenzia nell'istituto de quo il segno di una importantissima svolta nella "figura" dell'ispettore, che da organo di repressione e sanzione ora diventa anche un mediatore.

¹²⁷ La distinzione corrisponde a quanto previsto rispettivamente dai commi 1,2,3,4,5 (preventiva) e 6 (contestuale) dell'art. 11 cit.

¹²⁸ Mauro Parisi e Barbara Broi, in Nuovi istituti e modalità della riforma dell'ispezione 30 giugno 2004, www.guidallavoro.ilsole24ore.com, per questo parlano di ispezione in fase "pre -ispettiva".

¹²⁹ Cfr Schiavone R., La conciliazione monocratica, in Lavoro e previdenza oggi, 2007, 5, 731, la quale fa bene a sottolineare "l'indubbio potere in mano al lavoratore che può paventare, appunto, al datore di lavoro il rischio di sanzioni molto più elevate rispetto alle sue richieste e che potrebbero anche eccedere il dovuto; per non parlare del rischio, anche più semplice, che è quello di un'ispezione da cui potrebbero scaturire violazioni anche non inerenti al lavoratore che ha sollevato la questione". L'A. proprio in considerazioni di queste premesse mette in evidenza "un rovesciamento dei ruoli storici delle parti del rapporto di lavoro che vedrebbe la parte storicamente più debole (cioè il lavoratore) avere in mano un indubbio strumento di "ricatto" che lo porterebbe ad essere, anche se solo nel momento della conciliazione monocratica, il più forte".

l'intervento dei servizi ispettivi all'interno dell'azienda, finendo così per mettere il personale ispettivo nella scomoda posizione di strumenti indiretti di vendette personali che non devono avere alcuna possibilità di azione"¹³⁰.

A ben vedere questa osservazione coglie senz'altro nel segno e consente di mettere in evidenza il pericolo insito nello strumento in esame: ossia la sostanziale costrizione del datore di lavoro ad accettare richieste infondate, pur senza un effettivo e previo esercizio del diritto di difesa.

A confutare questo assunto non varrebbe osservare che se la richiesta di intervento fosse pretestuosa e/o falsa e quindi finalizzata all'ottenimento di un ingiusto vantaggio, allora la "minaccia" più o meno velata della ispezione integrerebbe l'ipotesi del delitto di tentata estorsione di cui agli artt. 56 e 629 c.p. (o addirittura di estorsione, nell'ipotesi in cui per non subire l'ispezione si accettassero le richieste pretestuose della controparte) e che invece se la richiesta di intervento fosse fondata e legittima, allora lo strumento in esame non avrebbe nulla di criticabile, anzi potrebbe costituire un efficacissimo strumento di coercizione indiretta.

Neppure varrebbe a sminuire la portata del segnalato problema il fatto che la "denuncia all'ispettorato del lavoro" come "strumento di vendetta" del lavoratore sia una evenienza che c'è sempre stata.

In verità lo scenario che l'art. 11 del D. Lgs. 124/2004 potrebbe introdurre (anzi, ha già introdotto) è ben diverso da quello che la prassi precedente aveva ingenerato.

Infatti una cosa è che l'invito a pagare dietro la "minaccia" della ispezione provenga direttamente dal lavoratore e un'altra è che provenga direttamente dall'ispettore, a seguito di una sua valutazione discrezionale.

Sul punto occorre fare chiarezza: l'attivazione della procedura non è un atto dovuto dell'ufficio, ma ai sensi di quanto specificamente prevede l'art. 11 del D. Lgs. 124/2004 è frutto di una previa deliberazione dello stesso ispettore¹³¹.

In quest'ultimo caso, che è quello appunto contemplato dalla norma, non potrebbe certo configurarsi il delitto di tentata estorsione perché la condotta tipica non sarebbe né materialmente e né soggettivamente ascrivibile al lavoratore.

Inoltre non può tacersi che accanto a richieste totalmente infondate e richieste totalmente fondate vi possano essere anche richieste parzialmente infondate e che all'interno di queste ultime si possano configurare casi nei quali il lavoratore sia perfettamente consapevole di pretendere prestazioni indebite e casi in cui semplicemente il lavoratore *erri* nel pretendere qualcosa dal proprio datore di lavoro.

Insomma il cielo non è solo azzurro o nero, ma può essere – anzi sovente lo è – grigio.

Ebbene, proprio in questa area "grigia" della conciliazione monocratica detto istituto può fomentare un deprecabile fenomeno di monetizzazione dell'illecito o di condono de facto degli illeciti datoriali mediante l'erogazione di una somma di denaro al dipendente istante ex art. 11 D. Lgs. 124/2004.

L'imprenditore – si potrebbe dire – sarebbe indotto a pagare al lavoratore una somma non spettantegli pur di evitare eventuali e gravi sanzioni relative ad altre irregolarità commesse anche a scapito di altri lavoratori.

Questo scenario che nasconde l'art. 11 in commento, non può di certo giustificarsi neppure attraverso un improprio riferimento al principio di effettività.

Il principio in esame, infatti, non potrebbe essere chiamato a legittimare manifeste violazioni del diritto di difesa che l'art. 24 Cost. consacra.

Per questo motivo la norma ha il risvolto dell'uso distorto di questo fondamentale principio che costituisce il perno attorno al quale deve essere costruito il sistema delle tutele.

¹³⁰ Cfr Rausei P. Il Diritto sanzionatorio del lavoro, parte I, in www.adapt.it, pag. 10.

¹³¹ Vedi E. Massi, La conciliazione monocratica, in La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale, in C. L. Monticelli e M. Tiraboschi (a cura di), cit., Milano, 2004, 195; cfr. sul punto anche circolare Min. lav. n. 24/2004; altresì D. Messineo, La nuova conciliazione monocratica nella riorganizzazione dei servizi ispettivi, in Lav. Giur. 2005, 8, Pag. 721.

6.2.1 (segue): *spunti de iure condendo per una valorizzazione della conciliazione monocratica*

Nonostante queste severe censure, tuttavia, l'istituto in esame ha sicuramente qualcosa di positivo.

Lasciando perdere per un attimo i risvolti anticostituzionali suddetti, deve riconoscersi che la disposizione *de qua* abbia introdotto uno strumento di coercizione indiretta di particolare efficacia.

Se la norma – in una prospettiva *de iure condendo* – prevedesse quale conseguenza del fallimento della conciliazione il susseguente accertamento relativo alle sole richieste avanzate dal lavoratore e non una ispezione aziendale generale, la scelta del datore di lavoro di conciliare o non conciliare non sarebbe “estorta”, ma sarebbe la naturale conseguenza della intima valutazione circa la fondatezza o meno delle pretese avverse.

L'accertamento ispettivo, infatti, qualora accertasse in via amministrativa la fondatezza delle pretese del lavoratore, porrebbe quest'ultimo nella condizione di produrre in giudizio i documenti ispettivi, i quali (giusta l'efficacia probatoria dei verbali ispettivi¹³²), se anche privi di efficacia probatoria, se non per i fatti che il verbalizzante dichiara avvenuti in sua presenza, potrebbero comunque essere utilizzati sia come indizi e sia, indirettamente, come utilissimo strumento di verifica della genuinità della dichiarazione testimoniale del soggetto già assunto a sommarie informazioni ispettive.

In definitiva, i documenti frutto dell'indagine ispettiva garantirebbero la quasi certezza del buon esito della causa, evitando che la distanza temporale dai fatti possa aumentare il rischio di una verità processuale diversa da quella reale.

Altro problema che questa prospettiva potrebbe contribuire a risolvere attiene alla utilizzabilità di questo istituto solo per i diritti di natura patrimoniale del lavoratore, non anche per le lesioni di diritti di natura non patrimoniale¹³³.

Tra i presupposti oggettivi per l'attivazione della procedura *de qua* infatti figura, oltre che l'assenza di “chiari indizi di violazioni penalmente rilevanti” e di elementi oggettivi e certi, atti a dimostrare la sussistenza di illeciti amministrativi¹³⁴, anche quello per cui è necessario che le questioni oggetto della richiesta di intervento contemplino solo diritti patrimoniali del lavoratore.

In definitiva, la tutela specifica che questa norma può somministrare al lavoratore vale solo per le “richieste aventi contenuto economico-patrimoniale derivanti dal rapporto di lavoro ed il mancato rispetto della normativa previdenziale ed assistenziale, indipendentemente dall'origine legale o contrattuale”¹³⁵.

Questa delimitazione si trae dal dettato normativo ove questo subordina l'estinzione del procedimento ispettivo ai “versamenti dei contributi previdenziali e assicurativi, da determinarsi secondo le norme in vigore, riferiti alle somme concordate in sede conciliativa, in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché [al] pagamento delle somme dovute al lavoratore” (art. 11, comma 4, D. Lgs. 124/2004)¹³⁶.

¹³² Detti verbali fanno piena prova fino a querela di falso soltanto dei fatti percepiti direttamente dal verbalizzante, non esplica efficacia probatoria, ma al limite soltanto indiziaria, l'esposizione di quanto appreso da terzi: Vedi Corte Costituzionale ord. 10 dicembre 1987, n. 504, FI, 1988, I, 2546; Cass. S. U. 25 novembre 1992, n.12545, FI, 1993, I, 2225; Cass. 8 agosto 1987, n. 6847, LPO, 1988, 1986; App. Roma 4 novembre 2003, GL, 2004, n. 9, 46. Questo indirizzo ora è stato riconosciuto dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, vedi Circolare 89/7/2004. Da ultimo nel senso che le dichiarazioni raccolte a verbale possono avere valore indiziario Cass. 17 agosto 2004 n. 16055, in MGL, 2004, 947.

¹³³ La circolare n. 24/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha espressamente chiarito « può procedersi alla conciliazione monocratica se le questioni attengono a diritti patrimoniali del lavoratore, siano essi, indifferentemente, di origine contrattuale o legale.»; sul punto vedi anche Rausei, op. ult. cit., pag. 35;

¹³⁴ Per questi presupposti, vedi Circolare 24/2004 cit.; nonché D. Messineo cit., 720 ss. . Peraltro, R. Schiavone, op. ult. cit. pag. 730, osserva bene che “nella pratica la maggior parte delle conciliazioni monocratiche concluse con esito positivo sono proprio quelle in cui ci sono più possibilità per il datore di lavoro di incorrere in sanzioni amministrative nel caso d'ispezione e quindi nei casi in cui il datore di lavoro è a conoscenza di prove a suo carico”.

¹³⁵ Cfr D. Messineo, op. cit., pag. 723.

¹³⁶ Vedi sul punto anche E. Massi, La riforma dei servizi ispettivi, cit., 17.

Ciò induce a collocare l'istituto in esame nella stessa area operativa della diffida accertativa per crediti patrimoniali di cui al successivo art. 12 del D. Lgs. 124/2004, volta alla formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale, sempre avente ad oggetto un obbligo di natura pecuniaria¹³⁷.

Tuttavia è stato anche osservato¹³⁸ che questa delimitazione colliderebbe con l'area delle competenze funzionali attribuite dall'art. 7 del D. Lgs. 124/2004 a mente del quale rientrano nei compiti degli organi ispettivi anche quelli di «vigilare sull'esecuzione di tutte le leggi in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale».

In base a questa previsione, dunque, è stato proposto di ritenere – in contrasto con quanto sostenuto dalla Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 24/2004 – che le richieste di intervento per le quali sia attivabile la procedura de qua possano avere ad oggetto anche diritti di natura non patrimoniale, coinvolgendo pertanto questioni quali l'impugnazione del licenziamento, la violazione dei diritti in materia di mansioni, le sanzioni disciplinari e così via.

Orbene, anche se – onestamente – tra l'art. 11, comma 4, e l'art. 7 cit. pare sussistere un contrasto risolvibile secondo la regola della derogabilità della norma generale (art. 7) da parte della norma speciale (art. 11), in effetti l'interpretazione “estensiva” è quella che più aderisce all'esigenza di garanzia di effettività del sistema delle tutele, garanzia sentita soprattutto nei settori ove il datore di lavoro sia tenuto a prestazioni infungibili.

Certo, ancora volta, potrebbe obiettarsi che, a fronte di una conciliazione monocratica avente ad oggetto ad es. l'impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro sarebbe indotto a conciliare non perché consapevole di aver intimato un licenziamento illegittimo, ma solo per evitare l'instaurazione/prosecuzione della ispezione.

Questo aspetto “estorsivo”, come sopra evidenziato, è ciò che in una prospettiva *de iure condendo* dovrebbe assolutamente eliminarsi al fine di contemperare il principio di effettività con quello del diritto alla difesa (entrambi ritraibili dall'art. 24 Cost.)¹³⁹.

Ma, ipotizzando un riequilibrio della norma nei termini anzidetti, non si vede perché limitare questa procedura solo ad alcuni diritti e non ad altri, pur a fronte del loro pari valore costituzionale.

6.3 La coercizione indiretta insita nel potere di disposizione ex art. 14 del D. Lgs. 124/2004

Un altro istituto contemplato dalla normativa in materia di ispezioni sul lavoro che vale la pena trattare in questa sede, per la sua potenziale vocazione ad essere uno strumento generale di tutela specifica mediante coercizione indiretta, è il potere di disposizione di cui all'art. 14 del D. Lgs. 124/2004¹⁴⁰.

¹³⁷ Su questo istituto, peraltro scarsamente utilizzato nella prassi, sono state sollevate fortissime critiche di anticostituzionalità: vedi A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 770 ss., il quale seccamente afferma: “l'efficacia di titolo esecutivo attribuita all'atto amministrativo appare incostituzionale nella sua irragionevolezza (artt. 3 e 24 Cost.) poiché il progetto di sentenza di un funzionario sottoposto ad un controllo eventuale da parte di un comitato amministrativo è per definizione privo di quell'altissimo grado di certezza che solo potrebbe giustificare la creazione di un titolo esecutivo di fonte amministrativa a favore del privato lavoratore”; nonché dello stesso, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.* n. 89/2004.

¹³⁸ D. Messineo, op. ult. cit., pagg. 723-724 nonché Schiavone, op. ult. cit., pagg. 731-732; vedi inoltre anche in tal senso anche L. Zaccarelli, *La conciliazione monocratica*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 4, nota n. 2, 844.

¹³⁹ E' peraltro vero che la procedura di cui all'art. 11 del D. Lgs. 124/2004, paradossalmente, porrebbe il datore di lavoro nella posizione di essere già “avvertito” della instaurazione/prosecuzione della ispezione, per cui egli potrebbe furbescamente apprestare tutti i rimedi dell'ultim'ora per ridurre al minimo il rischio dell'accertamento di eventuali irregolarità.

¹⁴⁰ Art. 24 D. Lgs. n. 124 del 23 aprile 2004: 1. Le disposizioni impartite dal personale ispettivo in materia di lavoro e di legislazione sociale, nell'ambito dell'applicazione delle norme per cui sia attribuito dalle singole disposizioni di legge un apprezzamento discrezionale, sono esecutive. 2. Contro le disposizioni di cui al comma 1 è ammesso ricorso, entro quindici giorni, al Direttore della direzione provinciale del lavoro, il quale decide entro i successivi quindici giorni. Decorso inutilmente il termine previsto per la decisione il ricorso si intende respinto. Il ricorso non sospende l'esecutività della disposizione.

In materia è stata proposta una lettura patrocinata sia dalla dottrina¹⁴¹ che dalla giurisprudenza¹⁴² che merita di essere segnalata perché denuncia manifestamente quel risvolto distorsivo del principio di effettività di cui si già detto.

La disposizione di legge citata disciplina il potere di impartire disposizioni da parte del personale ispettivo della Direzione provinciale del lavoro in materia di lavoro e di legislazione sociale, mentre per quanto riguarda l'analogo potere in materia di igiene e sicurezza sul lavoro rimane ferma la normativa di cui al combinato disposto degli articoli 10 e 11 del D.P.R. n. 520 del 19 marzo 1955¹⁴³.

La norma in commento è relativa ai casi in cui si faccia questione di osservare e applicare *“norme per cui sia attribuito dalle singole disposizioni di legge un apprezzamento discrezionale”*.

Innanzitutto non pare davvero semplice capire a quali norme il legislatore abbia inteso riferirsi con l'espressione *“apprezzamento discrezionale”*.

Non di sicuro a norme che attribuiscono al datore di lavoro vere e proprie facoltà di scegliere in autonomia quale decisione adottare in un determinato caso a fronte di una pluralità di soluzioni: diversamente argomentando la disposizione impartita dall'ispettore avrebbe l'effetto di privare l'imprenditore della stessa facoltà di scelta ad esso attribuita dalla legge (ad es., nel caso in cui il datore di lavoro privato intendesse attribuire un posto di lavoro di più alta qualificazione ad uno dei suoi dipendenti, non potrebbe ammettersi – pena la violazione dell'art. 41 Cost. – che l'ispettore possa imporgli di promuovere un certo lavoratore e non un altro).

E' più verosimile che il riferimento sia a norme che non tipizzino in modo preciso determinati comportamenti (così ad es. l'art. 16 del D. Lgs. 151/2001 che vieta l'adibizione al lavoro delle lavoratrici durante il congedo di maternità o per l'art. 3 lett. d del D. Lgs. n. 368/2001, che vieta la stipula di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi), ma a precetti di carattere generale o generalissimo per i quali l'individuazione della condotta dovuta presuppone una valutazione più complessa del caso concreto.

Insomma, come si è sostenuto¹⁴⁴, il potere di disposizione dovrebbe applicarsi quando occorra procedere alla *“concretizzazione di obblighi generali”* (ad. es. la sussistenza delle *“comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”* perché sia legittimo un trasferimento o un distacco a più di 50 km dalla ordinaria sede di lavoro o ancora l'obbligo del datore di lavoro di cessare di far svolgere determinate mansioni al lavoratore demansionato etc.).

Ebbene l'orientamento sopra richiamato ritiene che attraverso questo potere l'ispettore possa, appunto, *“disporre”* ed ordinare al datore di lavoro l'esecuzione di una determinata prestazione, adottando a tal fine un vero e proprio provvedimento amministrativo dotato di immediata efficacia esecutiva e la cui inosservanza potrebbe essere sanzionata se non mediante l'applicazione dell'art. 11 del D.P.R. 520/1955, quanto meno mediante l'applicazione dell'art. 650 c.p.¹⁴⁵.

¹⁴¹ Vedi Rausei, Diritto sanzionatorio.. cit., pagg. 31 ss..

¹⁴² T.A.R. Calabria sentenza n. 133 del 24 febbraio 2006.

¹⁴³ Art. 10 D.P.R. 520/1955: 1. Le disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro in materia di prevenzione infortuni sono esecutive. Sono parimenti esecutive, quando siano approvate dal capo dell'Ispettorato provinciale competente le disposizioni impartite dagli ispettori per l'applicazione di norme obbligatorie per cui sia attribuito all'Ispettorato dalle singole leggi un apprezzamento discrezionale. 2. Contro tali disposizioni è ammesso ricorso al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale entro quindici giorni, salvo quanto disposto dal successivo art. 31. Il ricorso non ha effetto sospensivo, salvo i casi nei quali la sospensione sia espressamente stabilita da disposizioni legislative o regolamentari, o il Ministro ritenga di disporla. Art. 11 D.P.R. 520/1955: 1. Le inosservanze delle disposizioni legittimamente impartite dagli ispettori nell'esercizio delle loro funzioni sono punite con la sanzione amministrativa da lire duecentomila a lire un milione quando per tali inosservanze non siano previste sanzioni diverse da altre leggi. 2. Si applica la pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda fino a lire ottocentomila se l'inosservanza riguarda disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro in materia di sicurezza o igiene del lavoro. L'assunto è stato confermato, peraltro, anche dalla Corte di Cassazione pen. sez. III sent. 29 settembre 2004, n. 38311.

¹⁴⁴ Rausei, op. ult. cit., pag. 32.

¹⁴⁵ Rausei op.ult. cit., pag. 34.

Giova a tal punto evidenziare che tale interpretazione è stata pienamente accolta da una recente pronuncia giurisprudenziale¹⁴⁶.

La sentenza in esame ha ritenuto pienamente legittimo un provvedimento di “disposizione” ex art. 14 del D. Lgs. 124/2004 con il quale veniva ordinato al datore di lavoro di ricevere la prestazione di lavoro formalmente offerta dal proprio dipendente, sulla scorta della riconducibilità del provvedimento stesso alle competenze di cui all’art. 7 del D. Lgs. 124/2004 e dell’illegittimità ai sensi dell’art. 2103 c.c. del rifiuto datoriale di consentire al lavoratore l’esecuzione della sua attività lavorativa.

Ciò che più rileva in questa pronuncia non è tanto l’aver implicitamente aderito alla tesi della configurabilità nel nostro ordinamento di “un diritto al lavoro”¹⁴⁷, quanto piuttosto l’aver ufficialmente riconosciuto in capo agli ispettori del lavoro il potere di prescrivere precise regole di condotta nei confronti del datore di lavoro attraverso atti amministrativi dotati di immediata efficacia esecutiva.

Ebbene non v’è chi non veda che in tal modo il datore di lavoro sia privato della irrinunciabile garanzia del processo e del giudizio imparziale, con tutti i crismi del contraddittorio, affinché si accerti se effettivamente egli abbia tenuto un comportamento inadempiente.

Non elimina il problema, ma al limite lo attenua, il fatto che il datore di lavoro¹⁴⁸ possa agire per l’accertamento negativo del diritto del lavoratore e, al fine di sospendere l’efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo, proporre ante causam un ricorso d’urgenza ex art. 700 c.p.c. con disapplicazione del provvedimento ritenuto illegittimo, perché ciò significherebbe costringerlo ad una tutela solo sommaria.

In alternativa, il datore di lavoro potrebbe impugnare il provvedimento davanti al giudice amministrativo, con istanza di sospensione dell’efficacia dello stesso, ma, stante la natura del giudizio amministrativo come giudizio di legittimità e non potendosi configurare una fattispecie devoluta alla giurisdizione esclusiva del G.A. quale giudice competente a sindacare anche in materia di diritti soggettivi, egli sarebbe costretto a difendersi solo sulla base degli atti istruttori ispettivi, senza poter contare sulla possibilità della prova testimoniale.

6.3.1 (Segue): *spunti de iure condendo per una valorizzazione del potere di disposizione*

Anche in questo caso dunque, come per l’art. 11 cit., la norma, in una prospettiva de iure condendo, dovrebbe essere corretta al fine di subordinare l’efficacia esecutiva alla mancata impugnazione del provvedimento: solo così si avrebbe la sicurezza che l’ottemperanza non sia frutto di una coercizione senza diritto di difesa, ma derivi da una consapevole valutazione di convenienza da parte del datore di lavoro circa la fondatezza o meno della asserita lesione del diritto del lavoratore. Diversamente la norma in parola, secondo la sopra esposta interpretazione, potrebbe determinare pericolose violazioni del diritto di difesa datoriale .

6.4. *Il doppio binario nelle tutele del lavoro (cenni)*

E’ ancora prematuro prevedere quali possano essere gli sviluppi applicativi delle norme sopra esposte, tanto nella prassi ispettiva quanto nella elaborazione giurisprudenziale.

¹⁴⁶ La già citata Sentenza del T.A.R. Calabria n. 133/2006, che stranamente non ha ricevuto l’attenzione che avrebbe meritato per l’importante indirizzo interpretativo adottato.

¹⁴⁷ Vedi supra pag. 24 nonché i richiami bibliografici sub nota 83.

¹⁴⁸ Non diversamente da quanto è stato prospettato con riferimento alla diffida accertativa di cui all’art. 12 del D. Lgs. 124/2004, vedi A. Vallebona , L’accertamento amministrativo dei crediti di lavoro, in Mass. Giur. Lav. n. 89/2004, per il quale, riferendosi alla efficacia immediatamente esecutiva della diffida accertativa, scrive: “l a tutela giurisdizionale relativa a rapporti tra privati viene in tal modo profondamente ed intollerabilmente alterata, poiché il titolo esecutivo, che in queste situazioni dovrebbe essere il risultato del processo a favore della parte che ha ragione, viene anticipato mediante un atto amministrativo, dotato, così, della stessa efficacia di una sentenza di condanna, ma per su a natura emesso senza le fondamentali garanzie della giurisdizione ”.

Senz'altro però questa digressione intorno agli artt. 11 e 14 del D. Lgs. 124/2004 (ma analoghe considerazioni possono farsi anche per l'art. 12 che, limitatamente ai crediti di lavoro, prevede la possibilità di creazione in sede amministrativa di un titolo esecutivo¹⁴⁹) consente di addivenire ad una conclusione di fondo .

La possibile valorizzazione di questi strumenti come mezzi di coercizione indiretta (appositamente depurati dalle segnalate distorsioni contrarie all'ineludibile garanzia di cui all'art. 24 Cost.) potrebbe dar vita, all'interno del sistema delle tutele del lavoro, ad una sorta di regime a doppio binario: accanto al binario classico della tutela giurisdizionale si affiancherebbe il binario della tutela amministrativa.

Quest'ultimo binario, tradizionalmente percorso solo ove la lesione del diritto soggettivo si fosse accompagnata alla integrazione di una fattispecie di illecito amministrativo, oggi potrebbe emanciparsi da questa rigida conformazione e finalmente essere percorso anche quando non sussistano gli estremi di alcun illecito amministrativo, ma soltanto l'esigenza di una tutela più celere del lavoratore¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Vedi supra sub nota 143.

¹⁵⁰ D. Messineo, op. cit., pag. 1, così scrive: "In passato si è ritenuto che la conciliazione dovesse essere considerata attività avulsa dai poteri ispettivi, in quanto l'azione dell'ispettore del lavoro doveva consistere nella messa in atto di una "vis repressiva" nei confronti dei soggetti ispezionati, mirata a comminare sanzioni amministrative e penali". Riferendosi poi all'istituto della conciliazione monocratica: "La delega, prevista nella L. 14 febbraio 2003, n. 30, ha, tuttavia, espressamente fissato il principio del "raccordo efficace tra la funzione di ispezione del lavoro e quella di conciliazione delle controversie individuali" nell'ottica di una prevenzione delle controversie individuali, per assicurare una sempre maggiore equità ed efficienza del sistema conciliativo".

Parte Seconda
I Rimedi Sostanziali e Processuali del Diritto del Lavoro

1. La tutela contro il licenziamento illegittimo

1.1 *La distribuzione della tutela specifica nei diversi regimi: il bilanciamento tra il principio di effettività e principio di libertà di autonomia negoziale e organizzativa*

Come sopra si è avuto modo di anticipare¹⁵¹ la disciplina contro i licenziamenti illegittimi costituisce senz'altro uno degli argomenti più rilevanti nella trattazione delle tutele specifiche e in generale in tema di effettività.

E' stato proprio a partire dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, infatti, che ha ripreso corpo nella dottrina civilistica l'interesse per questo tema¹⁵², per le varie implicazioni derivanti soprattutto dal meccanismo di tutela introdotto dall'art. 18 e per la rilevanza attribuita dal legislatore all'esigenza di garantire non già una mera tutela compensativa del diritto leso dal licenziamento intimato in carenza dei presupposti di legittimità, ma la reintegrazione del bene della vita giuridicamente protetto, ovvero il diritto al lavoro¹⁵³. Tutto ciò al fine di attuare i principi costituzionali del "diritto al lavoro" di cui all'art. 4 Cost.¹⁵⁴, del principio di protezione della parte debole di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e della compatibilità della iniziativa economica privata con l'utilità sociale e la salvaguardia delle libertà e dignità umana di cui all'art. 41, comma 2, Cost.¹⁵⁵.

Ciò peraltro non ha comportato l'affermazione del diritto alla reintegrazione come mezzo di tutela assoluto, poiché avverso il licenziamento illegittimo il legislatore ha previsto, come noto, diversi regimi di tutela a seconda della rilevanza attribuita ai vari interessi configurabili nelle varie ipotesi contemplate in astratto.

Giova a tal punto precisare che non interessa tanto in questa sede analizzare nel dettaglio la disciplina sostanziale relativa ai presupposti di legittimità dei licenziamenti, quanto piuttosto mettere subito in evidenza le ragioni della diversa operatività che nei vari regimi è attribuita alla tutela specifica rispetto alla tutela risarcitoria per equivalente.

Nel regime della c.d. "tutela obbligatoria" di cui all'art. 8 della Legge 604/1966 il licenziamento, pur privo dei presupposti di legittimità, ha efficacia estintiva del rapporto di lavoro e, all'esito dell'accertamento giudiziale di detta illegittimità, al lavoratore è attribuita l'alternativa¹⁵⁶

¹⁵¹ Vedi supra pag. 1

¹⁵² Cfr Proto Pisani A., L'attuazione dei provvedimenti di condanna, cit. pag. 39; Vedi inoltre dello stesso A., L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento alla attuazione della sentenza di condanna, riv. dir. proc. 1975, 620 ss. Nonchè dello stesso autore anche, L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile, in Procedimenti speciali ed esecutivi, processo penale. - Padova : cedam, 1994. - VIII, pagg. 419 ss.

¹⁵³ Cfr M. Napoli, La tutela dei diritti tra diritto sostanziale .. cit., pag. 54: "La storia della legislazione sulla tutela del posto di lavoro si giustifica, anche se non la esaurisce, all'interno dell'art. 4 Cost. [...] Il bene protetto è il diritto al lavoro, sempre richiamato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale per giustificare la legislazione limitativa dei licenziamenti".

¹⁵⁴ Proprio sulla base di questo principio Mortati R., Il lavoro nella costituzione, 1954, in Dir. Lav., 153, propose (come è evidente, molto prima della entrata in vigore della Legge n. 604/1966) di rileggere l'art. 2118 c.c. al fine di fondare il superamento della regola del recesso ad nutum. In contrasto con questa lettura peraltro si pose Mancini F, il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, 1957, Milano, Vol I, che - tesi seguita dalla maggioranza della dottrina dell'epoca - ritenne non immediatamente vincolante la norma costituzionale, che per tale via venne collocata tra i principi programmatici. E nello specifico il principio era quello volto a costituire un impegno della Repubblica a garantire tendenzialmente la massima occupazione.

¹⁵⁵ Cfr A. Vallebona, Istituzioni del diritto del lavoro, II, Cedam, Padova, 2005, 378.

¹⁵⁶ In merito al carattere alternativo delle due opzioni delineate dalla norma, vedi Ghezzi G., Sul rapporto tra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (a proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di riassunzione), in Riv. It. Dir. Lav., 1968, I, 255; Pera G, Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali, in Riv. it. Dir. lav. 1968, II, 175. Entrambi gli Aa. evidenziano il carattere

tra la riassunzione, che comporterà l'instaurazione di un rapporto di lavoro ex novo¹⁵⁷, e il pagamento di una indennità risarcitoria nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, da determinarsi secondo i criteri codificati dalla disposizione (e salva la possibilità di aumento della misura massima a seconda della anzianità di servizio del lavoratore).

La violazione del vincolo legislativo, ovvero l'intimazione del licenziamento in carenza di giusta causa o di giustificato motivo, diventa nell'economia della norma il presupposto per la nascita di una nuova obbligazione in capo al datore di lavoro, ma non comporterà la persistenza del vecchio rapporto di lavoro illegittimamente interrotto.

La protezione accordata dal legislatore è, in primo luogo, rappresentata dalla regola della necessaria giustificazione¹⁵⁸, regola che codifica un vincolo generale frapposto al potere di recesso del datore di lavoro.

Tuttavia nell'ambito del regime in esame, la violazione di questa regola (che in senso più ampio realizza un inadempimento) non dà diritto all'adempimento in natura, ovvero alla prosecuzione dello stesso rapporto di lavoro, come in generale sancito dal diritto comune dei contratti nel combinato disposto degli artt. 1218, 1256 e 1453 c.c., ma, come detto, all'acquisto di un nuovo diritto (e simmetricamente di una nuova obbligazione in capo al datore di lavoro) avente ad oggetto una prestazione alternativa o di facere (la riassunzione) o di dare (il pagamento dell'indennità).

Questa circostanza allontana il diritto del lavoro dal diritto civile, ma non consente di affermare che la tutela specifica sia un rimedio necessariamente tipico, anzi induce a sostenere il contrario: la tutela specifica, in forza delle sopra esposte norme del codice civile, spetta sempre, salvo che non sia espressamente esclusa da una norma che limiti il tipo di tutela alla sola tutela risarcitoria.

Ebbene, proprio l'art. 8 della legge n. 604/1966 può essere interpretato come norma speciale che, derogando al generale principio del diritto all'esatto adempimento (nella specie concretandosi nel diritto all'osservanza della regola della necessaria giustificazione del licenziamento ex artt. 1 e 3 della Legge n. 604/1966), espressamente tende a limitare al solo rimedio risarcitorio la tutela attribuibile al lavoratore¹⁵⁹. Questa limitazione, d'altro canto, non può che essere giustificata dalla volontà di preservare contrapposti interessi di pari valore costituzionale rispetto non solo ai valori protetti nelle summenzionate disposizioni di cui agli artt. 4, 3, comma 2, e 41, comma 2, Cost. ma anche rispetto al principio di effettività delle tutela dei diritti ritraibile dall'art. 24 Cost.¹⁶⁰.

alternativo della obbligazione susseguente all'applicazione dell'art. 8 cit. e affermano che ove la riassunzione divenga impossibile per il fatto del lavoratore questi abbia comunque diritto alla indennità risarcitoria.

¹⁵⁷ Sul punto molto chiaramente Mazziotti F., i licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in *Giornale dir. lav. e rel ind.*, 1987, 491.

¹⁵⁸ Ed in effetti questo è il mezzo di protezione che nel modo più immediata dà attuazione agli artt. 3, comma 2, 4 e 41, comma 2 Cost. . Regola infatti introdotta all'indomani della storica sentenza n. 45 del 1965 della Corte Costituzionale nella quale, pur ribadendosi che il superamento della regola del recesso ad nutum non fosse costituzionalmente prescritto ma rimesso esclusivamente alle scelte del legislatore, si rivolgeva un chiaro invito a quest'ultimo proprio nel senso di introdurre dei limiti al potere incontrollato di licenziamento.

¹⁵⁹ Pagni I., La tutela specifica e la tutela per equivalente, cit., pag. 117, per la quale: "la disciplina complessiva dell'impugnativa del licenziamento consent[e] di riaffermare, a livello teorico, il seguente principio: che anche per ciò che concerne la realizzazione giurisdizionale degli effetti di un rapporto obbligatorio (qual è quello di lavoro), la tutela generale, da ammettersi anche ove non esplicitamente prevista, è quella specifica. [...] soltanto una previsione espressa (volta ad escludere la misura specifica in favore di quella per equivalente) può determinare un arretramento dei rimedi dal piano "reale" al piano "obbligatorio", quale quello cui l'art. 8 l. 604/1966 alla fine perviene, sia pure attraverso la strada più complessa del diverso regime di efficacia del licenziamento".

¹⁶⁰ Per Camoglio L. P., I modelli di garanzia costituzionale del processo, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1001, 675 "la correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse giuridicamente protetti e le possibilità di una loro piena tutela nel processo attraverso un'adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale, rappresenta .. un punto ormai fermo nelle tradizioni di civil e di common law". Sulla copertura costituzionale del principio di effettività come diritto ad una tutela processuale che possa effettivamente realizzare la pretesa sostanziale protetta, e quindi sulla rilevanza costituzionale – in definitiva – della stessa tecnica della tutela

Ciò detto, è ormai un assunto pacifico che questi “contrapposti interessi” vadano ricercati all’interno dell’art. 41 della Cost. e nella scelta del legislatore di preservare la libertà d’impresa nelle aziende di più piccole dimensioni, sul presupposto che in queste ultime la reintegrazione del lavoratore sarebbe un peso eccessivo per i gravi pregiudizi che essa comporterebbe nella razionale organizzazione del lavoro e nelle relazioni tra i lavoratori¹⁶¹.

Peraltro la stessa logica di bilanciamento di interessi sta anche alla base delle residuali fattispecie di libera recedibilità, nelle quali non è prescritta l’osservanza della regola della necessaria giustificazione. Così il legislatore attribuisce prevalenza alla forte fiduciarità che connota il rapporto di lavoro domestico (art. 4, comma 1, della Legge 108/1990) e quello con i dirigenti (art. 10 Legge 604/1966); alla acquisizione del diritto ad un trattamento pensionistico per i lavoratori con diritto alla pensione di vecchiaia (art. 4, comma 2, della Legge 108/1990)¹⁶²; alla causa insita nel patto di prova, ovvero la sperimentazione della convenienza reciproca del rapporto di lavoro, per i lavoratori in prova (art. 10 della Legge 604/1966)¹⁶³.

Al contrario della tutela di cui all’art. 8 cit., l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori appresta una vera e propria tutela specifica ponendosi nel solco del diritto all’esatto adempimento.

Esso, come noto, è fondato su un triplice ordine di tutele¹⁶⁴.

Innanzitutto viene in considerazione la tutela invalidante del licenziamento, mediante la quale il giudice statuisce la persistenza giuridica del rapporto di lavoro per effetto dell’accertamento costitutivo dell’annullamento del recesso, o dell’accertamento dichiarativo della nullità o inefficacia dello stesso.

Accanto a questa forma di tutela l’art. 18 cit. comprende altre due tecniche di tutela specifica: la tutela inibitorio-restitutoria e la tutela risarcitoria.

La prima è rappresentata dall’ordine di reintegrazione, ordine che contempla sia la cessazione del comportamento illecito che la restituzione del bene della vita violato: nella specie la cessazione di ogni contegno che impedisca al lavoratore la ripresa della propria attività di lavoro, da attuarsi, appunto, mediante la restituzione del posto di lavoro.

La seconda è invece prevista dal comma 4 dell’art. 18 cit. e consiste nella condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno, mediante corresponsione di tutte le retribuzioni dovute,

specifica vedi I. Pagni, in *La tutela specifica .. cit.*, 65 ss., per la quale “quando non vi siano ragioni legate al limite della impossibilità naturale o alla necessità di un contemperamento di interessi tra i valori parimenti da garantire, perché di rilievo non diverso, i principi in gioco nella materia giurisdizionale siano tali da legittimare ed imporre ogni operazione interpretativa che cerchi di correggere e eventuali difetti di equilibrio tra previsione sostanziale e misura di tutela”. In materia altresì Andrioli V., *Progresso del diritto e stasi del processo*, in scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei, I, Padova, 1958, 414, ove questi affermava che “l’interesse alla ricerca sul principio di effettività risiede soprattutto nel far emergere i confini oltre i quali la mancata attuazione del criterio direttivo dell’equipollenza tra diritto sostanziale e tutela giurisdizionale non possa più dirsi giustificata dai principi generali dell’ordinamento positivo”. Ed in effetti proprio in questa prospettiva si cerca di sviluppare la presente ricerca. Da ultimo vedi anche Pivetti M., *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela specifica dei diritti del lavoratore*, in *Aa Vv. La tutela specifica ..cit.*, pag. 214, in avvalorando la tesi di Proto Pisani sulla costituzionalizzazione del principio di effettività, sostiene che “non sarebbe costituzionalmente legittimo un sistema che assicuri una tutela ridotta rispetto a quella che sarebbe possibile dare, a meno che questa riduzione non sia necessaria per tutelare o perseguire altri valori costituzionali”. Vedi altresì sul punto Corte Cost. sent. n. 204/2004, par. 3.4.1.

¹⁶¹ La Corte Costituzionale ha sempre dichiarato la legittimità costituzionale della diversificazione delle tutele contro i licenziamenti. Su punto vedasi Corte Cost. sent. 14 aprile 1969, n. 81, in FI, 1969, I, 1384, che fa riferimento al concetto di “costi eccessivi” derivanti dalla regola della reintegrazione per le imprese di minori dimensioni criterio utilizzato anche dalla sent. 19 giugno 1975, n. 152, in FI, 1975, I, 1578, per la differenza di trattamento tra imprese agricole ed imprese industriali; Corte Cost. sent. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. cost.*, 1986, I, 235, nella quale si usa il criterio della spiccata fiduciarità delle relazioni lavorative nelle imprese di minori dimensioni; tutti criteri poi confermati anche nella successiva sent. 23 febbraio 1996, n. 44, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 151.

¹⁶² E non all’età perché la Corte Costituzionale ha con la sentenza del 7 luglio 1976, n. 176 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della richiamata disposizione laddove escludeva l’applicabilità della legge 604/1966 ai lavoratori con età superiore ai 65 anni che però non avessero ancora acquisito il diritto alla pensione di vecchiaia;

¹⁶³ Anche se, come approfonditamente esposto da R. Dal Punta, *L’abuso del diritto del lavoro*, in *Dir. Priv.*, 1997, 404, occorre verificare che il recesso non sia meramente arbitrario.

¹⁶⁴ M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980

nonché di tutti i relativi contributi previdenziali e assicurativi, dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, importo che comunque non potrà essere inferiore alla misura di 5 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Il regime delineato (in modo combinatorio) dall'art. 18, pertanto, nell'affermare la continuità giuridica del vincolo contrattuale e nel supportarla dall'ordine giudiziale al datore di lavoro di ripristinare materialmente il rapporto di lavoro, appresta la massima estensione alla tecnica della tutela in forma specifica.

Ciò perché nel bilanciamento tra la libertà d'impresa ex art. 41 Cost. e l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro il legislatore ha attribuito la prevalenza a quest'ultimo.

Come si vede la maggiore o minore operatività della tecnica della tutela specifica nel contesto delle tutele contro i licenziamenti non è altro che la conseguenza di un bilanciamento degli interessi coinvolti nello scioglimento del rapporto di lavoro .

Il paradigma del bilanciamento di per sé stesso è peraltro declinato dallo stesso art. 41 Cost. nei suoi primi due commi¹⁶⁵.

Nell'area della libera recedibilità la tutela specifica (per effetto della esclusione della regola della necessaria giustificazione) è impedita perché il legislatore sacrifica *completamente* l'interesse alla conservazione del posto di lavoro in favore di altri interessi: solo in caso di licenziamento di carattere discriminatorio ex art. 3 della Legge n. 108/1990 essa è riaffermata, in quanto l'originario giudizio di valore si capovolge in favore dell'ineludibile principio antidiscriminatorio e di tutela della dignità della persona che trova il suo riferimento nell'art. 3, comma 1, della Costituzione.

Nell'area della regola della necessaria giustificazione, la divaricazione tra tutela obbligatoria e tutela reale è frutto della maggiore o minore rilevanza data alla libertà d'impresa, alla autonomia nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo datoriale, rispetto all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto.

Queste premesse sono necessarie per evitare di cadere nell'errore di ritenere effettivo solo quel rimedio che soddisfi in modo pieno e diretto l'interesse del lavoratore.

In realtà il rimedio è effettivo se consente di salvaguardare quanto è tutelato nella stessa norma sostanziale, e in materia di licenziamenti, come visto, non è tutelato solo l'interesse alla conservazione del posto, ma anche quello del datore di lavoro alla libera organizzazione d'impresa.

Per effetto di queste premesse, da un lato, si capisce perché sia assunto più volte ribadito dalla Corte Costituzionale che la regola della reintegrazione non è precetto costituzionalmente necessitato¹⁶⁶; dall'altro, e correlativamente, deve essere criticato ogni atteggiamento di retroguardia atto a sminuire la funzione dell'art. 18 da strumento di tutela specifica a rimedio di mera natura risarcitoria¹⁶⁷.

1.2 L'effettività nell'area della c.d. "tutela obbligatoria"

La particolarità della tutela c.d. obbligatoria, a mio avviso, non è tanto quella di impedire che il lavoratore possa agire in giudizio affinché il giudice ordini al datore di lavoro la

¹⁶⁵ Cfr M. Persiani, Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico, in ADL, 2000, I, 14 ss. .

¹⁶⁶ Cfr Corte Costituzionale sent. 45/65, in FI, 1965, I, 1118, nella quale si afferma che "l'art. 4 Cost. come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto".

¹⁶⁷ Cfr. M. Napoli, La tutela dei diritti cit., pag. 63: "nell'avversione verso la reintegrazione è da intravedere anche l'influsso derivante dalla nuova stagione che la tecnica risarcitori a per il danno alla persona sta vivendo nel nostro paese. E' una grande rivoluzione operata nel sistema civilistico che riverbera la sua ombra anche sul diritto del lavoro. Le nuove frontiere di risarcimento del danno alla persona, affermatesi, sul terreno della responsabilità civile, si sono spostate anche nell'ambito del diritto del lavoro. Ma ciò, se ha indubbiamente allargato, in generale, l'ambito della tutela del lavoratore, ha finito per sminuire le tecniche diverse dal risarcimento del danno allorquando esse siano previste".

reintegrazione nel posto di lavoro, come invece è previsto nell'art. 18, ma più semplicemente il suo rapporto con la tutela specifica (reale) di diritto comune.

Infatti una volta introdotta la regola della necessaria giustificazione, che non può non essere qualificata come norme imperativa di condotta, subordinante l'esercizio del diritto potestativo del recesso datoriale alla sussistenza di determinati presupposti, la conseguenza naturale sarebbe stata quella di qualificare senz'altro invalido il licenziamento posto in essere in violazione di tale regola.

Detta fattispecie, peraltro, sarebbe stata inquadabile sia nei termini di inidoneità dell'atto a produrre effetti estintivi del rapporto di lavoro, e sia come inadempimento del datore di lavoro.

In ogni caso, per effetto di ciò, il lavoratore avrebbe potuto, vista la persistenza giuridica del rapporto di lavoro, sia chiedere il pagamento delle retribuzioni comunque dovute e sia domandare il risarcimento degli ulteriori danni sofferti per l'inadempimento datoriale da mancata attuazione del programma negoziale, come oggi ormai pacificamente la giurisprudenza ammette per il risarcimento nell'area di operatività della tutela reale ex art. 18¹⁶⁸.

Ma, appunto, l'art. 8 della Legge n. 604/1966¹⁶⁹ ha derogato alla disciplina generale di cui agli artt. 1218, 1256, 1453, 1418 c.c. in rapporto agli artt. 1 e 3 della stessa Legge n. 604/1966, eliminando dai diritti del lavoratore ingiustamente licenziato quello alla tutela specifica.

Per effetto di ciò (e, come detto, della ritenuta legittimità costituzionale di questa scelta legislativa) sarebbero assolutamente *contra legem* tutte le operazioni ermeneutiche atte a reintrodurre indirettamente ciò che la legge ha escluso categoricamente al fine di salvaguardare il principio della libertà d'impresa ex art. 41 Cost. .

1.2.1 (Segue): la questione della risarcibilità dei *danni ulteriori* nell'ambito della tutela obbligatoria

Fermo quanto sopra esposto - ci si chiede - la norma de qua ha escluso solo la tutela specifica o anche la tutela risarcitoria derivante dall'applicazione del diritto comune ?

La domanda è connessa ad un altro quesito: la norma ha eliminato solo (ciò che altrimenti sarebbe stata) l'idoneità del recesso ad estinguere il vincolo contrattuale o anche la qualificabilità in termini di inadempimento del licenziamento illegittimo ?

Dalla risposta a questi interrogativi dipende la possibilità di attribuire al lavoratore (come pur viene ammesso nell'ambito della tutela reale ex art. 18¹⁷⁰) oltre al diritto alla indennità "tipizzata" dall'art. 8 cit. anche quello ai *danni ulteriori*.

¹⁶⁸ Vedi Cass. 3 maggio 2000, n. 5491, in Lav. Giur., 2000, 830, nella quale è assunto come danno risarcibile quello relativo a "tutti gli effetti negativi incidenti sul bene primario della salute in sé considerato, quale diritto inviolabile dell'uomo alla pienezza della vita e alla esplicazione della propria personalità morale, intellettuale e culturale"; Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, in FI, 2002, I, 26178, in cui si afferma: "in tema di risarcimento dei danni da licenziamento illegittimo l'indennità spettante ex art. 18 quarto comma legge 300/1970 al dipendente illegittimamente licenziato è destinata a risarcire il danno intrinsecamente connesso alla impossibilità materiale per il lavoratore non reintegrato di eseguire la propria prestazione lavorativa, la previsione e corresponsione di tale indennità non escludono che il lavoratore licenziato e non reintegrato possa aver subito danni ulteriori"; lo stesso principio è affermato poi anche con riferimento al licenziamento ingiurioso in Cass. 1 aprile 1999, n. 3147, in DRL, 1999, 653 e Cass. 13 giugno 2005, n. 1493, in ADL, 2006, 564 e Cass. 16 maggio 2006, n. 11432 inedita.

¹⁶⁹ In merito al fatto che la Corte Costituzionale abbia dichiarato pienamente legittima costituzionalmente questa normativa: vedi tra le altre, sentenze 28 dicembre 1970, n. 194, in MGL, 1970, 522 e 23 febbraio 1996, n. 44, MGL, 1996, 151 .

¹⁷⁰ Per la giurisprudenza vedi supra sub nota 164. In dottrina vedi D'Antona, La reintegrazione e il risarcimento del danno, in Opere, Torino, 2000, 332; F. Mazziotti, inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno. In scritti in onore di Giuseppe Suppiej, 2005, Padova, 655; M. Tatarelli, Il licenziamento individuale e collettivo, Cedam, Padova, 2006, 68; Ferraro, I licenziamenti individuali, Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108, Napoli, 1990, 54, il quale ritiene che l'indennità risarcitoria ex art. 18, comma 4, sia una misura minima non modificabile attraverso le categorie civilistiche ordinarie dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, ma non sia una misura massima, per cui residuerà pur sempre in capo al lavoratore il diritto di ottenere il risarcimento dei danni ulteriori, O. Mazzotta, Diritto del lavoro, Giuffrè, 2005, 674; contra questa impostazione vedi Sandulli - Vallebona - Pisani, La nuova disciplina dei licenziamenti individuali, Padova, 1990, 41; in termini problematici, Carinci, Statuto dei lavoratori e piccola impresa, in

La risposta, inoltre, ritenendo che il risarcimento possa non solo svolgere una funzione compensativa ma anche indirettamente coercitiva all'adempimento in forma specifica (come, ancora una volta, si ritiene per l'art. 18, comma 4¹⁷¹), incide inevitabilmente anche sul grado di effettività della tutela stessa, quale mezzo per salvaguardare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto senza pregiudicare quello datoriale alla libertà d'impresa.

Prima di rispondere, però, sono necessarie due precisazioni.

La prima, di carattere generale, riguarda la qualificazione della situazione soggettiva del lavoratore nei confronti del potere di licenziamento del datore di lavoro; la seconda, sempre di carattere generale, riguarda la tecnica stessa della tutela risarcitoria per equivalente monetario.

Quanto alla prima, il potere di licenziamento è strictu sensu un diritto potestativo ad esercizio non discrezionale ma vincolato¹⁷², per cui il rispetto del vincolo diventa oggetto di un vero e proprio diritto in capo al lavoratore: conseguentemente la violazione di questo diritto, che nasce dal contratto in quanto effetto attribuitogli dalla legge, concreta un vero e proprio inadempimento che, secondo le regole generali di cui all'art. 1218 c.c., dà diritto al risarcimento di tutti i danni che ne siano conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c. .

Quanto alla seconda, ci si chiede se possa il legislatore, in ipotesi di violazione di un diritto soggettivo, limitare la tutela risarcitoria solo ad alcuni danni escludendone aprioristicamente altri.

Per rispondere a quest'ultima domanda (che, invero, è di centrale importanza nell'economia del discorso) occorre innanzitutto partire da un principio ormai consolidato, affermato dalla lontana e storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986 (anticipata in qualche suo esito dalla sentenza n. 87 del 1979), in forza del quale *“mentre rientra nella discrezionalità del legislatore adottare discipline differenziate per la tutela risarcitoria, tale discrezionalità è invece esclusa allorquando vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite”*¹⁷³ .

Questo principio, dunque, comporta che qualunque lesione cagionata ad un bene costituzionalmente garantito deve essere integralmente risarcita e che, proprio in forza della rilevanza costituzionale del bene protetto, non può ritenersi sufficiente una tutela risarcitoria limitata alla sola sfera patrimoniale.

Orbene, come detto, il diritto alla conservazione del posto di lavoro non è un bene costituzionalmente protetto, ma lo è senza margini di dubbio la dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come da ultimo ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷⁴ . In quest'ultima sentenza, in particolare, la Suprema Corte afferma chiaramente la contrarietà alla Carta Costituzionale delle *“compromissioni delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”*, ravvisando queste evenienze nei casi di dequalificazione.

Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1990, 485; Proto Pisani A., Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti, FI, 1990, V, 367.

¹⁷¹ Sulla valenza intrinsecamente compulsoria della indennità ex art. 18, comma 4, Legge 300/1970 Vedi in particolare Ghera E., Esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro, in Processo c. it., 1088 : “in questo senso deve ammettersi una funzione, sia pure indirettamente compulsiva – non meramente psicologica ma coercitiva sul piano giuridico – nei confronti dell'imprenditore: tale da configurare la corresponsione della retribuzione non lavorata come misura di esecuzione forzata indiretta dell'obbligo – incoercibile per surrogazione – della reintegrazione nel posto di lavoro”; dello stesso A. (con riferimento alla nuova formulazione della norma), Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative, in DLRI, 1991, 638 ss.; D'Antona M., Tutela reale del posto di lavoro, in EGT, XXXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, 8; O. Mazzotta, I licenziamenti, Milano, 1999, 831 ss.; Speciale V., Situazioni soggettive .. cit., 109 ss. .

¹⁷² Ghera E., Esecuzione, cit., 1079 ss.

¹⁷³ La formulazione, in questi termini, del principio è di Pivetti M., op. ult. cit., pag. 208.

¹⁷⁴ Cass. civ. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972: *“Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvono nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”*.

Peraltro non è solo la dignità della persona ma è anche la stessa professionalità che deve ritenersi bene costituzionalmente protetto in capo al lavoratore (art. 35, comma 2, Cost.)¹⁷⁵.

Ebbene, non posso accettare di ritenere che l'intimazione di un licenziamento illegittimo che privi definitivamente il lavoratore del posto di lavoro sia un evento che non incida sulla dignità e sulla professionalità di quest'ultimo.

Ma soprattutto non posso davvero ammettere che questa lesività sussista solo quando il licenziamento non sciolga il vincolo contrattuale.

Al contrario, questa lesione è notevolmente più rilevante proprio quando non sia attivabile alcuna forma di tutela specifica (in un certo senso sarei propenso a ritenere che il licenziamento illegittimo in questo caso sia più "doloso").

In sintesi, non ritengo che sia coerente ammettere il risarcimento di questa tipologia di danni per i casi di dequalificazione o di licenziamento rientrante nell'area di operatività della tutela reale e non anche in caso di licenziamento coperto dalla sola tutela obbligatoria¹⁷⁶.

Infatti, in entrambi i licenziamenti è configurabile un inadempimento che lede un bene di rilevanza costituzionale, quale quello alla dignità della persona e alla elevazione professionale del lavoratore.

Per questi motivi sono contrario alla esclusione del diritto del lavoratore a vedersi risarcito i "danni ulteriori", nella specie di tipo non patrimoniale, cagionati dal comportamento illegittimo del proprio datore di lavoro.

In quest'ottica la tutela apprestata dall'art. 8 della Legge n. 604/1966 deve essere interpretata in senso costituzionalmente orientato, come rimedio nel quale la rigida quantificazione economica del danno è relativa al solo danno sofferto per il venir meno del diritto alle retribuzioni, ma non esclude che danni diversi, se provati, possano essere risarciti.

In altri termini, si dovrebbe ritenere che il legislatore del '66 abbia introdotto un tetto massimo del risarcimento del solo danno che immediatamente deriva dal licenziamento illegittimo, ovvero la sopravvenuta mancanza delle retribuzioni (anche perché altrimenti sarebbe stata diabolica la prova del quantum debeatur in relazione ad un danno futuro di tal fatta).

In questa prospettiva, inoltre, dovrebbe ammettersi non solo il risarcimento del danno "ulteriore" rappresentato dal danno non patrimoniale da lesione della dignità e della professionalità, ma anche il danno "ulteriore" di natura patrimoniale, come sostenuto da D'Antona¹⁷⁷, come ad es. gli interessi derivanti dal mutuo contratto per sostituire la retribuzione con un'altra fonte di sostentamento o ancora i danni sofferti per l'intervenuto sfratto per morosità derivante, appunto, dall'impossibilità di far fronte al pagamento dei canoni locatizi in ragione del venire meno delle retribuzioni.

Questo modo di intendere il rimedio in parola, infine, è il solo che ritengo pienamente rispettoso del principio di effettività delle tutele dei diritti, sia perché non potrebbe di certo ritenersi effettivo un rimedio risarcitorio che non consenta il pieno ristoro di tutti i danni patiti; sia, infine, perché solo detto rimedio potrebbe massimamente esplicare quella funzione compulsoria

¹⁷⁵ M. Napoli, La tutela dei diritti, cit., pag. 56 -57; nonché, più in generale sulla tutela della professionalità e anche sulla rilevanza costituzionale del bene, Loy G., La professionalità, in RGL, 2003, I, 763.

¹⁷⁶ Contro questa tesi, ad eccezione di casi isolatissimi come l'A. sotto indicato, è la maggioranza della dottrina nonché la quasi unanime giurisprudenza. In dottrina vedi in particolare Mazzotta O. I licenziamenti, cit. 497; Nicolini, Diritto del lavoro, Milano, 1992, 469; Sandulli - Vallebona - Pisani, La nuova disciplina .. cit., 50, Vallebona A., Istituzioni .., cit., 449. In giurisprudenza tra le tante vedi Cass. 15 l'uglio 1972, n. 1450, in MGL, 1973, 204; Cass. 12 aprile 1974, n. 1030, MGL 1974, 682; Cass. 28 aprile 1974, n. 3236, in MGL, 1975, 480; Cass. 28 ottobre 1975, n. 3625, MGL, 1976, 41; Cass. 15 maggio 1976, 1722, MGL, 1977, 125; Cass. 18 febbraio 1980, n. 12 08, RGL, 1980, II, 607; Cass. 23 settembre 1986, 5715, FI, 1986, 2373.

¹⁷⁷ Cfr D'Antona, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali, a cura di De Luca Tamajo - D'Antona, NLC, 1991, 163, il quale ritiene che il lavoratore possa sempre chiedere il danno emergente, ossia i danni ulteriori che il licenziamento illegittimo abbia prodotto nella sfera extralavorativa del dipendente, qual ad es. la necessità di prestiti a tassi onerosi, spese di trasloco o sfratti. Sul punto, più ampiamente, vedi altresì G. Amoroso V. Di Cerbo, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti, Giuffrè, Milano, 1997, 1024.

dell'adempimento (da tanti invocata¹⁷⁸) necessaria a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, interesse – come detto – che (unitamente alla salvaguardia della libertà d'impresa) sta alla base di questo strumento di protezione.

1.3 *L'effettività nella c.d. area della "tutela reale": il problema della reintegrazione in un ambiente ostile*

Al contrario di quanto stabilito dall'art. 8 della legge n. 604/1966, l'art. 18 della legge n. 300/1970 garantisce al lavoratore illegittimamente licenziato la tutela specifica dei suoi diritti.

L'interesse alla conservazione del rapporto di lavoro, in quest'area, raggiunge il massimo della protezione legislativa.

Il primo comma della norma prevede che il giudice innanzitutto accerti e dichiari che il licenziamento è invalido, derivando da ciò la naturale conseguenza della persistenza del vincolo giuridico e degli obblighi da esso conseguenti.

Lo stesso comma, inoltre, prevede che il giudice, sulla base di quel pregiudiziale accertamento, ordini al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore ingiustamente licenziato.

L'ordine de quo, per l'effetto, impone al datore di lavoro di cessare dal suo comportamento illecito (privazione del posto di lavoro) per restituire al lavoratore il bene protetto che gli è stato ingiustamente sottratto (appunto, il posto di lavoro).

Alla tutela invalidante si affianca dunque la tutela inibitoria-restitutoria¹⁷⁹.

Anche questa è senza dubbio una forma di tutela specifica, ma – al contrario della tutela invalidante – non è una tutela che possa dirsi pienamente effettiva, perché non può tradursi in una ammissibile forma di esecuzione forzata, stante l'incoercibilità delle prestazioni infungibili, quali sono quelle tipicamente richieste al datore di lavoro per adempiere all'obbligo della reintegra.

Si tratta, infatti, di prestazioni di fare implicanti l'esercizio del potere organizzativo e direttivo tutelato dall'art. 41 Cost., il quale non potrebbe nel modo più assoluto essere "espropriato" al suo titolare: così è per l'assegnazione delle mansioni, la collocazione oraria della prestazione di lavoro, la direzione delle modalità esecutive della stessa.

Insomma, si tratta della manifestazione della etero direzione della prestazione di lavoro che connota il vincolo stesso della subordinazione ai sensi degli artt. 2094 e 2104 c.c.¹⁸⁰

A fronte di questa situazione, si potrebbe quasi essere indotti a pensare che la *legge promette ciò che non può mantenere*.

La frase è volutamente provocatoria e merita qualche precisazione:

- "*la legge promette*": è vero, il lavoratore ingiustamente licenziato sa che la legge gli consente, mediante l'art. 18, di riavere il posto di lavoro e quindi potrebbe "illudersi" di ottenere piena soddisfazione dal processo";

- "*...quello che non può mantenere*": non è vero, o meglio non è totalmente corretto, perché in effetti una cosa il lavoratore la ottiene di sicuro – il "prezzo del posto del lavoro"¹⁸¹ (ossia

¹⁷⁸ Vedi supra nota 167.

¹⁷⁹ Sulla combinazione della tecnica della tutela invalidante e della tecnica della tutela inibitoria -restitutoria, vedi in particolare, M. Napoli, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980, nonché voce *Licenziamenti* in *DDPcom*, IX, Utet, Torino, 1993, 58 nonché da ultimo *La tutela dei diritti cit.*, 2004, 54; O. Mazzotta, *I Licenziamenti*, Padova, 1999. In particolare questa concezione evidenzia il carattere inibitorio dell'ordine giudiziale che esalta il carattere illecito del comportamento negativo del datore di lavoro (estromissione del lavoratore – rifiuto della prestazione di lavoro) costituendo in capo al datore di lavoro un obbligo strumentale consistente nella riammissione del lavoratore in servizio. In termini analoghi anche D'Antona, *La reintegrazione...* cit., 115, nonché, *Tutela ..*, 9, e Mazzotti, *i Licenziamenti .. cit.*, 114.

¹⁸⁰ Sulla riconducibilità della infungibilità/incoercibilità al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro, vedi in particolare Ghera E., *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)* a cura di Garilli e Mazzamuto, Napoli, 1992., 320, nonché *L'esecuzione .. cit.*, 1083; D'Antona, *La reintegrazione.. cit.*, 1979, 192 ss. .

¹⁸¹ Cfr M. Napoli, *La tutela dei diritti.. cit.*, pag. 55, il quale nel precisare che il risarcimento di cui al comma 4 dell'art. 18 non è equiparabile al risarcimento da inadempimento proprio del diritto civile ma è un diverso tipo di risarcimento ("da licenziamento dichiarato invalido o inefficace") precisa: "conseguire le retribuzioni perse non è ricevere un

l'ammontare complessivo delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assistenziali dovuti sia per il passato che per il futuro ai sensi del quarto comma dell'art. 18), mentre ciò che non può ottenere (salva una spontanea ottemperanza alla sentenza da parte del datore di lavoro) è di poter svolgere il proprio lavoro.

Ebbene, siamo tornati, di nuovo, ad un punto chiave della tematica sulla effettività, ovvero la tutela non soltanto patrimoniale ma anche non patrimoniale del lavoratore, la centralità della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro, il contratto di lavoro come mezzo di esplicitazione della sua personalità e professionalità¹⁸².

Effettività della tutela nell'ambito dell'art. 18 significa dunque una sola cosa: idoneità della misura a salvaguardare la persona del lavoratore, non solo il suo reddito.

E' vero, peraltro, che la reazione della prassi a questa "ambizione" della legge è esattamente di segno contrario: nella stragrande maggioranza dei casi (ed è esperienza verificabile da chiunque) il lavoratore si avvale del comma 5 dell'art. 18, ovvero rinuncia alla reintegrazione per avere le quindici mensilità della retribuzione globale di fatto, previste da detta disposizione.

Alla luce di tale situazione, si potrebbe essere portati a pensare che, infondo, la realizzazione della persona mediante il lavoro, che l'art. 18 intende garantire, non sia una esigenza concreta, perché non avvertita dal mondo del lavoro, di qui una certa tendenza alla delegittimazione di questa norma¹⁸³.

Niente di più sbagliato.

Dopo la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione, infatti, il lavoratore decide di avvalersi del comma 5 dell'art. 18 non perché non è suo interesse mantenere il posto di lavoro e svolgere la sua prestazione di lavoro, ma perché è consapevole che ormai – inevitabilmente – il vincolo fiduciario con il suo datore di lavoro è venuto meno e che per l'effetto non potrà più svolgere serenamente la sua attività di lavoro.

Il licenziamento, dunque, è evento mortificante, dopo il quale – spesso – è difficile tornare indietro, prima ancora che sul piano giuridico, sul piano psicologico¹⁸⁴.

E' questo il vero aspetto drammatico del licenziamento, aspetto che molto spesso viene messo in secondo piano.

Ciò detto, ritengo che l'incoercibilità dell'obbligo alla reintegrazione sia un problema che richieda un meditato approfondimento sul versante da ultimo evidenziato.

Se ci si pone in quest'ultima prospettiva, è agevole scorgere nell'art. 18 due "anime" diverse, che però si incontrano nella comune volontà di salvaguardare la persona del lavoratore.

risarcimento qualsiasi ma è incassare il prezzo del posto di lavoro. Il posto di lavoro non è un'entità fisica, è un concetto relazionale, è la relazione la prestazione lavorativa e il suo corrispettivo".

¹⁸² Cfr Aa., *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Teramo-Silvi Marina, 2004; L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in DRL, 1990, 5: "La rottura col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari". Rescigno U. *Personalità (diritti della)*, in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990, 2; Grandi M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, ADL, 1999, p. 309 ss.

¹⁸³ Delegittimazione di certo indotta da una sorta di enfaticizzazione del risarcimento, ed in particolare del risarcimento della danno alla persona, divenuto via via aspetto di massima attenzione in giurisprudenza. Sul punto vedi M. Napoli, *La tutela dei diritti..*, cit., pagg. 63 e 64.

¹⁸⁴ Coglie bene quest'aspetto V. Speciale, *Situazioni delle parti..* cit., 108: "in realtà il problema principale, oltre alla impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata nelle forme di collaborazione imprenditoriale e infungibili a cui si è già fatto riferimento in precedenza, è di ordine psicologico. Anche quando, per mezzo degli strumenti previsti dalla legislazione vigente, è possibile imporre la reintegrazione effettiva nel posto di lavoro, vi è poi la difficoltà per il lavoratore di proseguire la sua attività all'interno di una struttura aziendale nella quale egli è semplicemente "sopportato" dal datore di lavoro, che interpreta la sua riammissione forzata in azienda come un'inammissibile interferenza nelle sue prerogative, con ulteriore radicale ed irreversibile compromissione del vincolo fiduciario (già minato dalle ragioni che hanno indotto a procedere al licenziamento).

La prima “anima” è quella insita nei commi 1 e 4, attraverso i quali è l’esplicazione della persona attraverso il lavoro e la professionalità che costituiscono il bene giuridico protetto.

La seconda “anima” è invece insita nel comma 5, nell’ambito del quale viene in evidenza il rischio che il lavoro, anziché esplicitare, possa mortificare la dignità del lavoratore .

Queste due “anime” sono intimamente compenstrate all’interno del più generale problema della effettività del rimedio di cui all’art. 18, nel quale si confondono l’una con l’altra fino a renderne difficile la distinzione.

Ciò che si vuole dire è che l’ineffettività del rimedio non è solo (o meglio, non è tanto) una conseguenza della incoercibilità giuridica dell’obbligo alla reintegrazione, ma è in gran parte prodotta dal forte rischio (diciamo pure certezza), come tale previsto dal lavoratore, che il lavoro dopo la reintegrazione si trasformi in un tormento. Il vero problema, a mio modo di vedere, dunque non è il *prima* della reintegrazione ma è il *dopo*.

Quale sarà, infatti, il trattamento del lavoratore reintegrato da parte del datore di lavoro ?

E’ agevole prevedere *discriminazioni* nella assegnazione delle mansioni, nella determinazione dell’orario di lavoro, nei provvedimenti di trasferimento, nelle promozioni, nella attribuzione dei periodi feriali o più in generale attraverso parole, gesti, comportamenti che tenderanno a mortificarlo e a isolarlo, insomma a pregiudicarne la dignità personale e professionale.

Certo, in queste circostanze – si potrà dire – il lavoratore potrà sempre chiedere il risarcimento del danno da “mobbing”¹⁸⁵.

Ma il risarcimento è una tutela, come detto, compensativa non soddisfattiva, che non elimina il problema, ma tende solo a liquidare economicamente una somma di denaro a ristoro dei danni subiti.

Ma allora, ci si chiede, questa situazione è davvero insuperabile ? L’ordinamento non consente che si possano apprestare altre tecniche di protezione che possano efficacemente eliminare o quanto meno ridurre queste pregiudizievoli conseguenze ?

Questo interrogativo, inevitabilmente, sollecita lo spostamento della lente dell’interprete sulle norme in tema di *discriminazioni*.

La disciplina in materia, come è noto, è costruita su fattispecie tipiche¹⁸⁶, ovvero prevede rimedi esperibili solo per i fattori discriminanti come tali tipizzati da essa, senza la possibilità di estensione alle discriminazioni poste in essere ad es. per antipatie personali.

La disciplina in oggetto, come si vedrà, contempla lo strumento delle misure coercitive indirette come mezzo di coazione all’adempimento e – al tempo stesso – di prevenzione dell’illecito.

Ciò detto, il problema è che tra la fattispecie di discriminazione tipizzate dalla legge non è prevista quella compiuta in danno del *lavoratore reintegrato*.

Compreso questo, allora diventa chiaro che il problema non è solo e tanto *come fare a superare la barriera della incoercibilità dell’obbligo alla reintegrazione*, ma prima ancora è *come fare ad impedire che il lavoratore reintegrato sia discriminato*.

¹⁸⁵ Vedi a tal riguardo, in www.uil.it, il d.d.l. denominato “ *Schema di Testo Unificato per i Disegni di Legge n. 122 e connessi in materia di tutela dei lavoratori dal fenomeno del mobbing* , 1° febbraio 2005,” ove all’art. 5, comma 1, si prescrive che giudice “ *nei cinque giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, ordina al responsabile del comportamento denunciato, con provvedimento motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo, dispone la rimozione degli effetti degli atti illegittimi, stabilisce le modalità di esecuzione della decisione e determina in via equitativa la riparazione pecuniaria dovuta al lavoratore per ogni giorno di ritardo nella esecuzione del provvedimento* ”. Ebbene questo rimedio contempla come è evidente tutte e quattro le tecniche di tutela appena richiamate. Peraltro merita attenzione l’introduzione della astreinte secondo il modello francese, ove non si prevede il pagamento di una penale pubblicistica (come per l’ultimo comma dell’art. 18 Stat. Lav.) né una c omminatoria penale (come nel comma 4 dell’art. 28 Stat. Lav.) ma una vera e propria forma di “riparazione pecuniaria” che altro non è – al di là della criticabile scelta linguistica – che un risarcimento del danno.

¹⁸⁶ A. Vallebona, Istituzioni .. cit., 2005 , 264.

A ben vedere la predisposizione di una adeguata garanzia antidiscriminatoria potrebbe rimuovere o quantomeno sdrammatizzare lo spettro del lavoro-mortificazione, sotteso al dettato del comma 5 dell'art. 18.

In questo modo, insomma, la tutela apprestata dai commi 1 e 4 dell'art. 18 potrebbe esplicare il massimo della sua valenza e della sua effettività. A tal riguardo, si ribadisce, la verità incontestabile è che nella maggior parte dei casi è il lavoratore a rifiutare la reintegrazione, non tanto perché non vuole conservare il posto di lavoro, quanto per sottrarsi ad una più che probabile lesione della sua dignità.

Queste norme, dunque, perdono vigore, vengono insomma *svilite* dalla circostanza che il lavoratore sia inevitabilmente propenso a non avvalersi del diritto alla effettiva reintegrazione sul posto di lavoro.

Ebbene, la preminenza costituzionale data alla tutela della persona del lavoratore¹⁸⁷ è senz'altro un argomento bastevole a giustificare una disciplina che tuteli non solo contro le discriminazioni per ragioni di sesso, di convinzioni personali, di adesioni ad associazioni sindacali, di orientamenti sessuali, per ragioni etniche, di razza, di religione etc., ma anche contro le discriminazioni attuate in danno del *lavoratore reintegrato*.

In questa prospettiva, si sente la necessità, in altri termini, di un rimedio efficace che renderebbe effettivo quello apprestato dai commi 1 e 4 dell'art. 18, del tipo di quello previsto dall'art. 38 del D. Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, in forza del quale il giudice, sul ricorso del lavoratore/lavoratrice, *“nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. 2. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente. 3. Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al giudice che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. 4. L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale”*.¹⁸⁸

1.3.1 (Segue): l'incoercibilità dell'obbligo alla reintegrazione

Fatte queste doverose considerazioni, è ora possibile affrontare il tema dell'incoercibilità dell'obbligo alla reintegrazione.

Orbene, in materia è stata recentemente elaborata una teorica che si fonda su di un approccio analitico e specificizzante e non generalizzante¹⁸⁹, non tanto fondato sulla fungibilità o meno dell'obbligo in capo al datore di lavoro, quanto sul livello di automazione e “indipendenza” del tipo di prestazione d'opera dedotta in contratto ed oggetto della stessa condanna alla reintegrazione.

¹⁸⁷ Vedi supra sub nota 178

¹⁸⁸ Ovviamente, il rimedio sarebbe più efficace se fosse affiancato, come in tema di discriminazioni uomo -donna, dalle agevolazioni probatorie in merito alla natura discriminatoria o meno del comportamento datoriale (art. 40 D. Lgs. 198/2006; analogamente vedi anche art. 4, comma 3, D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, nonché art. 4, comma 3, D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 215); agevolazioni volte soprattutto a consentire al lavoratore discriminato di potersi avvalere di indizi ed elementi statistici in presenza dei quali il carattere discriminatorio del comportamento datoriale è presunto ex lege (art. 2729 c.c.), ciò che a sua volta determinerà l'inversione dell'onere della prova e l'aggravamento della posizione processuale del datore di lavoro. In materia di tutela processuale delle discriminazioni vedi in particolare De Angelis, Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici, in RIDL, 1992, I, 457 ss.; Izzi, Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1994, 517 ss.; Balena, Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso, in Giorn., dir. lav. e rel. Ind., 1995, 421 ss.. Ancora, in materia di prov a nelle discriminazioni indirette, vedi A. Vallebona, Le pari opportunità: onere della prova e sazioni, Giorn. Dir. Lav. e rel. Ind., 1992, 138 ss. .

¹⁸⁹ V. Speciale, Situazioni delle parti cit., 2004, pagg. 93 ss

Approccio peraltro non nuovo nella dottrina¹⁹⁰, ma senz'altro utile per come viene calato all'interno della nuova economia post fordista.

Innanzitutto, deve dirsi che ormai da tempo è stato evidenziato il carattere complesso dell'obbligo alla reintegra¹⁹¹, ovvero della possibilità di individuare al suo interno prestazioni di pati o di non facere fungibili, in quanto eseguibili mediante la tecnica della surrogazione di un terzo, e prestazioni infungibili, ovvero non eseguibili coattivamente mediante la tecnica della surrogazione di un terzo¹⁹².

Tra le prime sono collocabili attività quali l'ingresso in azienda; l'esercizio dei diritti sindacali (ad es. partecipazione ad una assemblea); la reiscrizione del nominativo del lavoratore nei libro matricola e libro paga (oggi sostituiti dal Libro Unico del Lavoro); la comunicazione della "riassunzione" al competente centro per l'impiego (ovvero della non cessazione del rapporto di lavoro, con la consequenziale eliminazione del nominativo del lavoratore dall'elenco dei lavoratori disoccupati e la reiscrizione dello stesso nell'ambito dell'organico dei lavoratori alle dipendenze di quella determinata impresa); la riapertura della posizione previdenziale e assistenziale; nonché la consegna delle attrezzature di lavoro e della materia prima.

Tutte attività per le quali la collaborazione del datore di lavoro non è necessaria, così come non è necessaria la cooperazione dell'obligato quando ad es. debba eseguirsi un ordine di accesso per l'esecuzione di determinati lavori.

Le prestazioni infungibili sono invece quelle che costituiscono estrinsecazione del potere direttivo e organizzativo dell'imprenditore, le quali, stante la garanzia apprestata dall'art. 41 Cost., non possono essere esercitate da un terzo, ma solo dallo stesso datore di lavoro¹⁹³, come la scelta di quali mansioni affidare, dell'orario di lavoro da svolgere, etc. .

Ebbene, in questa teorica bene si evidenzia che, soprattutto a seguito delle trasformazioni tecnologiche delle metodologie produttive e lavorative, oggi sono molti i lavori per i quali a fronte della coattiva esecuzione dell'ordine di reintegrazione non si configurerebbe alcuna lesione del potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, perché si tratterebbe di lavori così automatizzati ("di supporto alla macchina") o così ripetitivi o ancora così impressi nella complessiva organizzazione produttiva da prescindere dall'esercizio del potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro. E la stessa affermazione varrebbe anche per tutti quei "nuovi lavori" nei quali è la capacità discrezionale del lavoratore a dirigere l'esecuzione della prestazione, non già la dazione di puntuali e dettagliati ordini datoriali.

Si portano quindi gli esempi del direttore scolastico, dell'insegnante, del formatore professionale, del direttore di un giornale e così via.

In questi casi, si evidenzia, *"il semplice reinserimento del lavoratore nel proprio posto di lavoro (e la realizzazione degli obblighi negativi di fare fungibile in precedenza indicati) è in grado di ricostruire pienamente la dimensione fisiologica del rapporto, restituendo il dipendente alla*

¹⁹⁰ Vedi, oltre agli Aa. sub nota 182, anche Renna L., L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione, Cacucci, Bari, 1984, 70, ove l'A. sostanzialmente espone la stessa tesi di V. Speciale – ma in un contesto economico diverso da quello oggi configurabile a seguito delle profonde innovazioni tecnologiche che hanno mutato le stesse metodologie produttive e lavorative.

¹⁹¹ Vedi Proto Pisani A., Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro, FI, 1982, V 117 nonché, Le tutele cit., 116; Taruffo M., Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione, in RTDPC, 1976, 805, nonché Reintegrazione nel posto di lavoro (profili processuali), in EGT, XXVI, Istituto poligrafico e secca dello Stato, 1996, 4; Lanfranchi L., Situazioni giuridiche individuali e rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore, in RGL, 1977, I, 385 ss.; Frediani F., Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro, in RGL, 1978, I, 99 ss; Garofalo M.G., Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, in RTDPC, 1975, 574; Mazzamuto S., L'attuazione forzata degli obblighi di fare, 1978, 183 ss; D'Antona, La reintegrazione cit., 186 ss nonché Tutela reale .. cit., 1994, 9

¹⁹² Contra questa impostazione Montesano L., La tutela giurisdizionale dei diritti, 1994, 209, nonché Mandrioli C., L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, in RTDPC, 1975, 9 nonché Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, in RTDPC, 1976, 1342.

¹⁹³ Cfr Ghera E. 1989, L'esecuzione diretta .. cit., 1083; D'Antona, La reintegrazione .. cit., 192.

*pienezza delle sue funzioni e senza che possa sostenersi un'incompatibilità strutturale tra tutela in forma specifica ed ordine di reintegrazione*¹⁹⁴ .

In sintesi, la coercibilità dell'obbligo alla reintegra andrebbe ponderato concretamente caso per caso, senza che lo si possa negare in modo generale ed aprioristico.

Questa teorica è senz'altro corretta, ma tuttavia lascia perplessi quando dal piano teorico si passi a quello pratico.

Infatti, qualunque sia il livello di "automazione" o "autonomia operativa" che si possa riscontrare nella prestazione di lavoro, la sua concreta esecuzione sarà sempre subordinata alle decisioni che *medio tempore* il datore di lavoro avrà preso¹⁹⁵ .

Se il posto di lavoro del lavoratore ingiustamente licenziato è stato soppresso o è stato occupato da un altro lavoratore¹⁹⁶, cosa farà l'ufficiale giudiziario ? Creerà un nuovo posto di lavoro? Allontanerà lo sfortunato neoassunto dal suo posto di lavoro¹⁹⁷ ?

E ancora, chi dovrà decidere l'orario di lavoro che il lavoratore reintegrando dovrà osservare, se il turno di lavoro precedentemente osservato non c'è più ? L'ufficiale giudiziario ? Il giudice dell'esecuzione ?

Insomma, cosa fare quando l'imprenditore ha modificato l'organizzazione produttiva a seguito del licenziamento ?¹⁹⁸

Si pensi, per fare un esempio, a come eseguire coattivamente l'ordine di reintegrazione quando il corso di formazione cui era addetto il formatore ingiustamente licenziato si è concluso e non è più stato riattivato; o ancora al grafico o all'ingegnere per i quali occorra individuare il "progetto" da eseguire; o ancora al controllore di un impianto chimico che sia stato sostituito da un altro lavoratore.

Ho insomma la sensazione che la pur ineccepibile ricostruzione sopra esposta possa trovare applicazione solo nel caso in cui il posto di lavoro del lavoratore ingiustamente licenziato sia stato mantenuto tale e quale fino alla sentenza del giudice che condanni il datore di lavoro alla reintegrazione.

Ma onestamente non credo che esistano imprenditori così "corretti".

¹⁹⁴ V. Speciale, op. ult. cit., 102.

¹⁹⁵ Anche Ghera E., Conclusioni cit., pag. 382, ha colto la rilevanza del "medio tempore", ma in modo completamente diverso rispetto alla valenza attribuitagli nella superiore lettura: l'A. infatti evidenzia l'effetto perverso legato alla durata del processo che non andrebbe in questo caso in favore del convenuto (come solitamente avviene), perché essa incide, aumentandolo, sul quantum dovuto dal datore di lavoro, che per l'effetto avrà tutto l'interesse ad una rapida definizione del processo. Sul profilo del "medio tempore" relativo invece al potere organizzativo del datore di lavoro – contra l'impostazione seguita nel testo - si veda Pagni I., Diritti del lavoro.. cit., 2005, 506, ove l'A. riferendosi ad una ipotetica sostituzione del lavoratore con un altro afferma qualifica detta sostituzione " *provvisoria e condizionata al definitivo rigetto della impugnativa del licenziamento*". In questi vedi anche Cass. civ. Sez. lavoro, 02/10/2002, n. 14142, in Diritto e Giustizia, 2002, f. 36 nota di De Marinis. Questa tesi, che peraltro involge le più ampie problematiche della efficacia oggettiva e soggettiva del giudicato, non può essere accolta per la semplice ragione che la sentenza che l'invalida il licenziamento non può espletare efficacia invalidante anche nei confronti di atti negoziali posti in essere con terzi non partecipanti al processo. L'assunto della "provvisoria legittimità" della assunzione sostitutiva va contro il generale principio della efficacia del giudicato e inoltre, pregiudicando un diritto di un terzo non partecipante al processo, viola nel modo più manifesto il diritto di difesa ex art. 24 Cost. : lo "sfortunato neoassunto" infatti subirebbe l'assurda conseguenza di esser licenziato non dal suo datore di lavoro ma... dal giudice !

¹⁹⁶ Ciò che in ogni caso non potrebbe essere qualificato come sopravvenuta impossibilità oggettiva nell'adempimento della obbligazione idonea ad escludere l'adempimento ed ad estinguere il vincolo obbligatorio: Cass. 4 febbraio 1993, 1360, in MGL, 1993, 233.

¹⁹⁷ Vedi sul punto quanto già esposto nella superiore nota 191.

¹⁹⁸ Si potrebbe forse richiamare comodamente l'art. 388 c.p. per affermare che il datore di lavoro ha posto in essere atti fraudolenti (o elusivi, in caso di procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) intesi ad impedire l'eseguibilità dell'ordine alla reintegrazione. Ma anche questa prospettiva è poco convincente perché nella maggior parte dei casi il datore di lavoro modifica l'organizzazione a prescindere da questi calcoli, ma lo fa per vere e proprie esigenze produttive e tecniche, insomma esercita un proprio diritto (il potere organizzativo, costituzionalmente garantito). Ebbene come è noto (art. 51 c.p.) l'esercizio di un diritto è una causa di giustificazione che estingue il reato, per cui l'art. 388 c.p. in questi casi non potrà essere configurato in radice.

1.4. *L'unica via d'uscita: "liberare il comma 4 dalle sabbie mobili del comma 5", spunti in prospettiva de iure condendo*

Occorre dunque prendere atto che l'obbligo di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro è difficilmente realizzabile coattivamente con gli strumenti tradizionali della esecuzione forzata ex art. 2931 c.c. e 612 c.p.c., non tanto perché tale obbligo sia intrinsecamente e insuperabilmente incoercibile, quanto perché l'esercizio del potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro dopo il licenziamento può mutare l'assetto organizzativo aziendale in modo tale da impedire il ripristino dello *status quo ante* attraverso l'intervento surrogatorio di un terzo.

Ma l'ineffettività del rimedio non è esclusivamente ascrivibile a questo fattore.

In realtà la tutela risarcitoria apprestata dal comma 4 dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori costituisce una misura potenzialmente efficacissima per indurre il datore di lavoro ad adempiere all'ordine giudiziale¹⁹⁹.

Come già esposto, infatti, in questa disposizione è ravvisabile una forma di coercizione indiretta che induce il datore di lavoro all'ottemperanza.

La sentenza che invalida il licenziamento ed ordina la reintegrazione contiene altresì la condanna del datore di lavoro *"al risarcimento del danno subito (..) stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto"*.

Pertanto, anche se l'obbligo alla reintegrazione non è adempiuto, il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore la normale retribuzione ed inoltre versare ai competenti enti di previdenza e assistenza i contributi dovuti.

Non solo, ma, come è stato già osservato supra trattando della tutela obbligatoria, egli è potrà essere condannato anche a risarcire tutti i *"danni ulteriori"* subiti dal lavoratore a causa della forzata inattività, e primo fra tutti il danno non patrimoniale per lesione della sua professionalità²⁰⁰.

Questa conseguenza, in altri termini, costringe l'imprenditore, da un lato, a dover sostenere un costo aggiuntivo senza alcuna controprestazione e, dall'altro, a *"rischiare"* di dover sommare a detto costo, che sarebbe pur sempre prevedibile e quindi gestibile mediante una apposita programmazione contabile e finanziaria, un costo non prevedibile né nell'*an* e né nel *quatum*, ovvero il risarcimento dei *"danni ulteriori"*²⁰¹.

¹⁹⁹ Sulla efficacia coercitiva indiretta del risarcimento del danno vedi per tutti Mancini F., sub art. 18, in Romagnoli - Muntuschi-Ghezzi-Mancini, Statuto dei diritti dei lavoratori, in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1972, 302, e Pera G., le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori, in riv. trim. dir. e proc. civ., 1971, 1288.

²⁰⁰ Vedi supra sub note 164 e 166.

²⁰¹ E' oggi maggioritaria, peraltro la tesi per la quale, avendo il legislatore della riforma unificato il trattamento normativo e sanzionatorio a carico del datore di lavoro per il periodo antecedente e successivo alla sentenza di condanna, qualificando la situazione giuridica soggettiva del lavoratore (a fronte di tale sentenza) come di diritto al risarcimento del danno, il datore di lavoro - appunto trattandosi di risarcimento del danno e non di mero adempimento dell'obbligo al pagamento delle retribuzioni - avrebbe la facoltà di ricorrere alle regole generali in materia risarcitoria e così di eccepire in detrazione dall'importo dovuto ciò che il lavoratore ha introitato in forza di un'altra occupazione (aliunde perceptum) e ciò che avrebbe potuto incassare attivandosi, nel rispetto nell'onere di diligenza e cooperazione creditoria, per trovare un'altra occupazione (aliunde percipiendum). Pur troppo la tesi è effettivamente conforme alla lettera della norma, ma non sembra questo un argomento decisivo per confutare - questa volta secondo una interpretazione fondata sulla ratio legis - che dall'invalidazione del licenziamento derivi il ripristino del rapporto di lavoro ed il sorgere di un obbligo di risarcimento, ma del tutto speciale e diverso da quello proprio del diritto civile, appunto il risarcimento per il licenziamento invalido. Risarcimento che avrebbe nel *"prezzo del posto di lavoro"* una base non modificabile, perché già predefinita dalla legge in forma tipica, con esclusione quindi delle teorie dell'aliunde perceptum e dell'aliunde percipiendum. Quest'ultima tesi inoltre rafforzerebbe la valenza coercitiva indiretta insita nel comma 4 dell'art. 18, mentre la precedente la depotenzierebbe. Pertanto nel rispetto del generale principio di effettività delle tutele ex art. 24 Cot. la tesi da accogliere dovrebbe essere la prima. Vedi in favore della detraibilità dell'aliunde perceptum D'Antona, Legge .. cit., 167, Id., La reintegrazione..cit., 361 (l'A esclude la

A fronte di questo assetto, la portata coercitiva della tutela aumenta con il decrescere della capacità economica del datore di lavoro.

Ciò significa che non potrebbero in astratto escludersi casi nei quali l'imprenditore possa permettersi di stipendiare *ad libitum* il proprio dipendente pur senza alcun apporto di lavoro.

Questo è senz'altro vero ed è ciò per cui il rimedio dell'art. 18 non può che essere ritenuto una *forma di tutela ad effettività necessariamente imperfetta*.

Ma queste considerazioni non dovrebbero essere enfatizzate.

Nella maggior parte dei casi il comma 4 ed il pericolo della condanna al risarcimento dei danni ulteriori potrebbero costituire mezzi idonei a condurre all'adempimento, ma non riescono ad esserlo perché è lo stesso lavoratore ad impedirlo, rinunciando al comma 4 per avvalersi delle ormai famose 15 mensilità di retribuzione di cui alla comma 5.

Le ragioni di questa situazione sono state già esposte (vedi supra § 1.3).

In questo senso – utilizzando un'espressione figurata – il comma 4 viene continuamente assorbito dalle sabbie mobili del comma 5.

In altri termini, in quest'area di operatività, la tutela reale mostra potenzialità coercitive inesprese a causa della mancanza di una adeguata protezione del lavoratore dopo la reintegrazione, contro le discriminazioni alle quali inevitabilmente andrà incontro per effetto della impugnazione del licenziamento.

Per questi motivi ritengo che l'ineffettività dell'art. 18 non sia solo attribuibile ad impedimenti di carattere squisitamente giuridico, ma soprattutto alla assenza di apposite tutele della persona del lavoratore reintegrato.

Occorre, pertanto, prendere atto che non è sufficiente proteggere il lavoratore fino alla reintegrazione e poi abbandonarlo al suo destino, ma è necessario proteggerlo anche dopo questo momento.

In questa prospettiva, ad esempio, potrebbe essere una soluzione interessante l'introduzione di una figura ad hoc che, mediando tra le due parti soprattutto nei primi mesi, possa "accompagnare" il reinserimento lavorativo in modo da evitare che questo sia traumatico per il lavoratore ed odioso per il datore di lavoro²⁰².

A questo soggetto, inoltre, potrebbe riconoscersi una legittimazione processuale analoga a quella attribuita dall'art. 37 del D. Lgs. n. 198/2006 ai consiglieri di parità in materia di tutela contro le discriminazioni²⁰³.

2. L'area dell'amministrazione del rapporto di lavoro la tutela delle mansioni e contro il trasferimento illegittimo; la funzione compulsoria del "danno professionale"

Il diritto del lavoratore a svolgere "*le mansioni per le quali è stato assunto*" o "*quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquistato*" o comunque "*mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte*", nonché il diritto a non essere trasferito ad un'altra unità produttiva se non in presenza di "*comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive*" è codificato, come è noto, dall'art. 2103 c.c. .

detraibilità dell'aliunde percipiendum); Fanelli, Orientamenti giurisprudenziali e nuova disciplina, in FI, 1990, I, 381; pag. 383; Papaleoni, La più recente fase di evoluzione della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990, n. 108, in DL, 1990, I, pag. 256; Bianchi D'Urso, Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali, MGL, 1991, pag. 344; Pera, la nuova disciplina .. cit., 259. Sono contrari a questa impostazione e sostengono l'irriducibilità del risarcimento ex art. 18, comma 4, Stat. Lav., Sandulli -Vallebona-Pisani, LA nuova .. cit., 41; Ferraro, I Licenziamenti .. cit., 54; Proto Pisani A., Giudizio .. cit., 367; M. Napoli, La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991, a cura di Carinci, 1991, I, 139, Id., I licenziamenti, D. CIV. IX, Torino, 1993, 69.

²⁰² Con la dovuta distinzione che in questo caso tale soggetto eserciterebbe l'azione in giudizio in qualità di sostituto processuale ex lege, mentre nel caso dell'art. 37 cit. i consiglieri di parità agiscono a tutela di una collettività di persone anche non precisamente determinate.

²⁰³ Vedi M. Brollo, La mobilità interna del lavoratore, Mutamento di mansioni e trasferimento, in Commentario al codice civile diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 1997.

La norma predispose a favore del lavoratore la tutela invalidante dell'atto di esercizio illegittimo del potere datoriale, che leda il diritto alla equivalenza delle mansioni o ordini un trasferimento abusivo perché privo delle necessarie ragioni giustificative,

Di tal che l'adibizione alle mansioni inferiori – e lo stesso dicasi per l'ipotesi del trasferimento abusivo – sarà non solo non vincolante per il lavoratore, in quanto priva di effetti giuridici (ex art. 1418 c.c.: essendo essa concretazione di un atto negoziale unilaterale posto in essere in violazione di una norma imperativa qual è l'art. 2103 c.c.), ma costituirà altresì inadempimento contrattuale²⁰⁴.

La norma in esame non prevede un meccanismo inibitorio-restitutorio analogo a quello somministrato dall'art. 18 dello Stat. Lav. attraverso l'ordine di reintegrazione.

Ciò nonostante, la giurisprudenza estende questa tecnica di tutela specifica anche alle fattispecie de quibus²⁰⁵, operazione tuttavia che la dottrina ritiene poco plausibile per via del carattere eccezionale dell'art. 18, come tale non applicabile al di fuori dei casi da esso espressamente tipizzati²⁰⁶.

A fronte di questo ostacolo, peraltro, la giurisprudenza motiva l'emanazione dell'ordine di reintegrazione ricorrendo al regime generale in tema di responsabilità contrattuale che, in forza degli artt. 1218, 1256 e 1453 c.c., facultizza il creditore ad agire in giudizio per chiedere la condanna del debitore all'esatto adempimento, a condizione che la prestazione dovuta nel frattempo non sia divenuta impossibile, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno²⁰⁷.

Applicando questo regime generale, il lavoratore demansionato o abusivamente trasferito, accertato e dichiarato nullo l'atto d'imperio datoriale, potrebbe ottenere la condanna del datore di

²⁰⁴ Cfr Ghera E., Esecuzione diretta .. cit., 1989, pag. 11032.

²⁰⁵ Vedi M. Brolo, Le modificazioni oggettive: il mutamento delle mansioni, in Cester C: (a cura di) Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento, Utet, Torino, II, 1998, 1113. Pret. Monza 20 aprile 1983, in Tributi, 1983, 696. Sono innumerevoli le pronunce che ordinano alla reintegrazione senz'altra specificazione e soprattutto senza dare conto della base giuridica del provvedimento (si tratterebbe di una forma di applicazione analogica e tacita dell'art. 18) : Pret. Genova, 15/05/1998, Riv. Critica Dir. Lav., 1998, 987 nota di Bottani; Pret. Milano, 07/04/1998, Riv. Critica Dir. Lav., 1998, 702; Pret. Milano, 01/04/1998, Riv. Critica Dir. Lav., 1998, 992; Pret. Milano, 09/12/1997, Riv. Critica Dir. Lav., 1998, 421 nota di Bottani; Cass. 14/5/2002, n. 6992, in RIDL, 2003, II, 326. In generale il principio seguito in questi casi è quello per cui “ *La conseguenza dell'illegittimo mutamento delle mansioni del lavoratore subordinato, disposto dal datore di lavoro in violazione della prescrizione contenuta nell'art. 2103 c. c., è costituita, non già unicamente dal risarcimento del danno, ma anche dal ripristino della situazione originaria mediante reintegrazione del lavoratore nella precedente posizione di lavoro*”, così Cass. civ. Sez. lavoro, 20/01/1987, n. 491, Mass. Giur. It., 1987.

²⁰⁶ Contesta la possibilità della estensione dell'art. 18, tra i tanti, M. Napoli, La tutela .. cit., 2004, pag. 36.

²⁰⁷ Vedi Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 19/06/2008, n. 16689, in Lavoro nella Giur., 2008, 12, 1271, nella quale si afferma il seguente principio: “ *La violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 2103 cod. civ. implica la nullità del provvedimento datoriale di trasferimento del lavoratore dalla originaria sede produttiva ad altre unità produttive e la condanna del datore di lavoro ad assegnare nuovamente il dipendente - fatto salvo l'esercizio dello "ius variandi" - alla precedente sede con le mansioni già svolte, dovendosi ritenere che, ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ., il giudice di merito, oltre a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica che - pur non essendo coercibile, né equiparabile all'ordine di reintegrazione ex art. 18 legge n. 300 del 1970, disposizione che ha i caratteri della tipicità, eccezionalità e dell'efficacia reale - ha un contenuto pienamente soddisfacente dell'interesse leso in quanto diretta a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento illegittimo*”. Sono numerose le (soprattutto recenti) sentenze che accordano la reintegrazione pur ritenendo inapplicabile l'art. 18 e facendo applicazione – come anche si ritiene possibile nel testo della presente – delle norme generali in materia di azione di esatto adempimento. Vedi a tal riguardo Cass. civ. Sez. lavoro, 12/01/2006, n. 452, in Argomenti, 2006, 3, 845 nota di Liberatore, per la quale: “ *Alla dichiarazione di illegittimità del provvedimento di assegnazione del lavoratore a mansioni non equivalenti a quelle precedentemente svolte consegue la condanna del datore di lavoro ad adibire nuovamente il dipendente alle mansioni di vecchia assegnazione o ad altre di contenuto equivalente, ai sensi dello stesso art. 2103 c.c., attraverso l'ordine di reintegrazione. Questa forma di tutela è anch'essa 'reale', al pari di quella prevista dall'art. 18 Stat. Lav. - legge n. 300/1970, in quanto comporta la persistenza del rapporto illegittimamente modificato dal datore, ma appartiene alla sfera del 'diritto comune', non essendo assimilabile al regime 'speciale' previsto per il licenziamento ritenuto illegittimo*”. Vedi anche Cass. civ. Sez. lavoro, 27/04/1999, n. 4221, in Giur. It., 2000, 1401 nota di Fantini; Cass. 29/09/1998, n. 9734.

lavoro alla reintegrazione nelle precedenti mansioni o in mansioni comunque equivalenti e alla riadibizione al lavoro nella precedente unità produttiva²⁰⁸.

Come è stato osservato, inoltre, il lavoratore in questi casi potrebbe rifiutarsi di eseguire la prestazione lavorativa richiesta e costituire in mora ex artt. 1206 e 1217 c.c. il datore di lavoro alla accettazione della prestazione dovuta²⁰⁹.

Quest'ultimo caso peraltro non dovrebbe essere ricondotto nello schema dell'art. 1460 c.c. quanto nella semplice estraneità all'obbligo del lavoratore di eseguire prestazioni non dovute in base al contratto stesso e alla legge²¹⁰. Il contratto di lavoro, infatti, per via della delimitazione/integrazione del suo contenuto e dei suoi effetti da parte della legge (artt. 1322 e 1374 c.c.), non obbliga il lavoratore ad eseguire qualunque tipo di compito decida di assegnargli il datore di lavoro, ma solo compiti che siano equivalenti alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle proprie della categoria superiore che abbia successivamente acquisito (art. 2103 c.c.).

Vien da sé che sarebbero estranee al vincolo obbligatorio – e quindi non dovute – prestazioni aventi ad oggetto mansioni diverse da quelle appena indicate.

L'esclusione dell'art. 1460 c.c. significa dunque che in questi casi non è necessario valutare la "proporzionalità" e la "buona fede" nel rifiuto da parte del lavoratore, per verificare se lo stesso sia lecito o costituisca invece inadempimento contrattuale legittimante sanzioni disciplinari o addirittura il licenziamento.

Orbene, attraverso il rifiuto della prestazione non dovuta, accompagnato dalla messa in mora credendi del datore di lavoro (tutele sostanziali-stragiudiziali) e dalle azioni per l'invalidazione dell'atto datoriale e la condanna all'esatto adempimento (tutele giudiziali), il lavoratore potrà ottenere un risultato sostanzialmente corrispondente a quello garantito dall'art. 18, commi 1 e 4, dello Statuto dei lavoratori.

Pertanto, l'utilizzo congiunto di queste tecniche sostanziali e giurisdizionali (che nel caso di licenziamento illegittimo è già connaturato nel rimedio predisposto ex lege, senza necessità che il lavoratore, dopo l'impugnazione del licenziamento debba compiere altre attività) determina:

a – che a seguito della sentenza di condanna (o dell'ordinanza terminativa del procedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) il datore di lavoro è tenuto all'esatto adempimento: quindi dovrà adibire il lavoratore a mansioni equivalenti e riassegnarlo all'unità produttiva di provenienza;

b – che, in forza dell'invalidazione dell'atto datoriale e dell'accertamento della liceità della mora credendi, il datore di lavoro potrà essere condannato altresì a corrispondere il trattamento economico eventualmente inevaso per l'omessa esecuzione delle prestazioni di lavoro²¹¹ (sempre che nel ricorso introduttivo del giudizio sia dedotta anche la domanda di condanna al pagamento di queste ultime).

In sintesi, la "reintegrazione" quale forma di tutela specifica in queste fattispecie non abbisognerebbe dell'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav., ma sarebbe perseguibile mediante l'utilizzo combinato, nella fase stragiudiziale e giudiziale, dei suindicati rimedi di carattere generale²¹².

²⁰⁸ Secondo V. Speciale, Situazioni delle parti.. cit. 2004, 141 ss., l'ordine in esame sarebbe perfettamente legittimo non già in forza di un inesistente diritto al lavoro (in merito al dibattito sulla configurabilità di questo diritto vedi infra), quanto piuttosto in base allo stesso principio di cui all'art. 2103 c.c. il quale, correttamente interpretato, imporrebbe al datore di lavoro non il "ricevimento della prestazione, bensì se intenda farlo lavorare, [di] consentirgli lo svolgimento di determinate mansioni" (pag. 143) e, dunque, anche l'esecuzione della prestazione di lavoro presso la precedente sede di lavoro. Ghera E., Esecuzione diretta .. cit., 1989, pag. 1102 e 1103 esclude il diritto alla reintegrazione ed ammette solo la tutela risarcitoria derivante su un inadempimento contrattuale.

²⁰⁹ A. Vallebona, Istituzioni.. c. it., pagg. 153 ss.

²¹⁰ Sempre A. Vallebona Istituzioni.. cit., pagg. 765 ss..

²¹¹ Vedi Cass. 18 aprile 1984, n. 2521, GC, 1984, I, 3062; Cass. 14 febbraio 1996, n. 1131, MGL, 1996, suppl. 33 -34.

²¹² Occorre peraltro precisare che tutte le pronunce sopra esposte partono dall'assunto che costituisca diritto del prestatore quello di eseguire la prestazione di lavoro. Pertanto questa tutela reale di diritto comune non sarebbe configurabile, a fronte del semplice rifiuto di ricevere la prestazione di lavoro, per coloro che negano in radice la sussistenza del diritto al lavoro (vedi infra). In questi termini V. Speciale, Situazioni delle parti.. cit., 141 ss. Per Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, RIDL, 1992, II, 47, la reintegrazione sarebbe una forma di tutela inammissibile perché colliderebbe con la possibilità di nuovi e diversi atti datoriali di esercizio del potere direttivo e organizzativo. Ma questa

Inoltre, lo stesso art. 1453 c.c. (e l'art. 1218 c.c.) – i quali nella prospettiva proposta sono posti a fondamento della azione di condanna all'esatto adempimento²¹³ – non escludono di certo il risarcimento del danno.

Orbene sul punto bisogna innanzitutto distinguere tra “pagamento delle retribuzioni”, che costituisce adempimento del contratto, e “risarcimento del danno”, che costituisce conseguenza dell'inadempimento contrattuale.

In altri termini, in quest'ambito non sarebbe ammesso dare accesso alla tesi della detraibilità dell'aliunde perceptum e dell'aliunde percipiendum, prospettata con riferimento all'art. 18, comma 4, Stat. Lav., perché il pagamento delle retribuzioni pregresse non è oggetto dell'obbligo risarcitorio, ma – appunto - dell'obbligo di dare adempimento al contratto, come tale irriducibile²¹⁴.

Non si potrebbe dire di certo che la condanna al pagamento del prezzo di vendita di una casa sia qualificabile come risarcimento del danno per non aver adempiuto alla obbligazione di.. pagare di prezzo di vendita della casa: tale condanna è accoglimento di una azione di esatto adempimento non di una azione risarcitoria.

Analogamente, l'azione di condanna al pagamento delle retribuzioni per il lavoro svolto, non è condanna ad un risarcimento, ma condanna all'adempimento²¹⁵.

Se questo è vero, allora la conclusione non potrebbe di certo cambiare nel caso di mora accipiendi, perché in quest'ultima vicenda la posizione debitoria del datore di lavoro (quanto all'*an* del debito retributivo) sarebbe esattamente la stessa che si avrebbe in caso di effettiva esecuzione delle prestazioni.

Peraltro, si potrebbe dire, se il lavoratore durante la mora accipiendi effettuasse prestazioni in favore di terzi, ciò comporterebbe l'impossibilità di esecuzione anche della prestazione offerta²¹⁶

posizione è assolutamente minoritaria (se non isolata). Questo perché la “reintegrazione”, in realtà, significa solo il ripristino della situazione di fatto in modo conforme a quella astratta prevista dalla legge: il giudice ordinerebbe la riadibizione alle mansioni precedenti “o comunque ad altre equivalenti”. Ciò significa che resta assolutamente integra la facoltà datoriale di esercitare lo ius variandi, ma anche che il mancato esercizio di questo imporrà la rassegnazione del lavoratore alle sue vecchie mansioni, come conseguenza dell'invalidazione con efficacia ex tunc dell'atto datoriale di demansionamento. Concordano sulla sola ammissibilità della tutela risarcitoria anche Brattoli, il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e i diritti del lavoratore, in Aa. Vv. Questioni attuali di diritto del lavoro, Roma, 1989, 1989, 347; A. Vallebona Tutele giurisdizionali e . . . cit., pag. 80; Simi, I provvedimenti d'urgenza in materia di lavoro, in Lav. prev. oggi, 1983, 17; Pennisi, Controversie individuali e provvedimenti d'urgenza, in DL, 1973, ii, 236.

²¹³ Cfr Luminoso A., sub art. 1453, Della risoluzione per inadempimento, C ommentario del codice civile, diretto da Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1990, per il quale l'art. 1453 c.c. costituisce nel nostro ordinamento il fondamento del rimedio della azione di esatto adempimento quale mezzo di protezione contro l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali nascenti dai contratti con prestazioni corrispettive. L'A. – inoltre – colloca questo rimedio tra le tecniche di tutela specifica e satisfattiva.

²¹⁴ Vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 14/02/1996, n. 1131, in Lavoro nella Giur., 1996 , per la quale:” *L'obbligazione retributiva del datore di lavoro, a differenza di quella risarcitoria, non è influenzata dall'eventuale esistenza di un aliunde perceptum da parte del lavoratore, ove sussista una situazione di mora credendi del datore di lavoro*”.

²¹⁵ Vero è che numerose sentenze in tema di mora accipiendi (soprattutto con riferimento al caso della scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro a tempo determinato) parlano di risarcimento commisurato alle retribuzioni perdute. Vedi, tra le tante, Cass. civ. Sez. lavoro, 23/11/2006, n. 24886, Mass. Giur. It., 2006, (conf.mi Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 23/07/2008, n. 20316, Cass. civ. Sez. lavoro, 18/10/2006, n. 22342 , per la quale: “*Al dipendente che cessi l'esecuzione delle prestazioni lavorative alla scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto non spetta la retribuzione, finché non provveda ad offrire la prestazione lavorativa determinando una "mora accipiendi" del datore di lavoro, situazione questa che non è integrata dalla domanda di annullamento del (ritenuto) licenziamento illegittimo con richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, né è riconoscibile al lavoratore stesso il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute per il periodo successivo alla scadenza del suddetto termine, posto che dalla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni deriva che, al di fuori di esprese deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di "mora accipiendi" nei confronti del dipendente*”; vedi anche Cass. civ. Sez. lavoro, 21/11/2006, n. 24655, Mass. Giur. It., 2006.

²¹⁶ Nel senso per cui il lavoratore deve mantenere ferma la messa a disposizione delle sue prestazioni di lavoro, A. Vallebona, op. ult. cit., pag. 153; in giurisprudenza vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 19/07/1994, n. 6723, Giur. It., 1995; Cass. civ. Sez. Unite, 05/03/1991, n. 2334, Dir. Lav., 1991, II, 149; Cass. civ. Sez. lavoro, 29/01/1990, n. 577, Arch. Civ., 1990, 477.

e quindi una sostanziale revoca per fatti concludenti della stessa costituzione in mora: e quindi il venire meno dell'obbligo retributivo datoriale.

A questa possibile obiezione però dovrebbe replicarsi osservando che in realtà l'impossibilità della prestazione dovuta non è dipesa dal lavoratore, ma dal rifiuto di accettazione datoriale.

Invero, ciò che il lavoratore dovrebbe garantire è che la sua prestazione sia *possibile*; ora, la provvisoria esecuzione di altra prestazione di lavoro in sostituzione di quella "sospesa" potrebbe pur sempre essere a sua volta interrotta per consentire la ripresa della precedente.

Inoltre, soprattutto quando il datore di lavoro sospenda anche il pagamento delle retribuzioni (cioè sempre, perché diversamente attuerebbe un riconoscimento tacito delle pretese avverse ex art. 2735 c.c.), il lavoratore sarebbe costretto a procurarsi provvisoriamente un altro reddito per il sostentamento proprio e della propria famiglia, per cui sarebbe di fatto "costretto" dal proprio datore di lavoro all'esecuzione di altra prestazione di lavoro.

In siffatte ipotesi ammettere la tesi della revoca tacita della costituzione in mora equivarrebbe a legittimare ciò che l'*exceptio doli* proibisce: procurarsi un ingiusto vantaggio mediante un proprio comportamento doloso.

Non v'è chi non veda, infatti, che in tal modo il datore di lavoro possa "legalmente liberarsi" della propria obbligazione retributiva adibendo il lavoratore a mansioni inferiori, invogliandolo quindi all'attivazione della mora credendi, sospendendo il pagamento delle retribuzioni e così costringendo infine il prestatore alla ricerca di altra occupazione.

In queste evenienze, insomma, in presenza della permanenza del requisito della *possibilità* della prestazione lavorativa, deve addursi che il datore di lavoro non è liberato dalla propria obbligazione retributiva verso il lavoratore, anche se questi abbia *medio tempore* svolto altra prestazione di lavoro in favore di terzi.

Definito il discorso sulla non detraibilità dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, diventa chiaro che nelle vicende in esame la tutela "economica" cui il lavoratore accede possa essere addirittura superiore a quella apprestata dall'art. 18, comma 4, Stat. lav., posto che – come visto – per quest'ultima è ormai giurisprudenzialmente pacifico l'utilizzo delle categorie comuni del risarcimento del danno e dei connessi regimi detrativi sopra richiamati.

Ciò che accomuna le tutele ex art. 2103 c.c. ed ex art. 18 Stat. Lav., invece, è l'assoluta rilevanza che oggi in giurisprudenza è data allo strumento risarcitorio del danno non patrimoniale, nella specie consistente nella lesione della sfera professionale (soprattutto nei casi di "forzata inattività")²¹⁷.

Quanto alle vicende qui specificamente trattate, la base giuridica del rimedio risarcitorio è rappresentato dall'art. 1453 c.c., il quale prevede, oltre all'azione di esatto adempimento, anche quella di condanna al risarcimento del danno.

Più problematica è invece la ricerca del fondamento giuridico del diritto al risarcimento²¹⁸ nei casi di totale sottrazione di mansioni.

A tale ultimo riguardo si è assistito in giurisprudenza ad una riconduzione del danno professionale all'interno del danno alla persona ex art. 2 Cost., sulla base dell'asserzione per cui la

²¹⁷ Vedi l'ampio contributo sul tema dato da Pedrazzoli, I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza, Cedam, Padova, 2004, ed in particolare il cap. 4 "Adibizione a mansioni inferiori, impedimento della prestazione e mancate promozioni". Vedi altresì Montuschi, 1987, Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica, RIDL, 1987, I, 12; Pisani, La modificazione delle mansioni, Angeli, Milano, 1996, 230.

²¹⁸ Vedi sul punto V: Liso, La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Angeli, Milano, 1982, 34 ss., il quale attentamente osserva che i problemi sollevati da questa forma di tutela non sono solo "a valle, l'individuazione delle voci di danno risarcibili, la necessità della prova dell'esistenza del danno o la sua configurazione in re ipsa, i criteri per la quantificazione del danno, ma, a monte, la stessa identificazione dei diritti o interessi protetti e delle modalità della loro penetrazione nel rapporto di lavoro".

personalità del lavoratore possa realizzarsi compiutamente solo attraverso il rapporto di lavoro che diviene esplicitazione di professionalità²¹⁹.

Lo sviluppo di questo approccio è stato consentito attraverso un collegamento degli artt. 2103 e 2087 c.c. agli artt. 2, 3, 32, e 41 Cost., collocando il danno professionale all'interno o del "danno biologico" o del "danno esistenziale" – ed in generale del danno non patrimoniale²²⁰ - e affidando tutto il costrutto interpretativo alla assunzione per cui la professionalità costituisce espressione dei diritti fondamentali dei lavoratori²²¹.

Se peraltro non è affatto discusso che per l'ipotesi di adibizione a mansioni inferiori il lavoratore abbia il diritto al risarcimento del danno "professionale"²²², al contrario soprattutto in dottrina si registrano forti perplessità nell'individuare il fondamento giuridico dello stesso diritto per i casi di forzata inattività o di svuotamento di mansioni, che si configurerebbero quando il datore di lavoro lasciasse totalmente inoperoso il dipendente continuandogli comunque ad erogare la retribuzione.

Ciò su cui si dibatte è se sia o meno individuabile in capo al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo alla esecuzione della prestazione di lavoro²²³.

Coloro che ammettono l'esistenza di questo diritto e lo calano all'interno delle succitate norme costituzionali, intendendo il contratto di lavoro come "veicolo di estrinsecazione di

²¹⁹ Crf. Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in OGL, 2002, pag. 181 : " *il demansionamento professionale del lavoratore non viola solo lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma ridonda in lesione del diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicitazione della sua personalità nel luogo di lavoro* ". Sulla operazione giurisprudenziale di correlazione tra professionalità e danno alla persona vedi Alessi C., Professionalità e contratto, Giuffrè, 2004, pagg. 114 ss.

²²⁰ Da intendersi, anche all'esito di quanto statuito dalla recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, quale unica categoria giuridica utilizzabile in contrapposizione al danno patrimoniale, mentre tutte le altre figure del danno "biologico", "morale" ed "esistenziale", al più potranno essere utilizzate solo in chiave puramente descrittiva, ma senza possibilità di indebita ripetizione dello stesso tipo di danno attraverso la sua plurima riconduzione all'interno di esse.

²²¹ Cfr G. Loy, La professionalità, (a cura di M. Napoli), Ed. Vita e Pensiero, 2004, 49 : " *la tutela della professionalità, in quanto espressione del diritto al lavoro, trova una sua giustificazione nell'ambito dei diritti fondamentali e pertanto non può che essere ascritta alla categoria dei diritti* "; vedi altresì M. L. De Margheriti, Obbligo e diritto di lavorare quale strumento di tutela della professionalità, in Riv. Giur. Dir. lav. e prev. Soc., 2006, n. 2, pagg. 369. Vedi anche Cass. 2 gennaio 2002, n. 10 in MGL, 2002, pag. 2 ss.: " *la negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento professionale, ridondano in lesione del diritto fondamentale alla libera esplicitazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'individuo* ".

²²² Infatti l'adibizione a mansioni inferiori è già di per se stesso inadempimento contrattuale e pertanto va distinto dal caso della completa sottrazione di mansioni per il quale l'inadempimento contrattuale è configurabile subordinatamente alla soluzione del problema di fondo della riconoscenza in capo al lavoratore del diritto soggettivo allo svolgimento della prestazione lavorativa. Sulla differenza tra le due situazioni, molto chiaramente, F: Giammaria, Osservazioni in tema di danno da dequalificazione, in GI, 1997, I, 926.

²²³ Tra coloro che ammettono questo diritto vedi G. Loy, La professionalità, cit. pag. 50 : " *il lavoratore durante lo svolgimento del contratto non solo si obbliga alla prestazione ma conserva il suo diritto al lavoro, garantito soprattutto dalla possibilità di conservare e accrescere la sua professionalità mediante l'esercizio delle sue attitudini professionali* ". S. Chiarloni, Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti, in Quad. dir. lav. rel. Ind., 1990, n. 6, 62 ss., Id., Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1978, 1482 ss.; L. De Angelis, Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla sua tutela, in Riv. Giur. Lav. e prev. Soc., 1973, I, 223 ss.; G. Pera, Sul diritto del lavoratore a lavorare, in RIDL, 1991, II, 388 ss.; M. Pivetti, Ombre e luci. cit., 2004, pag. 170 e l'ampia rassegna giurisprudenziale su nota 7, nonché a pag. 172, nella quale merita di essere evidenziata l'osservazione per cui il riconoscimento del diritto al lavoro non è " *nulla di straordinario. Vi sono altri casi - ho prima menzionato l'ipotesi del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario - in cui l'adempimento rappresenta non solo un onere ma anche un diritto per il debitore in ragione del fatto che egli ha un interesse proprio all'esecuzione della prestazione diverso ed ulteriore rispetto all'interesse a liberarsi dell'obbligazione* ". Contra vedi A. Vallebona, Tutela giurisdizionale .. cit., 118; S. Magrini, voce Lavoro (contratto individuale), in ED, XXIII, 1973, 384; E. Ghera, Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato, in DLRI, 1979, 330 -331; Dell'Olio M., Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in DLRI, 1987, 434; M. Grandi, voce Rapporto di lavoro, in ED, XXXVIII, 1987, 337 -338; V. Speziale, Situazioni delle parti, cit., 141 ss.;

*professionalità e quindi di personalità*²²⁴, deducono agevolmente che è la violazione di un siffatto diritto la fonte dell'obbligo risarcitorio²²⁵.

Coloro che invece negano l'esistenza del diritto in esame o sono impossibilitati a giustificare l'esistenza anche del diritto al risarcimento del danno professionale o lo ammettono solo quando il datore di lavoro riadibisce al lavoro il dipendente e poi lo lasci sostanzialmente inoperoso²²⁶, nella convinzione (in quest'ultimo caso) che l'art. 2103 predisponga una tutela della professionalità solo in funzione del lavoro effettivo, senza togliere però al datore di lavoro la facoltà di non servirsi del dipendente.

In questo senso il presupposto del risarcimento sarebbe la costrizione all'inattività durante l'orario di lavoro, ma non anche l'esonero dalla prestazione di lavoro.

Orbene, non è oggetto di questa ricerca sondare quanto e come la professionalità e la tutela della persona del lavoratore siano valori penetrati nel diritto del lavoro fino al punto da giustificare la tesi del diritto al lavoro²²⁷, quanto piuttosto evidenziare che tra i rimedi avverso gli illegittimi provvedimenti in materia di mansioni e di trasferimento figurano anche il diritto al risarcimento del danno rappresentato per lo più dal "danno professionale".

Interessa soprattutto mettere in evidenza che questa forma di risarcimento oggi è ampiamente ammessa e sviluppata dalla giurisprudenza fino al punto da poterla configurare, senza paura di smentita, come una vera e propria tecnica di tutela ad efficacia compulsoria dell'adempimento²²⁸.

Fin qui si sono trattate le tecniche di tutela relative al processo di cognizione.

Con riferimento, invece, al processo di esecuzione, quanto si è detto in materia di esecuzione dell'ordine alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziamento vale anche per le fattispecie in esame.

Pertanto la condanna all'esatto adempimento ex art. 1453 c.c. sconterà i noti problemi di ineseguibilità nelle forme ordinarie di cui agli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c.

Anche in questi casi, peraltro, è possibile adottare l'approccio "specificizzante"²²⁹ volto a verificare se e quanto nel caso concreto sia effettivamente necessaria una collaborazione datoriale da rendersi attraverso l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo.

²²⁴ M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 1119.

²²⁵ Molti Aa pertanto ritengono che l'art. 2103 trovi uguale applicazione sia nei casi di mansioni inferiori che nei casi di sottrazione totale di mansioni. Sono di questo avviso U. Romagnoli, *Per una rilettura del l'art. 1086 cod. civ.*, in *Riv. Trim.dir. e proc. Civ.*, 1977, 1053, Id. *Commento all'art. 13*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, II ed., 1979, Bologna -Roma, 259; nello stesso senso anche F. Liso *La mobilità del lavoratore in azienda*, Angeli, 1992, pag. 168 sub nota 49; C. Pisani, *La Modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 141.

²²⁶ V. Speciale, *Situazioni delle parti cit.*, pag. 141: " *il datore di lavoro se ed in quanto consente al dipendente di lavorare, deve rispettare i limiti previsti dalla legge (e cioè l'effettuazione delle mansioni di assunzione o di quelle diverse previste dall'art. 2103 c.c.) e non determina un obbligo a ricevere le prestazioni perché non incide minimamente sulla facoltà del datore di lavoro di non utilizzare il dipendente*".

²²⁷ Chi scrive ritiene che sia l'art. 2103 e sia l'art. 2087 c.c. debbano essere interpretati in senso costituzionalmente orientato nonché seguendo più la ratio legis che la lettera della legge. In questo senso il principio costituzionale di cui all'art. 4 (correlato con gli artt. 2, 3, comma 2, e 35, comma 2, nonché 41, comma 2) consente di affermare che il contratto di lavoro sia mezzo di estrinsecazione della persona e di sviluppo della sua dignità mediante l'accrescimento della sua professionalità. Negare che dunque il datore di lavoro abbia la facoltà di privare il proprio lavoratore del suo lavoro significa violare questi principi costituzionali. Per l'effetto non può che condividersi la tesi di chi ritiene sussistente in capo al lavoratore un vero e proprio diritto alla esecuzione della propria prestazione di lavoro, diritto sacrificabile solo in casi ben determinati e come tali contemplati dalla legge (ad. es. C.I.G.).

²²⁸ Valorizzano questa funzione, tra gli altri, M.Pivetti, *Ombre e luci*, 2004, cit., 206; Carlo Zoli, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in *Aa. Vv. Tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pagg. 300 ss.; Vedi altresì Vitaletti M., *Danno non patrimoniale e tecniche di tutela del lavoratore*, in *Lav. Giur.*, 2006/12, 1182 ss. .

²²⁹ Cfr V. Speciale, *Situazioni soggettive.. cit.*, pagg. 141 ss. .

Dunque, ben potrebbero darsi ipotesi di prestazioni di lavoro che rendano direttamente coercibile la condanna del giudice alla riadibizione del lavoratore alle precedenti mansioni o alla precedente sede di lavoro.

Peraltro si riproporrebbero anche in questo caso le difficoltà di eseguire forzosamente l'ordine del giudice quando *medio tempore* (e quindi prima dell'emanazione del provvedimento di condanna) il datore di lavoro abbia modificato l'organizzazione aziendale, ad es. abolendo le precedenti mansioni o sostituendo il lavoratore trasferito o demansionato con un altro e così via.

In tutti questi casi l'organizzazione d'azienda, infatti, non consentirebbe di realizzare la collocazione lavorativa così come ordinata dal giudice (mancherebbe un "*contenitore*" dove riporre "*il contenuto*" dell'ordine giudiziale), per cui in assenza di una collaborazione datoriale l'ordine del giudice non potrà essere eseguito.

Vero è che in tutti questi casi si potrebbe ricorrere alla procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (ed in effetti questo è lo strumento processuale tipicamente utilizzato in tali vicende).

Attraverso questa procedura, inoltre, il lavoratore sarebbe maggiormente garantito, perché potrebbe avvalersi della forza intimidatoria derivante dall'art. 388, comma 2, c.p., al fine di prevenire che il datore di lavoro "dolosamente" eluda l'ottemperanza all'ordinanza ex art. 700 c.p.c. a tal fine modificando l'assetto organizzativo aziendale²³⁰.

In effetti, la celerità della procedura in oggetto costringerebbe il datore di lavoro a compiere l'atto di gestione organizzativa aziendale a breve distanza dal compimento del demansionamento o del trasferimento abusivo, ciò che in una valutazione penalistica faciliterebbe di molto la dimostrazione che detto atto gestorio non abbia concretato un mero esercizio del diritto costituzionalmente garantito di cui all'art. 41 Cost. (come tale scriminante ex art. 51 c.p. in relazione al fatto astrattamente configurabile come reato ex art. 388, comma 2, c.p.), ma sia stato posto in essere con chiara finalità elusiva²³¹.

Questa circostanza in effetti, unita alla permanenza dell'obbligo al pagamento delle retribuzioni e al diritto al risarcimento del danno, contribuisce senz'altro a rafforzare l'effettività del (complicato) sistema di tutele sopra ricostruito.

Può dunque concludersi che, contro le violazioni in materia di disciplina delle mansioni e dei trasferimenti, sono attivabili, anche se per il tramite dei rimedi di diritto comune, sia la tutela invalidante, sia la tutela di condanna all'esatto adempimento ex art. 1453 c.c. (comportante la condanna al pagamento delle eventuali retribuzioni omesse qualora il lavoratore si sia avvalso della facoltà di autotutela conservativa, nonché l'inibitoria alla prosecuzione del comportamento illecito e la restituzione del bene leso [mansioni equivalenti - precedente sede di lavoro]) e sia la tutela risarcitoria specie per il "danno professionale".

Sul piano processuale deve invece evidenziarsi l'esperibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c.²³², con la connessa protezione apprestata dalla applicabilità dell'art. 388, comma 2, c.p. in funzione deterrente di atti gestori pregiudizievoli della esecuzione del provvedimento giudiziale.

²³⁰ Richiama in questi casi l'applicabilità dell'art. 388, comma 2, V. Spezi *ale*, Situazioni delle parti ..cit., 146 . In argomento vedi peraltro più ampiamente M. Pivetti, op. ult. cit., pag. 201; nonché Giuseppe Cannati, L'applicabilità dell'art. 388 cit., pag. 269 ss., il quale evidenzia che una significativa parte della dottrina ed una parte della giurisprudenza sono inclini ad esaurire la condotta tipica della "elusione" nella semplice inerzia nel dare ottemperanza all'ordine del giudice.

²³¹ Per cui il successivo rifiuto di riammissione al lavoro, giustificato dalla impossibilità di esecuzione della prestazione per la sopravvenuta soppressione delle mansioni o per la sostituzione del lavoratore, concretezza pur sempre una condotta penalmente rilevante ai sensi della norma in esame, senza possibilità di invocare l'art. 51 c.p. in correlazione con l'art. 41 Cost..

²³² Vedi a tal riguardo, molto ampiamente, Dini E. A. e Mammone G., I provvedimenti d'urgenza, Giuffrè, 1997, pagg. 765 ss. (trasferimenti) e 772 ss. (mansioni). I quali, peraltro, mentre per il caso del trasferimento illegittimo bene evidenziano che l'art. 700 c.p.c. sarebbe una tutela quasi sempre ammissibile per il rilievo – quasi sempre di facile probatorietà – del pregiudizio imminente ed irreparabile, non altrettanto sostengono per il caso di mansioni, perché in questi casi quest'ultimo requisito non sempre sarebbe di facile dimostrazione (vedi soprattutto la giurisprudenza che gli Aa. richiamano sub nota 127, pag. 772).

2.1 (segue) *La tutela contro il distacco illecito*

Infine, pare quantomeno doveroso un breve appunto relativo alle tutele esercitabili in materia di distacco, per l'evidente somiglianza di questa vicenda con quella del trasferimento.

In materia di distacco privo dei requisiti di legittimità di cui all'art. 30, comma 1, del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 è previsto innanzitutto che (comma 4 bis) *“il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo”*.

In aggiunta l'art. 18, comma 5 bis del medesimo D. Lgs. 276/2003 prevede che *“l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione”*.

In quest'ultimo caso, inoltre, dovrà essere attivata la prescrizione obbligatoria di cui all' art. 15 del D. Lgs. 23 aprile 2004, n. 124²³³, norma che a sua volta richiama la sub procedura d'oblazione speciale prevista dagli artt. 20, 21, 23, 24, 25, comma 1, del D. Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758.

In forza di queste disposizioni, l'organo accertatore del distacco illecito innanzitutto procederà alla trasmissione della notizia di reato per la consequenziale iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., inoltre impartirà al contravventore una *prescrizione* contenente l'ordine di *“regolarizzazione”* (*id est* di cessazione della condotta illecita e di rimozione dei suoi effetti) da attuarsi entro un determinato termine.

La regolarizzazione posta in essere entro il termine così assegnato estingue il reato e *“l'organo di vigilanza ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa”*.

A fronte dei benefici della regolarizzazione, e dei connessi aggravati sanzionatori in caso di inottemperanza, in tutta probabilità il lavoratore leso da un provvedimento di distacco illecito, anziché avvalersi della ordinaria tutela giurisdizionale (anche in forma di ricorso ex art. 700 c.p.c.), avrà molte più probabilità di ottenere una tutela effettiva e specifica ricorrendo alle suestese forme di tutela amministrativa.

Anche in questo caso - occorre evidenziare - si manifesta quella tendenza dell'ordinamento delle tutele del lavoro a strutturarsi in una sorta di *“doppio binario”*, tendenza di cui già si è fatto cenno trattando di conciliazione monocratica ex art. 11 del D. Lgs. 124/2004 e di disposizione ex art. 14 del medesimo decreto²³⁴.

3. (Segue): la tutela della salute e sicurezza del lavoratore

Il settore nel quale emerge in massima misura l'esigenza di garantire l'effettività delle tutele dei diritti del lavoratore è senza dubbio quello della protezione della salute nei luoghi di lavoro.

I beni della vita, della salute e della personalità morale del prestatore di lavoro, beni costituzionalmente protetti (art. 32, 41, comma 2, Cost.) e che potrebbero essere pregiudicati dalla esecuzione della prestazione di lavoro in un luogo sottoposto al dominio del datore di lavoro, esigono una tutela piena, soddisfattiva e non meramente risarcitoria.

Questi beni, per loro stessa natura, infatti, sono insofferenti ad una tecnica di tutela risarcitoria e compensativa, successiva alla loro lesione, ma impongono l'utilizzo di forme di tutela specifica che possano garantirne il pieno rispetto.

La protezione di tali beni nell'ordinamento giuridico è trasfusa in un complesso sistema di tutele che ha nell'art. 2087 c.c. il suo fulcro.

²³³ Vedi in materia P. Rausei, *Diritto Sanzionatorio del Lavoro*, dispensa 3 *“Le sanzioni nelle esternalizzazioni”*, in [www. ADAPT.it](http://www.ADAPT.it), pagg. 25 ss.

²³⁴ Vedi supra Parte I, § 6.2. ed in part. Pag. 37.

Secondo l'interpretazione prevalente, la disposizione in esame fa sorgere in capo al datore di lavoro un obbligo autonomo e primario in forza del quale egli è tenuto ad adottare tutte le misure tecniche che servano a garantire l'integrità psichica e fisica del lavoratore, apprestando tutti gli strumenti e le apparecchiature imposte dalla legislazione speciale oltre che dalla "particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica"²³⁵.

A fronte questo obbligo il lavoratore è titolare di un vero e proprio *diritto soggettivo perfetto*²³⁶, avente ad oggetto la pretesa giuridicamente tutelata a che il datore di lavoro, appunto, gli consenta di lavorare in un ambiente non dannoso o pericolo per la propria integrità psico-fisica e per la propria personalità morale²³⁷.

In questa sede non rileva lo studio della disciplina sostanziale generale e speciale in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, ma l'analisi dei rimedi che la legge appresta in favore dei lavoratori.

Occorre peraltro precisare che di rimedi in questa sede si deve parlare con riferimento non alla lesione già consumatasi della integrità psico-fisica e/o della personalità morale del lavoratore, ma con riferimento alla omessa istituzione delle misure di sicurezza necessarie a prevenire questa stessa lesione²³⁸.

E' infatti quest'ultima condotta la prestazione oggetto dell'obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro (e del simmetrico diritto soggettivo in capo al lavoratore); pertanto l'inadempimento del datore di lavoro non si realizza con la consumazione della lesione, ma, prima ancora, con la "messa in pericolo" del bene personale protetto²³⁹.

E' questa una precisazione doverosa perché è proprio sulla base di questa prospettiva che si giustifica tutto il complesso articolarsi delle tutele in materia: schema che obbedisce, per questo, alla regola della tutela specifica e non risarcitoria.

²³⁵ Cfr M. Napoli, La tutela dei diritti .. cit., 2004, pag. 58 -59, Id. L'elogio della stabilità, in QDLRI, 2002/26, 9,.; O. Mazzotta, Diritto del lavoro, cit., pag. 535-536; V. Speziale, Mora del creditore e contratto di lavoro, Cacucci, 1992, 132; ritengono invece che l'obbligo di sicurezza vada collocato tra gli obblighi accessori di protezione L. Mengoni, Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, Riv. D. ir. comm., 1954, 368 e Benatti F., osservazioni in tema di doveri di protezione, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1960, 1359 ss. . Montuschi, Diritto alla salute e organizzazione del lavoro, Milano, 1986, 67..ss.

²³⁶ Cfr. O. Mazzotta, op ult. cit. .

²³⁷ Sulla qualificabilità in termini di diritto soggettivo della pretesa del lavoratore di sicurezza nel lavoro, vedi Franco M., Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro, Angeli, 1995, 345 ss., che distingue tra la dimensione collettiva ("diritto all'ambiente salubre") e individuale ("diritto alla tutela della salute") riferendo la prima all'art. 9 Stat. Lav. e la seconda all'art. 2087 c.c., unificando entrambe le dimensioni nell'ambito dell'art. 32 Cost.. (vedi in part. pag. 355).

²³⁸ Cfr Pagni I., Diritti del lavoro cit., pag. 511 -512: "Di solito la tecnica di protezione alla quale vien fatto ricorso sul piano civile è quella repressiva, volta a ripristinare il danno subito. Il che non toglie che possa esservi l'utilità (anche) di una azione civile a legittimazione individuale, rivolta ad ottenere, in via preventiva, in un caso l'adempimento dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro, nell'altro la cessazione del comportamento lesivo, ad evitare che un danno si ripeta o si produca ancora in futuro. [...] occorrerà perciò rispondere al tradizionale interrogativo in ordine alla configurabilità in via generale di una azione preventiva, volta ad impedire che una violazione di legge sia compiuta o sia ripetuta [...] nell'ipotesi che ci occupa sono numerosi gli indici che depongono nel senso di una risposta affermativa. E cioè, da un lato, la natura peculiare dei diritti in gioco (che derivando dal diritto alla salute si collocano nell'area nella quale la tutela preventiva viene generalmente ammessa, se del caso attraverso la forzatura interpretativa dell'art. 844 c.c.); dall'altro, il fatto che, lungi dal doversi ipotizzare un generico dovere di contegno in capo al destinatario passivo della misura, l'illecito da prevenire appare sufficientemente definito all'interno dell'insieme contemplato delle norme violate. [...] gli obblighi che il datore di lavoro deve attuare per assicurare la sicurezza e la salubrità dell'ambiente di lavoro sono talmente dettagliati, e in ogni caso determinabili attraverso l'applicazione di regole tecniche o scientifiche conoscibili da chiunque abbia esperienza in materia (e in quest'ottica il giudice potrà avvalersi delle valutazioni del C.T.U. , n.d.a.), sì da superare le eventuali obiezioni di chi tema troppo generiche misure preventive nell'assenza di specifici parametri di riferimento".

²³⁹ Sul concetto di inadempimento dell'obbligo di sicurezza e sulla riconducibilità dello stesso agli schemi generali degli artt. 1218 e 1453 c.c. vedi Albi P., Il diritto alla integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore, in Aa. Vv., Tutela in forma specifica .. cit., 2004, pag. 283 ss., Id, Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, in LD, 2003, 4, 675.

Il rafforzamento della tutela specifica del diritto in esame si traduce, in altri termini, nella valorizzazione del momento della *prevenzione* rispetto a quello della *compensazione*: ma a ben vedere questa preminenza, prima ancora che insorgere con la disciplina specialistica e tecnica in materia antinfortunistica, nasce con lo stesso art. 2087 c.c., ove allo stesso si attribuisca il valore di fondamento giuridico del diritto soggettivo di sicurezza in capo al lavoratore.

Infatti, l'attribuzione di questo diritto colloca la pretesa di sicurezza all'interno degli artt. 1218 e 1453 c.c., per il tramite dei quali il prestatore può esercitare *l'azione di esatto adempimento contrattuale* e così ottenere una pronuncia di condanna che concretizzi nel caso concreto il *facere* (o il non *facere*) cui il datore di lavoro è tenuto a compiere per adempiere al dettato dello stesso art. 2087 c.c.²⁴⁰.

Ciò detto, è ora necessario procedere alla disamina dei succitati rimedi.

Pare opportuna, innanzitutto, una visione generale della tastiera delle tutele previste dall'ordinamento.

Il sistema pare costruito su meccanismi alternativi e complementari allo stesso tempo.

In primo luogo emerge il binomio "*autotutela/tutela*", poi quello "*tutela giurisdizionale/tutela amministrativa*" ed infine quello "*tutela individuale/tutela collettiva*".

Queste tecniche non sono ordinate in senso gerarchico, ma sono tutte esperibili congiuntamente (ovviamente sussistendone i presupposti): ciò in funzione di assicurare la massima protezione dei beni protetti.

Così il lavoratore potrà avvalersi della facoltà di autotutela e contemporaneamente utilizzare la tutela individuale giurisdizionale e/o amministrativa; potrà inoltre beneficiare anche (sussistendone le condizioni) della tutela collettiva sia giurisdizionale che amministrativa.

Questa complessità deriva dal fatto che sul bene "*sicurezza e salute sul lavoro*" l'ordinamento fa confluire un triplice controllo: innanzitutto quello individuale (art. 2087 c.c.); poi quello collettivo (art. 9 Stat. Lav. e art. 50 D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81) ed infine quello pubblicistico (in primis ex D.Lgs. n. 81/2008, D. Lgs. 124/2004, D. Lgs. 758/1994, art. 11, comma 2, D.P.R. n. 520/1955).

Innanzitutto il lavoratore può avvalersi della autotutela conservativa²⁴¹.

²⁴⁰ Vedi supra sub nota 234. Contra questa assunzione vedi A. Vallebona, Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori, in L. Montuschi (a cura di), Ambiente, salute e sicurezza, Torino 1997, 206 ss., ove l'A. nega che possa configurarsi una azione civile inibitoria a tutela dei beni personali del lavoratore messi in pericolo da inadempimenti del datore di lavoro. Ma la tutela specifica nella materia che ci occupa, come sopra è stato esposto, è traibile dall'inadempimento datoriale consistente non da una lesione già realizzatasi, ma nel pericolo di realizzazione della stessa, di talché il lavoratore disporrà sempre e comunque del diritto di agire in giudizio per chiedere ai sensi dell'art. 1453 c.c. l'esatto adempimento dell'obbligo di garanzia: non si tratta, in altri termini, di prevenire un inadempimento, ma di reagire ad un inadempimento già posto in essere, per cui la legittimazione attiva all'esperibilità di questa azione deriva comunque dall'art. 1453 c.c. Conformemente con questa ricostruzione, vedi O. Mazzotta, Diritto .. cit., pag. 536: "*il lavoratore ha un diritto soggettivo perfetto alla precostituzione di un ambiente salubre [...] cosicché il prestatore potrebbe pretendere, in via giudiziale, l'adempimento dell'obbligo di sicurezza, in relazione agli artt. 1453 e 2087 c.c.*". Anche Suppiej, Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro, RITDL, 1988, I, 447-448, riconosce l'esistenza di un diritto soggettivo in capo al lavoratore, ma afferma che "*la rilevanza dell'interesse della comunità di rischio significa allora soltanto che il diritto dei lavoratori alla sicurezza è funzionalizzato a questo interesse, ma è pur sempre un diritto individuale, esercitabile anche individualmente. In concreto il singolo potrà agire individualmente, ma l'atto sarà esercizio del diritto solo se sarà indirizzato a tutela dell'interesse collettivo. Altrimenti sarà un abuso, giuridicamente rilevante in questo come in ogni altro caso di posizione giuridica attribuita per la tutela di interessi che non sono esclusivamente del soggetto che ne è titolare*". L'A. costruisce questo diritto soggettivo come diritto a titolarità individuale ma ad esercizio necessariamente collettivo. Contro questa ricostruzione vedi M. Franco, Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro, Angeli, 1995, pagg. 357 ss, il quale contesta che il diritto positivo possa giustificare la subordinazione dell'interesse individuale a quello collettivo.

²⁴¹ Cfr O. Mazzotta, op. ult. cit.; A. Vallbona, Istituzioni. cit., 767; Balandi, Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto, LD, 1990, 223; Miani Canevari, Profili civilistici dell'obbligo di sicurezza nella giurisprudenza, DL, 1992, I, 498, per il quale addirittura l'adozione delle misure di prevenzione è funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa. Sulla permanenza dell'obbligo retributivo vedi Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in RITDL, 1992, II, 921 con nota di Franco.

A fronte dell'inadempimento datoriale, consistente nel non aver provveduto ad adottare le necessarie misure antinfortunistiche, egli ai sensi dell'art. 1460 c.c. potrà rifiutare la prestazione, conservando intatto il diritto alle retribuzioni, costituendo in *mora accipiendi* il datore di lavoro mediante l'offerta della prestazione di lavoro da svolgersi in condizioni di sicurezza e salubrità²⁴².

Il rifiuto della prestazione, peraltro, è poi specificamente previsto dalla legge con riferimento ai casi di "*pericolo grave ed immediato*": art. 14 D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626 ("*1. Il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro ovvero da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa. 2. Il lavoratore che, in caso di pericolo grave e immediato e nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico, prende misure per evitare le conseguenze di tale pericolo, non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza*"), sostituito, senza modificazioni, dall'art. 44 del D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 .

La giurisprudenza, peraltro, applica con molta circospezione l'istituto dell'eccezione di inadempimento nella materia qui trattata, ritenendo che lo stesso possa invocarsi solo quando il rifiuto della prestazione sia "*proporzionato*" all'inadempimento datoriale e sia rispettoso dei generali canoni della *buona fede e correttezza* contrattuale.

Il principio generalmente osservato è seguente²⁴³: "*nei contratti con prestazioni corrispettive, qualora una delle parti adduca, a giustificazione della propria inadempienza, l'inadempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, tenendo conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite rispetto alla funzione economico - sociale del contratto, accertando in primo luogo la gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore, atteso che il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 cod. civ. sussiste qualora il rifiuto sia stato determinato non solo da inadempimento grave ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 cod. civ. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite. Con riferimento al contratto di lavoro, nell'ipotesi di sopravvenuto venir meno della prestazione lavorativa, non è ravvisabile l'ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, se il mancato (o non completo) adempimento del lavoratore trovi giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità psicofisica del prestatore e se quest'ultimo, prima dell'inadempimento e secondo gli obblighi di correttezza, informi il datore circa le misure necessarie da adottare, sempre che tale necessità sia evidente o, comunque, accertabile o accertato*".

Pertanto il lavoratore non può *sic et simpliciter* sospendere la sua prestazione, ma deve esplicitarne i motivi e prima ancora deve "cooperare" con il datore di lavoro segnalandogli le disfunzioni riscontrate e le eventuali misure preventive del caso. Solo a fronte della persistenza dell'inadempimento datoriale egli può ricorrere agli artt. 1460 e 1206 c.c..

Ovviamente, oltre al diritto di autotutela, il lavoratore potrà ricorrere alla tutela giurisdizionale.

Si è detto *supra* che, nonostante alcune voci dissenzienti²⁴⁴, il rimedio che il lavoratore potrà esperire è individuabile nell'azione di esatto adempimento ex art. 1453 c.c., nell'ambito della quale il fondamento giuridico sostanziale del diritto dedotto in giudizio è ravvisabile nell'art. 2087 c.c.²⁴⁵.

²⁴² Vedi ad es. Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in RIDL, 1992, 921, che afferma la legittimità de rifiuto della prestazione, con conservazione della retribuzione, se il datore di lavoro non assicura nell'ambiente una temperatura adeguata.

²⁴³ Vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 07/11/2005, n. 21479, Lavoro nella Giur., 2006, 12, 1193 nota di Consoli; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 04/02/2008, n. 2631; Per la giurisprudenza di merito vedi Trib. Milano, 28/12/2007, in Lavoro nella Giur., 2008, 6, 634.

²⁴⁴ Vedi nota 236.

²⁴⁵ Sulla ammissibilità della esperibilità della domanda di adempimento da parte dei lavoratori uti singuli vedi molto chiaramente Cass. civ. Sez. lavoro, 09/10/1997, n. 9808, in Mass. Giur. It., 1997: "*In tema di tutela delle condizioni di*

Attraverso questa azione sarà possibile la condanna del datore di lavoro a rimuovere opere o strumenti o macchinari pericolosi o ancora a provvedere alla “*installazione di accorgimenti, ossia una sottoprestazione fungibile del più ampio obbligo di conformare l’attività produttiva a criteri di salvaguardia della salute dei lavoratori*”²⁴⁶.

Peraltro, in questa materia, com’è stato giustamente osservato²⁴⁷, l’ostacolo della ineseguibilità forzata mediante surrogazione di un terzo non costituisce una barriera insormontabile, anzi tutt’altro.

L’ordine del giudice avrà ad oggetto, per lo più, l’introduzione di determinati strumenti o misure di protezione, o la rimozione di fattori di danno quali macchinari o apparecchiature, o ancora la riparazione e/o modificazione di questi ultimi per renderli non dannosi per la salute dei lavoratori. Orbene è evidente che in tutti questi casi l’esecuzione coattiva dell’attività ordinata giudizialmente (e quindi l’esecuzione mediante surrogazione) non violerebbe affatto la libertà d’impresa tutelata dall’art. 41 Cost..

Innanzitutto perché l’imprenditore non è “libero” di adottare le necessarie misure di sicurezza, ma è tenuto a farlo.

In secondo luogo perché, la selezione del tipo di misure prevenzionistiche, non è esplicazione di una “discrezionalità” organizzativa del datore di lavoro, ma, nella stragrande maggioranza dei casi, è specificamente già realizzata dalla disciplina di settore, eliminando qualsiasi scelta in merito in capo all’imprenditore: questi non *potrà* scegliere alcunché, ma *dovrà* adottare la misura prescritta dalla normativa.

In terzo luogo perché, nelle residuali ipotesi di assenza di una prescrizione specifica, la selezione della misura deve essere svolta sulla base di regole tecniche e scientifiche da rapportarsi alla concreta organizzazione aziendale, regole che non sono di certo prerogativa del datore di lavoro e che dunque ben possono essere individuate e applicate dallo stesso giudice in sede di specificazione della prestazione dovuta. Ad es. l’adozione del macchinario che riduca il livello di rumorosità nell’ambiente di lavoro e lo riporti ai limiti tollerati dalla normativa di settore, non è esplicazione di una insindacabile scelta organizzativa del datore di lavoro ex art. 41 Cost., ma è un suo preciso obbligo, peraltro giustificabile in forza del secondo comma della stessa norma costituzionale.

Non si nega di certo che questi “ordini giudiziari” incidano sugli assetti organizzativi dell’azienda, ma occorre sempre ricordare che essi sono pienamente legittimati dalla necessità che l’attività produttiva non si svolga in contrasto “*con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

L’azione di esatto adempimento, pertanto, in caso di mancata spontanea ottemperanza del datore di lavoro, potrà essere eseguita coattivamente “*a spese dell’obbligato*” (id est datore di lavoro) ai sensi degli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c.²⁴⁸.

Sin qui si è parlato della tutela giurisdizionale ordinaria, ma nulla impedisce di poter configurare anche la possibilità per il singolo lavoratore di ricorrere alla procedura d’urgenza ex art. 700 c.p.c., quando l’inadempimento datoriale determini un pregiudizio imminente ed irreparabile²⁴⁹.

lavoro, il fatto che alcune norme attribuiscono alle rappresentanze sindacali aziendali (vedi art. 9 e 19 l. n. 300 del 1970) o al rappresentante per la sicurezza (vedi art. 18 d.lg. n. 626 del 1994) il potere di controllare in azienda l’adozione delle misure di prevenzione e di agire presso le autorità competenti quando dette misure non vengano adottate ovvero non si rivelino idonee, non esclude che i lavoratori uti singuli possano agire in giudizio per ottenere l’adozione da parte del datore di lavoro delle misure idonee a tutelare la propria integrità fisica, ai sensi dell’art. 2087 c.c., posto che la salute costituisce oggetto di un autonomo diritto primario assoluto, e non solo un diritto o un interesse della collettività.”

²⁴⁶ Cfr Mazzamuto S., L’esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, in Rescigno P. (diretto da), Trattato di diritto privato, 20, Utet, Torino, 1998, 336, sub nota 144; Conformemente Ghera E., Le sanzioni civili. cit., pag. 333.

²⁴⁷ V. Speciale, Situazione delle parti .. cit., 130 -131. Concordemente Mazzamuto op ul. Cit. e Ghera op. ult. cit.

²⁴⁸ Contra Vallebona A., Istituzioni. cit., pag. 212, per il quale anche l’obbligo di sicurezza sarebbe infungibile e quindi incoercibile.

²⁴⁹ Vedi Dini E.A. e Mammone G., I provvedimenti .. cit., pagg. 779 ss. e 864 ss.

In questo caso ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c. l'attuazione della misura cautelare avverrà sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento, il quale ne determinerà anche le modalità di attuazione e ove sorgano difficoltà e contestazioni darà i provvedimenti opportuni, sentite le parti.

Ulteriore mezzo di tutela del quale il lavoratore potrà avvalersi è la richiesta di intervento dei competenti organi di vigilanza: A.S.L. e/o Direzione Provinciale del Lavoro, territorialmente competenti.

La tecnica di protezione in oggetto è definita come "*tecnica penale ingiunzionale*"²⁵⁰ perché il datore di lavoro, a fronte dell'intervento degli organi di vigilanza (servizio ispettivo delle aziende sanitarie locali) che accertino una violazione antinfortunistica integrante o una figura di reato speciale (in quanto tale tipizzata dalla normativa tecnica di settore) o taluna delle fattispecie incriminatrici di cui all'art. 451 c.p. ("*Omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro*") e di cui all'art. 437 c.p. ("*Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*"), è posto nell'alternativa o di rispettare la specifica "prescrizione" – contenente "*specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori durante il lavoro*" – o di dover affrontare il procedimento e la potenziale condanna penale.

La disciplina, posta dagli artt. 19-25 del D. Lgs. 758/1994, prevede una speciale oblazione in forza della quale il trasgressore (il datore di lavoro) è ammesso a pagare una sanzione amministrativa ridotta che, unitamente all'adempimento di quanto prescritto entro un termine di decadenza appositamente assegnato, determina l'estinzione del reato contravvenzionale²⁵¹.

Questa tecnica di tutela, come è evidente, agisce in concreto come una efficacissima misura coercitiva indiretta che compulsa la volontà del datore di lavoro verso l'adempimento onde evitare conseguenze peggiori rispetto alla mera irrogazione della sanzione amministrativa.

Analoga tecnica è rappresentata dalle "*disposizioni*" degli ispettori del lavoro, i quali ex art. 11, comma 2, del D.P.R. n. 520/1955 possono imporre al datore di lavoro l'adozione di determinate misure di protezione ai fini di rimuovere la situazione di pericolo.

L'esercizio di questo potere, a differenza delle "prescrizioni" del personale ispettivo delle A.S.L., prescinde dall'accertamento di una fattispecie incriminatrice, e si fonda unicamente sull'accertato inadempimento del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.

In questo caso la tecnica è più semplice perché è prevista, in caso di inosservanza della disposizione impartita, l'irrogazione della pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda fino a lire ottocentomila.

La tutela amministrativa appena richiamata, peraltro, ben potrebbe essere combinata con la tutela giurisdizionale, ad. es. richiedendo l'intervento ispettivo A.S.L. quando il datore di lavoro ometta di adempiere a quanto prescritto nella sentenza o nell'ordinanza del giudice.

Peraltro, in quest'ultimo caso, al datore di lavoro sarebbe contestabile non il reato di cui all'art. 451 c.p., quanto il più grave delitto di cui all'art. 437 c.p. . Infatti l'omissione della misura di protezione non sarebbe ascrivibile ad una sua negligenza/imprudenza/imperizia ma ad un suo preciso e consapevole atto di volontà: in altri termini non sarebbe configurabile tanto la colpa quanto il dolo nell'agire penalmente rilevante.

Ciò detto, occorre ora trattare della tutela collettiva.

Ebbene, occorre sin da subito chiarire che è questa la dimensione nella quale è più efficacemente attivabile la domanda di esatto adempimento dell'obbligo di sicurezza²⁵². Ciò, ovviamente, non solo in quanto l'insalubrità e la pericolosità dell'ambiente di lavoro espone a

²⁵⁰ Vedi A. Vallebona, Istituzioni. cit., pag. 210 ss.; dello stesso A: vedi Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori, in L. Montuschi (a cura di), Ambiente, salute e sicurezza, Torino 1997, 206 ss.

²⁵¹ Vedi Massimo Lanotte, L'attività di vigilanza e i poteri di sospensione della attività imprenditoriale, in (a cura di) Basenghi F. – Golzio L. E. – Zini A., La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda, Wolters Kluwer Italia, 2008, pagg. 124 ss. .

²⁵² Vedi in proposito Lai M., La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva, Giappichelli, Torino, 2002.

rischio l'integrità psico-fisica della collettività dei lavoratori, ma anche per l'ovvia constatazione che il singolo dipendente, per la sua fisiologica debolezza economico/contrattuale, sarà indotto a scambiare il bene salute con la conservazione del posto di lavoro.

Questo spiega perché il legislatore con l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori abbia deciso di calare nella dimensione collettiva il problema della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

La disposizione citata prevede che *“i lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica”*.

In forza di questa norma è previsto innanzitutto un diritto di controllo, da esercitarsi a mezzo di rappresentanze dei lavoratori²⁵³, in merito all'adozione da parte del datore di lavoro delle necessarie misure di prevenzione a tutela della salute e sicurezza della collettività dei dipendenti.

In forza di ciò, tale rappresentanza²⁵⁴ potrà accedere ed ispezionare ogni luogo dell'azienda per verificare la presenza di fattori di rischio; contestare al datore di lavoro l'omessa adozione di misure di sicurezza chiedendone l'immediato approntamento; presenziare alle eventuali verifiche ispettive da parte degli organi pubblici deputati alla vigilanza; pretendere tutte le necessarie informazioni necessarie per esercitare il controllo in esame.

Oltre ad diritto di controllo, detta rappresentanza ha anche il diritto di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di ogni altra misura idonea a tutelare la salute e sicurezza dei lavoratori.

La situazione giuridica soggettiva contemplata dalla norma in esame è riferita alla collettività dei lavoratori, non ai singoli lavoratori, per cui è qualificabile come un diritto soggettivo collettivo²⁵⁵ (non tanto come diritto individuale esercitabile in forma collettiva²⁵⁶), coerentemente, peraltro, con l'art. 32 Cost. che riconosce il diritto alla salute dell'individuo anche come *“interesse della collettività”*.

La situazione giuridica collettiva di cui all'art. 9 cit., pertanto, si affianca a quella individuale del singolo lavoratore, rafforzandone la tutela.

Il diritto così attribuito alla “rappresentanza” è tutelabile giudiziariamente attraverso l'azione di esatto adempimento al fine di ottenere l'effettiva adozione delle misure di sicurezza e protezione, ossia la determinazione stessa dell'obbligo del datore di lavoro di approntarle²⁵⁷.

Le potenzialità insiste in questa figura, che a causa della crisi economica della metà degli anni '70 non hanno potuto manifestarsi appieno²⁵⁸, sono state peraltro trasfuse in un'altra figura

²⁵³ Non necessariamente identificabili con le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 Stat.lav. : Vedi Ghezzi, sub art. 9, in Ghezzi -Mancini -Montuschi-Romagnoli, Statuto dei diritti dei lavoratori, in Commentario del codice civile, a cura di Scaloja Branca, 2° ed., Bologna-Roma, 1979-1981, 158, nonché Pera, Commento .. cit., pag. 113, il quale ritiene che i poteri della “rappresentanza” possano essere specificati secondo la regola della maggioranza; vedi altresì Cass. Pen. S.U. 21 aprile 1989, n. 6168, in NGL, 1989, 739.

²⁵⁴ Rappresentanza che a tal fine può avvalersi di terzi non appartenenti alla collettività dei lavoratori di cui essa costituisce espressione: vedi Cass. 5 dicembre 1980, n. 6339, in MGL, 1981, 161, con nota di Branca ed in GC, 1981, I, 285 con nota di Pera.

²⁵⁵ Cfr. G. Amoroso e V. Di Cerbo, Statuto dei lavoratori.. cit., pag. 233; Vedi altresì Bianchi D'Urso, Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro, Napoli, 1980, 195, che qualifica detto diritto come diritto potestativo; Suppiej, il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro, RITDL, 1988, I, 447. D. Messinetti, vice Oggetto dei diritti, Enc. Dir., Milano Giuffrè, pag. 822.

²⁵⁶ Cfr. Ghera E., Diritto del lavoro, Cacucci, Bari, 2002, 211.

²⁵⁷ Cfr. Pera, Sub art. 9, in Assanti. Per, Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, Padova 1972, 113, Id. Le rappresentanze costituibili dai lavoratori per la tutela della salute nei luoghi di lavoro, GC, 1981, I, 289; Freni - Giugni, Lo Statuto dei lavoratori, Milano, 1971, 43,

²⁵⁸ O. Mazzotta, Diritto.. cit., pag. 539,

analoga che è venuta de facto (non giuridicamente) a sovrapporre le proprie funzioni a quelle della rappresentanza ex art. 9 Stat. Lav.: il “*rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*”²⁵⁹.

Questa figura, prevista inizialmente dagli artt. 18 e ss. del D. Lgs. 626/1994, è ora contemplata dagli artt. 47 e ss. del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, che all’art. 50, tra le altre attribuzioni²⁶⁰, prevede che detto soggetto possa “*fare ricorso alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dei rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro*”.

Alla luce sia della normativa attuale che di quella precedente (art. 19, comma 1, lett. o, D. Lgs. 626/1994), ancorché il dettato normativo non qualifichi formalmente come diritto soggettivo la situazione soggettiva di cui sia titolare il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, si è comunque affermato che “l’esistenza di un diritto alla salubrità dell’ambiente di lavoro non è revocabile in dubbio. Ciò perché l’art. 19 (oggi 50 D. Lgs. n. 81/2008) tipizza una situazione utile, connessa all’esistenza di un ambiente sicuro e salubre così come normativamente previsto, ed altresì perché la norma indica come detta situazione sia oggetto immediato di tutela giuridica, là dove fa riferimento alla possibilità per il rappresentante per la sicurezza di agire a salvaguardia della pretesa rimasta inadempita”²⁶¹.

Ciò detto è comunque innegabile che tra la “rappresentanza” ex art. 9 Stat. Lav. ed il “rappresentante dei lavoratori per la sicurezza” emergano differenze, prima fra tutte il fatto che mentre nell’art. 9 la titolarità delle prerogative ivi previste appartiene alla collettività dei lavoratori ed è esercitata dalla loro “rappresentanza”, nell’ambito dell’art. 19 D.Lgs. 626/1994 (oggi art. 50 D. Lgs. 81/2008) questi due profili si concentrano in capo ad uno stesso soggetto, qual è il rappresentante per la sicurezza²⁶².

In ogni caso entrambi i soggetti testé indicati hanno possibilità di esperire rimedi giurisdizionali e amministrativi per ottenere la tutela specifica dell’interesse dei lavoratori alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Quanto alle tutele giurisdizionali, accanto alla tutela ordinaria si pone la tutela cautelare d’urgenza esperibile nelle forme dell’art. 28 Stat. Lav. o, nei casi in cui di quest’ultima procedura difettino i presupposti, dell’art. 700 c.p.c. .

Ciò significa che le “rappresentanze” dei lavoratori e il “rappresentante dei lavoratori per la sicurezza” potranno senz’altro agire in giudizio, le prime in forza dell’art. 9 Stat. lav. ed il secondo

²⁵⁹ Sui rapporti tra l’art. 9 Stat. Lav. e l’art. 19 del D. Lgs. 626/1994 (che disciplinava la figura – appunto – del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) e soprattutto sulla non abrogazione tacita della prima norma da parte della seconda vedi molto ampiamente Fran co M., *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro* , Angeli 1995, pagg. 350 ss. .

²⁶⁰ A norma dell’art. 50, comma 1 del D. Lgs. 81/2008, il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: a) *accede ai luoghi di lavoro in cui si svolgono le lavorazioni*; b) *è consultato preventivamente e tempestivamente in ordine alla valutazione dei rischi, alla individuazione, programmazione, realizzazione e verifica della prevenzione nella azienda o unità produttiva*; c) *è consultato sulla designazione del responsabile e degli addetti al servizio di prevenzione, alla attività di prevenzione incendi, al primo soccorso, alla evacuazione dei luoghi di lavoro e del medico competente*; d) *è consultato in merito all’organizzazione della formazione di cui all’articolo 37*; e) *riceve le informazioni e la documentazione aziendale inerente alla valutazione dei rischi e le misure di prevenzione relative, nonché quelle inerenti alle sostanze ed ai preparati pericolosi, alle macchine, agli impianti, alla organizzazione e agli ambienti di lavoro, agli infortuni ed alle malattie professionali*; f) *riceve le informazioni provenienti dai servizi di vigilanza*; g) *riceve una formazione adeguata e, comunque, non inferiore a quella prevista dall’articolo 37*; h) *promuove l’elaborazione, l’individuazione e l’attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l’integrità fisica dei lavoratori*; i) *formula osservazioni in occasione di visite e verifiche effettuate dalle autorità competenti, dalle quali è, di norma, sentito*; l) *partecipa alla riunione periodica di cui all’articolo 35*; m) *fa proposte in merito alla attività di prevenzione*; n) *avverte il responsabile della azienda dei rischi individuati nel corso della sua attività*; o) *può fare ricorso alle autorità competenti qualora ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro*.

²⁶¹ Così M. Franco, *Diritto alla salute .. cit.*, pag. 356.

²⁶² Cfr M. Franco, op ult. cit. 356.

in forza dell'art. 50, comma 1, lett. O, del D. Lgs. n. 81/2008, non solo per far valere il "diritto di controllo" che le due norme citate attribuiscono loro, ma anche per chiedere la condanna del datore di lavoro all'esatto adempimento, così come in generale si è detto relativamente al singolo lavoratore²⁶³.

Dubbi, peraltro, sono stati sollevati con riferimento alla utilizzabilità della procedura di cui all'art. 28 Stat. lav., procedura – come noto – particolarmente efficace perché volta ad ottenere in tempi brevi una condanna del datore di lavoro alla cessazione del comportamento illecito ed alla rimozione dei suoi effetti.

Infatti, l'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 28 Stat. Lav. è condizionato alla sussistenza di due limitazioni, ravvisabili, la prima, nella necessità che l'interesse leso sia qualificabile alla stregua di diritto sindacale, la seconda, nella circostanza che legittimazione attiva sia attribuita ex lege unicamente agli "*organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse*".

Per quanto concerne il primo profilo, occorre dire che non esiste una necessaria identità tra l'interesse collettivo (qual è quello sotteso agli artt. 9 Stat. Lav. e 50 D. Lgs. 81/2008) e l'interesse sindacale (protetto dall'art. 28 Stat. Lav.), per cui il rimedio della repressione della condotta antisindacale sarà esperibile solo quando – come nella maggior parte dei casi avviene – l'associazione sindacale assuma la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro come oggetto della propria sfera d'azione collettiva²⁶⁴, e dunque principalmente quando le funzioni della rappresentanza ex art. 9 Stat. Lav. siano svolte dalle stesse R.S.A. o R.S.U. .

Quanto al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, il problema si pone in termini più semplici. In questa figura, infatti, il nesso tra la tutela collettiva e la natura sindacale della attività svolta a tal fine si ricava dalla procedura di investitura prevista dalla legge: nelle aziende con oltre 15 dipendenti, infatti, il "RLS" viene scelto – come già previsto nel vigore del D. Lgs. 626/1994 – mediante "*designazione o elezione*" nell'ambito delle stesse rappresentanze sindacali in azienda. Pertanto, in questa ipotesi, non v'è alcun dubbio nel ritenere possibile l'esperimento della procedura di cui all'art. 28 Stat. Lav..

In ogni caso, peraltro, né le rappresentanze ex art. 9 Stat. Lav. né il "RLS" potranno agire in giudizio direttamente, perché la legittimazione attiva compete, come detto, solo agli "*organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse*".

Un ulteriore limite deriva poi dal tipo di diritto collettivo/sindacale che si assuma violato.

Secondo l'orientamento prevalente²⁶⁵, infatti, l'art. 28 Stat. Lav. è utilizzabile (in presenza dei suindicati requisiti) solo in caso di violazione del diritto di controllo e non anche per chiedere la condanna del datore di lavoro alla rimozione delle situazioni di pericolo, posto che solo nel primo caso è configurabile la lesione di un diritto sindacale.

Pertanto, nel secondo caso potrà ricorrersi all'art. 700 c.p.c., purché ovviamente ne sussistano i presupposti di applicabilità ed in particolare il pregiudizio imminente ed irreparabile²⁶⁶.

In luogo dell'art. 28 Stat. Lav. inoltre, si potrà ricorrere all'art. 700 c.p.c. – anche per la violazione del diritto di controllo – in tutti i casi nei quali difetti la correlazione tra interesse collettivo e interesse sindacale: quando cioè la rappresentanza ex art. 9 Stat. Lav. sia costituita come soggetto autonomo e distinto dalle R.S.A. e senza nessuna correlazione con l'oggetto della attività sindacale in azienda oppure nelle aziende con meno di 15 dipendenti nelle quali il RLS è eletto

²⁶³ Peraltro Vallebbona A., Istituzioni. cit., pag. 212, partendo dal presupposto dell'incoercibilità dell'obbligo di sicurezza, con riferimento al rappresentante per la sicurezza afferma che "il ricorso alle autorità competenti al fine di far cessare la situazione di pericolo sarebbe inutilmente inteso come rivolto al giudice civile, comunque privo dei poteri di coercizione diretta o indiretta, dovendo, piuttosto, essere riferito alla autorità di vigilanza o alla magistratura penale".

²⁶⁴ Cfr M. Grandi, L'attività sindacale nell'impresa, Milano, Angeli, 1976, 150 -151.

²⁶⁵ Vedi, tra i tanti, Amoroso, Ambiente e sicurezza del lavoro, Milano, 1978, pag. 58, nota 18; Bettini, Ancora sulla tutela della salute e nei luoghi di lavoro, in Dir. Lav., 1978, II, 165; Bianchi D'Urso, op. ult. cit., 252 ss.; Pera, in Assanti Pera, Commento .. cit., pag. 123; Smuraglia, il problema della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori nella legge 20 maggio 1970, n. 300, in Riv. Giur. Lav., 1971, I, 196;

²⁶⁶ Vedi Dini E.A. e Mammone S., I provvedimenti .. cit., pag. 783; Franco M., op. ult. cit., pag. 367.

direttamente dai lavoratori o ancora quando nelle aziende con più di 15 dipendenti non esistano R.S.A. o R.S.U.²⁶⁷.

Quanto alla fase esecutiva, nell'ambito della tutela giurisdizionale collettiva possono senz'altro ribadirsi le conclusioni esposte con riferimento alla tutela giurisdizionale individuale.

Anche per ciò che concerne la tutela amministrativa, infine, può richiamarsi quanto già detto sopra relativamente alla tutela individuale.

Per l'effetto, sia le rappresentanze ex art. 9 Stat. Lav. e sia il RLS possono senz'altro chiedere l'intervento dei competenti organi di vigilanza, assistere alle ispezioni, segnalare loro i fattori di rischio e gli accorgimenti che ritengono necessari, per beneficiare infine della particolare efficacia della suesa posta tecnica penale ingiunzionale.

In ultimo, pare doverosa una considerazione.

All'interno del complicato articolarsi delle tecniche di tutela esperibili nella materia trattata emerge ancora una volta la tendenza del sistema verso un regime "a doppio binario", in specie ravvisabile nel binomio tutela amministrativa/tutela giurisdizionale.

Anzi, in questo settore la tutela amministrativa agisce concretamente come fase preliminare alla (eventuale) apertura della fase giurisdizionale (civile e/o penale) vera e propria.

Unificando concettualmente le due tutele, potrebbe quasi scorgersi la fisionomia di un procedimento complesso e articolato che per alcuni versi richiama la struttura del procedimento penale (si potrebbe quasi parlare di una sorta di "procedimento del lavoro"), visto che la fase "processuale" segue quella di "indagine".

Non è la prima volta che questo aspetto emerge nell'ambito delle tutele lavoristiche e questa circostanza spinge a chiedersi se esso possa o meno essere utilizzato come dato generale o piuttosto come profilo contingente che caratterizzi il singolo rimedio.

A questo quesito non potrà che risponderci alla fine della trattazione relativa alle singole tecniche di tutela.

4. Segue: la tutela in forma specifica del diritto alle ferie annuali

Un altro diritto per il quale la tutela risarcitoria per equivalente monetario appare del tutto inidonea a garantire la piena soddisfazione del bene della vita protetto, e che dunque necessita dell'utilizzabilità di tecniche di tutela in forma specifica, è il diritto alle ferie annuali retribuite.

Come è noto, la Costituzione nell'art. 36, comma 3, riconosce questo diritto come irrinunciabile, per la sua indispensabile e fondamentale funzione di consentire il recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore a tutela della sua salute personale e del suo interesse a realizzarsi come persona anche al di fuori del rapporto di lavoro.

In materia l'art. 10 del D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, come modificato dall'art. 1 del D. Lgs. 19 luglio 2004, n. 213, oltre a ribadire quanto già prescritto dall'art. 2109 c.c. – a norma del quale il diritto a fruire delle ferie annuali retribuite, possibilmente continuativo, deve essere goduto "nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro" –, stabilisce che il riposo annuale non può avere una durata inferiore a quattro settimane e che "tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva (...), va goduto per almeno due settimane, consecutive nel caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione".

Ciò detto, il problema che questa disciplina pone²⁶⁸ (per quanto qui interessa) deriva dalla interazione tra la regola della non monetizzabilità delle ferie non godute (art. 10, comma 2, D. Lgs.

²⁶⁷ Vedi M. Franco, op ult. cit., pagg. 364 ss., ove l'A. espone altresì il dibattito circa l'applicabilità dell'art. 28 Stat. Lav. in queste ipotesi e all'esito prende posizione in senso favorevole sull'assunto che gli "organismi" di cui all'art. 28 Stat. Lav. possano agire anche in vece del titolare del diritto leso, ma condizione che la tutela della salute nei luoghi di lavoro assurga ad oggetto specifico della attività sindacale.

66/2003: “*il predetto periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro*”) con la citata introduzione del termine ultimo di godimento del diritto (12 mesi per le prime due settimane e, per le restanti, 18 mesi dall’anno di maturazione).

Ci si chiede infatti quale sia la tutela utilizzabile dal lavoratore nel caso in cui il datore di lavoro non gli abbia consentito di fruire del diritto alle ferie entro il termine di godimento. In particolare interessa verificare se in questi casi il prestatore di lavoro debba “per forza” accontentarsi della tutela risarcitoria per equivalente o possa altresì esperire tecniche di tutela specifica che gli consentano il pieno esercizio del diritto leso e con esso la concreta (anche se tardiva) soddisfazione del bene della vita protetto dalle norme succitate .

Può essere utile all’esatto inquadramento della questione in oggetto fare un passo indietro per riepilogare a quali esiti fosse giunta l’analisi della stessa prima della riforma del 2003²⁶⁹ .

La disciplina legislativa, prima di questa data, non chiariva quale fosse il termine entro il quale il datore di lavoro avesse l’obbligo di collocare in ferie il lavoratore, né specificava da quale momento le ferie non godute potessero essere monetizzate da una indennità sostitutiva.

In realtà la monetizzabilità delle ferie non godute nella pendenza del rapporto di lavoro pareva essere preclusa dal precetto costituzionale di cui all’art. 36 Cost., sancente, come detto, l’irrinunciabilità del diritto. Tuttavia la contrattazione collettiva, pur in spregio del precetto costituzionale, si era inserita in questa lacuna con una regolamentazione con la quale era stato previsto il periodo oltre il quale le ferie maturate e non godute *potessero* (rectius: *dovessero*) essere monetizzate mediante la corresponsione di una apposita indennità (c.d. “di ferie non godute”).

In questo contesto emergeva un equivoco di fondo, non facilmente ammissibile alla luce del preciso dettato costituzionale, equivoco che aveva via via condotto alla sensazione che il termine di godimento previsto dalla contrattazione collettiva dovesse essere inteso come termine di decadenza del diritto al godimento in natura delle ferie, con la conseguenza di ritenere la scadenza di detto termine il presupposto di una automatica sostituzione del diritto al godimento in natura con il diritto ad una indennità economica.

Questo equivoco, ovviamente insostenibile al vaglio dei principi costituzionali, veniva poi affrontato e chiarito una volta per tutte dalla Corte di Cassazione nel 2001 (sent. 21 febbraio 2001. n. 2569)²⁷⁰ . Con tale sentenza la S.C. così statuiva : “*In realtà, il diritto alla fruizione effettiva del periodo feriale - non goduto per fatto imputabile al datore di lavoro nell'anno di riferimento - trova il suo fondamento nell'art. 2058 c.c. - dettato per la responsabilità aquiliana ma che in materia risarcitoria ha valore di principio generale - aggiungendosi che in materia di diritti attinenti alla integrità psico fisica, e più in generale agli interessi esistenziali del lavoratore - il datore di lavoro risponde per responsabilità extracontrattuale oltre che contrattuale. Sicché, devono considerarsi nulle le clausole, anche collettive, che a fronte di tale evento prevedano, in via esclusiva, l'indennità sostitutiva. Il lavoratore ha, infatti, innanzi tutto, ove abbia subito il predetto evento lesivo, diritto al risarcimento in forma specifica, che può tramutarsi in diritto al risarcimento per equivalente se esso risulti eccessivamente oneroso per il datore di lavoro, come disposto dal secondo comma della norma in esame. Se pertanto sussistono comprovate difficoltà nell'ambito aziendale alla effettiva fruizione recuperatoria delle ferie, non tempestivamente godute, può, in tal*

²⁶⁸ Cfr. da ultimo, e per quanto qui rileva, M. G. Mattarolo, Commento a Sent. Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, Gerhard Schultz-Hoff (C-350/06), v. Deutsche Rentenversicherung Bund, e Stringer e altri (C-520/06) v. Her Majesty’s Revenue and Customs, in Lag. Giur., 2009/5, 471 ss.; vedi anche Roberto Rovero, La nuova disciplina delle ferie tra obblighi comunitari e principi costituzionali, in Lav. Giur. 2 006/12, pagg. 1163 ss.; R. Del Punta, La nuova disciplina delle ferie, in L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie (a cura di) V. Leccese, Milano, 2004, 2004, 378 ss.; G. Ricci, Tempi di lavoro e tempi sociali, 2005; A. Pessi, Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche, in ADL, 2006, 789.

²⁶⁹ Vedi Vallebona A., Ferie non godute; indennità sostitutiva o godimento differito ?, in ADL, 2001, 633 ss.; Sandulli, Ferie dei lavoratori, in Enc. Dir., Giuffrè vol . XVII, 1968, 179 ss; Ichino –Rucci, vice Ferie, Digesto disc. Priv. – sez. comm., vol. IV, Torino, 1991, 70 ss.

²⁷⁰ In Riv. It. Dir. Lav., 2002, II, 87 nota di Lazzeroni nonché in Orient. Giur. Lav., 2001, I, 681 nota di Imberti.

caso, farsi luogo alla corresponsione dell'indennità sostitutiva. Spetta al datore di lavoro, cui incombe l'obbligo di un'organizzazione aziendale che consenta la tempestiva fruizione del periodo feriale, provare, in quanto a conoscenza di concrete esigenze aziendali ostative al recupero delle ferie, l'esistenza delle stesse. Il giudice nell'ambito dei doveri di correttezza e buona fede che incombono ai soggetti del rapporto di lavoro valuterà, altresì, quando il tempo intercorso fra mancata tempestiva fruizione e richiesta recuperatoria del lavoratore incidano sulle esigenze aziendali ostative alla stessa".

Pertanto, secondo la S.C., in caso di mancato godimento della ferie annuali entro il periodo fissato dalla contrattazione collettiva, per fatto imputabile al datore di lavoro, il lavoratore poteva chiederne comunque la fruizione mediante risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. e alle condizioni previste da tale disposizione. Per cui in caso di "eccessiva onerosità" del rimedio in esame ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c. al lavoratore non era lasciata altra possibilità che chiedere il risarcimento del danno per equivalente. La S.C., inoltre e in coerenza con questa impostazione, precisava che dovessero qualificarsi come nulle le clausole dei contratti collettivi che prevedessero in via esclusiva ed automatica, come effetto della mancata fruizione delle ferie entro il periodo da essi prefissato, l'erogazione della indennità sostitutiva: proprio perché al lavoratore era lasciata comunque la facoltà di invocare l'art. 2058 c.c. .

In realtà l'iter argomentativo seguito dalla S.C. nella citata sentenza, pur essendo pienamente condivisibile il fine di dare attuazione alla effettività del diritto così come prescritto dalla Costituzione, non è parso esente da difetti. Così è stato evidenziato che in realtà la fattispecie dovesse essere ricondotta non già allo schema del risarcimento del danno in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. ma – più semplicemente – allo schema dell'adempimento tardivo. Ed in particolare è stato osservato che "se il datore di lavoro non adempie l'obbligo di concedere le ferie, delle due l'una: o il godimento delle ferie è ancora utile per il recupero delle energie e la realizzazione extralavorativa della persona del lavoratore ed allora è possibile l'adempimento tardivo con la concessione delle ferie oltre l'anno; oppure, se per il tempo trascorso o l'eccessiva quantità delle ferie arretrate non è più seriamente prospettabile l'assolvimento della funzione tipica delle ferie, non resta che retribuire il lavoro aggiuntivo prestato in violazione delle norme a tutela del lavoratore"²⁷¹.

Peraltro è stato sostenuto che concretamente gli esiti delle due ricostruzioni sopra richiamate sono gli stessi, anche sul piano processuale dell'onere della prova. Infatti, così si è ritenuto, l'effettivo godimento (anche se tardivo) del diritto alle ferie presupporrebbe sempre che il datore di lavoro non riuscisse a provare l'eccessiva onerosità (per il risarcimento in forma specifica) o l'impossibilità (per l'adempimento tardivo)²⁷².

Quest'ultima valutazione, però, non convince perché tra adempimento tardivo e risarcimento in forma specifica esiste una differenza di regime che si traduce nel rafforzamento della effettività della tutela somministrabile al lavoratore ingiustamente privato del diritto alle ferie.

E' infatti evidente che per il datore di lavoro sarebbe più semplice provare la sussistenza di ragioni organizzative, produttive e tecniche che rendano eccessivamente onerosa la fruizione delle ferie rispetto alla prova che quest'ultima sia divenuta impossibile. La fruizione tardiva delle ferie, infatti, è sempre possibile da un punto di vista materiale – che prescindendo dunque dalla valutazione della eccessiva onerosità – fino a che perduri il rapporto di lavoro; l'unico soggetto abilitato a impedire l'adempimento tardivo in realtà è lo stesso lavoratore, al quale secondo i principi generali deve essere riconosciuta la facoltà di rifiutare l'offerta datoriale di collocazione tardiva in ferie perché non più di suo interesse²⁷³.

Ciò detto, si tratta ora di verificare se ed in quale misura queste considerazioni possono svolgersi anche alla luce della attuale disciplina di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 66/2003. La

²⁷¹ Vallebona A., Ferie non godute, indennità sostitutiva e godimento differito, in ADL, 2001, 633.

²⁷² Cfr Pagni I., Diritti del lavoro e tcniche.. cit., pag. 515.

²⁷³ Vedi sul punto Speciale V., Situazioni delle parti.. cit., pag. 153.

domanda che ci si pone è questa: quali rimedi può esperire il lavoratore nel caso di inutile decorso dei termini assegnati dalla legge (12 o 18 mesi) per il godimento del diritto ?

Ebbene, dal combinato disposto del principio di effettività delle tutele dei diritti di cui all'art. 24 Cost. e del principio della irrinunciabilità delle ferie di cui all'art. 36, comma 3, Cost. scaturisce in modo inequivocabile una tensione tutta rivolta verso la tutela in forma specifica e soddisfattiva.

In ossequio a questa tensione, l'art. 10 del D. Lgs. n. 66/2003 dev'essere interpretato in modo da evitare nuovi "aggiramenti" della tutela *de qua*, del tipo di quelli scongiurati con la succitata sentenza della Corte di Cassazione, n. 2569/2001. Ciò significa che il termine di 12 e 18 mesi previsto per la fruizione del diritto dovrebbe essere inteso come termine di adempimento ex art. 1183 c.c. dell'obbligo datoriale di concessione delle ferie, la scadenza del quale non produrrà l'effetto di sostituire il diritto all'adempimento in natura con il diritto ad una indennità economica²⁷⁴, ma determinerà solo la qualificazione come inadempimento del comportamento del datoriale di lavoro, per effetto del quale il lavoratore potrà comunque beneficiare dei rimedi di diritto comune atti a garantirgli la tutela in forma specifica.

Seguendo questa impostazione è stata sostenuta la tesi per la quale, nell'immediatezza della scadenza dei termini di legge (12 mesi per le prime 2 settimane; 18 mesi per le altre 2 settimane) e segnatamente all'ingresso delle ultime due settimane prima della scadenza di detti termini, il lavoratore "possa fare uso del potere di autotutela costituito dalla eccezione di inadempimento, sospendendo la propria prestazione lavorativa senza essere passibile di licenziamento"²⁷⁵.

Non v'è dubbio che probabilmente il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. sia un utile strumento di tutela specifica, ma probabilmente il suo impiego in questo ambito andrebbe incontro all'obiezione per cui la "collocazione temporale" delle ferie è atto rimesso al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro nel cui esercizio questi non può essere in alcun modo sostituito da terzi, tanto meno dal lavoratore²⁷⁶. E' evidente infatti che in questa prospettiva, attraverso l'art. 1460 c.c., il lavoratore deciderebbe autonomamente la collocazione temporale delle ferie, e a nulla servirebbe dire che in tal caso non di ferie si tratterebbe quanto di sospensione della controprestazione, perché di fatto il risultato cui egli tenderebbe sarebbe identico: l'art. 1460 c.c., in altri termini, verrebbe utilizzato come mezzo per raggiungere ciò che altrimenti sarebbe precluso dall'art. 41 Cost. e dall'istesso art. 2109 c.c., per l'effetto il suo impiego dovrebbe considerarsi fraudolento e illegittimo.

Deve invece ammettersi, in una prospettiva non dissimile a quella delineata nel regime precedente alla riforma del 2003, che il lavoratore possa agire in giudizio per la condanna del datore di lavoro all'adempimento seppure tardivo del suo diritto di fruizione delle ferie annuali, oltre al risarcimento del danno. Solo in questo modo potrà dirsi rispettata quella tensione verso la tutela specifica che permea il diritto di cui si discute.

²⁷⁴ Vedi altresì Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 20 gennaio 2009, C 350/06 e C 520/06, Gerhard Schultz-Hoff (C-350/06), v. Deutsche Rentenversicherung Bund, e Stringer e altri (C-520/06) v. Her Majesty's Revenue and Customs, Interpretazione dell'art. 7 dir. 2003/88/CE sull'organizzazione dell'orario di lavoro – La Corte di giustizia delle Comunità europee interpreta il diritto alle ferie annuali retribuite sancito dalla direttiva comunitaria sull'orario di lavoro. In particolare la Corte sancisce il principio in virtù del quale il diritto alle ferie annuali retribuite non può estinguersi allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale.

²⁷⁵ Pagni I., op. ult. cit. pag. 516: "E' evidente, infatti, che all'approssimarsi della scadenza non sia più possibile l'adempimento tempestivo da parte del datore di lavoro all'obbligo consistente nella collocazione del lavoratore in ferie e ciò consenta, nel rispetto del principio di buona fede e correttezza, l'esercizio del potere sostanziale previsto dall'art. 1460 c.c."

²⁷⁶ Vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 11/12/1996, n. 11028, in Mass. Giur. Lav., 1997, 67 nonché Cass. civ. Sez. lavoro, 10/01/1994, n. 175, in Riv. It. Dir. Lav., 1994, II nota di Pizzoferrato, nelle quali si afferma la legittimità della sanzione disciplinare irrogata al dipendente che decida autonomamente e senza il consenso del proprio datore di lavoro il periodo di fruizione delle ferie.

5. (Segue): le violazioni in materia di cassa integrazione guadagni; l'esclusione giurisprudenziale della tutela specifica: rilievi e spunti critici

Nell'ambito dell'area della amministrazione del rapporto di lavoro la dottrina²⁷⁷ si è occupata della verifica del grado di esperibilità delle tecniche di tutela specifica relativamente alla posizione soggettiva del lavoratore di fronte alle scelte economiche dell'imprenditore derivanti da situazioni di crisi o da processi di ristrutturazione aziendale.

In particolare, la questione esaminata è stata quella concernente il limiti del potere imprenditoriale di disporre la sospensione del lavoro e la collocazione in cassa integrazione, onde verificare soprattutto se la violazione di questi limiti possa attribuire al lavoratore il diritto alla effettiva ripresa della prestazione di lavoro o soltanto il diritto al risarcimento del danno.

In questo contesto assume rilievo centrale la condotta datoriale consistente nel mancato rispetto dei criteri selettivi o di scelta per l'individuazione dei lavoratori da sospendere.

Orbene, come è stato osservato²⁷⁸, nell'ambito della cassa integrazione ordinaria il potere imprenditoriale di sospensione potrebbe essere vincolato mediante la predefinizione in sede di accordo sindacale di specifici criteri di scelta ed eventualmente del criterio della rotazione, in esito ai quali deriverebbe in capo al datore di lavoro l'obbligo di non sospendere alcuni dipendenti e/o quello di collocare in c.i.g. i lavoratori sulla base di un criterio che consenta l'alternanza tra quelli sospesi e quelli adibiti al lavoro.

Per effetto di questo accordo i lavoratori acquisterebbero un correlativo diritto soggettivo a non essere sospesi, la cui violazione integrerebbe lo schema dell'inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.²⁷⁹.

Per la cassa integrazione guadagni straordinaria, invece, è la stessa legge a prevedere il diritto alla rotazione (art. 1, commi 7 ed 8, della Legge 23 luglio 1991, n. 223).

La giurisprudenza, qui sta il punto, ritiene che l'unico rimedio utilizzabile a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro (violazione criteri di scelta e/o diritto di rotazione) sia solo quello risarcitorio (da parametrarsi alle retribuzioni perse per il periodo a decorrere dal quale sia violato il diritto di rientrare in servizio o quello di non essere sospeso), mentre esclude la possibilità per il dipendente di ottenere la reintegrazione al lavoro effettivo.

In particolare la S.C. in materia ha ritenuto che vada *"esclusa .. sul piano giuridico la riammissione" in servizio, data la inammissibilità di un ordine siffatto, secondo principi generali del nostro ordinamento ("inammissibilità" di una condanna ad un "facere" infungibile ed "incoercibilità" dell'ordine medesimo, in sede di esecuzione forzata), controvertendosi in un caso che è al di fuori della sfera di previsione e di applicazione della "reintegra" ex art. 18 della legge n. 300 del 1970*²⁸⁰.

In questa pronuncia sono fondamentalmente due le argomentazioni poste a fondamento della esclusione della tutela specifica, argomentazioni che, tuttavia, non paiono affatto convincenti.

La prima si fonda, infatti, sulla tesi, ormai ampiamente respinta, della ammissibilità della tutela di condanna solo a condizione che l'ordine giudiziale oggetto della domanda attorea possa essere poi eseguito coattivamente²⁸¹: da questa impostazione la S.C. fa dunque discendere

²⁷⁷ E principalmente Ghera E., Esecuzione diretta ..., cit, pag, 1109 ss.

²⁷⁸ Ghera E., Esecuzione .. cit., pag. 1112; conformemente V. Speciale, Situazioni delle parti ... cit., pag. 149.

²⁷⁹ Vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 04/03/2000, n. 2468, in Mass. Giur. It., 2000: *"In caso di violazione del diritto del lavoratore, derivante da un accordo aziendale, a rientrare in servizio, dopo un periodo di collocamento in cassa integrazione, in attuazione del previsto criterio di rotazione, sussiste una responsabilità per inadempimento contrattuale del datore di lavoro e il lavoratore ha diritto al risarcimento integrale dei danni subiti, da determinarsi a norma dell'art. 1223 c.c., e quindi da commisurare almeno all'entità dei compensi retributivi che egli avrebbe maturato durante l'intero periodo di inadempimento"*.

²⁸⁰ Cass. civ. Sez. lavoro, 01/02/1993, n. 1178, in Riv. Critica Dir. Lav., 1993, 855.

²⁸¹ Cass. Civ. Serz. III, 13 ottobre 1997, n. 9957, Nuova Giur. Civile, 1998, I, 871, con nota di Campagnolo: *"è ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nell'ipotesi d'infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del facere dell'obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in*

l'inammissibilità della domanda di riammissione in servizio del lavoratore illegittimamente sospeso, in ragione del carattere infungibile del facere richiesto al datore di lavoro.

La seconda si fonda, invece, sulla assenza di un rimedio specifico quale quello previsto dall'art. 18 Stat. Lav., argomentazione quest'ultima che tuttavia si pone in netta controtendenza con l'orientamento della S.C. favorevole alla estensione del rimedio della reintegrazione in favore del lavoratore demansionato o illegittimamente privato delle proprie mansioni o ancora illegittimamente trasferito. In questi ultimi casi, come si è visto, la S.C. ha esteso il meccanismo della tutela specifica anche in assenza di una norma *ad hoc* – del tipo dell'art. 18 Stat. Lav. – ma facendo applicazione del rimedio generale dell'azione di adempimento cui all'art. 1453 c.c.²⁸².

Questa posizione di chiusura della giurisprudenza è stata peraltro temperata dalla possibilità di esperire tecniche di tutela specifica ricorrendo ai rimedi legislativamente previsti in materia di discriminazioni.

Per essere più precisi, l'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza²⁸³, divenuto poi patrimonio anche delle elaborazioni dottrinali²⁸⁴, sostiene che il potere sospensivo del datore di lavoro sia sottoposto a "limiti esterni" e "limiti interni". I primi sono rappresentati sia dai divieti di discriminazione previsti dalla legislazione vigente ed in primis dall'art. 15 Stat. Lav. e sia dal rispetto del principio di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.; i secondi invece sono comprensivi delle eventuali autolimitazioni assunte dal datore di lavoro tramite accordo collettivo ed implicano che i lavoratori da sospendere debbano essere scelti secondo criteri obiettivi, razionali e coerenti con le finalità specifiche della cassa integrazione.

Orbene, quest'impostazione, ritiene che a fronte della violazione dei limiti interni e degli artt. 1175 e 1375 c.c. l'unica tutela esperibile dal lavoratore (oltre a quella di invalidazione dell'atto di esercizio del potere imprenditoriale) sia la sola tutela risarcitoria.

Solo a fronte della violazione dei divieti di discriminazione il lavoratore (oltre ad una pronuncia invalidante) potrebbe ottenere un ordine giudiziale rivolto al datore di lavoro ed avente ad oggetto la cessazione della condotta illecita e la rimozione degli effetti di quest'ultima; ossia una tutela inibitorio-rispristinativa che si fonderebbe – più che sul diritto a non essere sospeso – sul diritto a non essere discriminato, creando per effetto di ciò "un obbligo di fonte giudiziale al ripristino della situazione preesistente"²⁸⁵.

Come è evidente, però, in quest'ultimo caso la tutela specifica è somministrata solo perché sono esperibili rimedi speciali, per cui rimane pur sempre sullo sfondo la tesi della generale preclusione della possibilità del lavoratore di ottenere una condanna del datore di lavoro alla concreta riammissione in servizio.

Quest'impostazione, come detto, non può condividersi per la semplice ragione che, anche in forza del principio della atipicità della azione, non si comprende per quali ragioni non debba riconoscersi al lavoratore la possibilità di esercitare l'azione di adempimento di cui all'art. 1453 c.c. facendo valere l'inadempimento datoriale ex art. 1218 c.c., concretatosi nella illegittima collocazione a riposo.

conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dalla inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato a invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva, domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un facere infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento"; Vedi più ampiamente supra pag. 7.

²⁸² Vedi supra pag. 53, sub nota 205.

²⁸³ Vedi tra le tante: Cass. civ. Sez. lavoro, 24/01/1991, n. 670, Mass. Giur. It., 1991; Cas s. civ. Sez. lavoro, 10/04/1990, n. 3024, Dir. e Pratica Lav., 1990, 1493 nota di Basenghi; Cass. civ. Sez. lavoro, 07/03/1990, n. 1772, Mass. Giur. It., 1990; Cass. civ. Sez. lavoro, 13/02/1989, n. 884, Mass. Giur. It., 1989; Cass. civ. Sez. lavoro, 29/11/1988, n. 6440, Mass. Giur. It., 1988; Cass. civ., 25/06/1988, n. 431, Riv. Giur. Lav., 1989, II, 295 nota di Menghini.

²⁸⁴ Vedi, tra gli altri, M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1994 pagg. 215 -217; M. Miscione, *Integrazione salariale e eccedenza di personale*, GI, 1991, IV, 416; M. Magnani, *I criteri per la rotazione e le sanzioni applicabili*, in DPL, 1992, 190.

²⁸⁵ V. Speciale, *Situazioni ...*, cit., pag. 151.

Sul piano della tutela di cognizione, dunque, ammettere questo rimedio solo per alcuni casi (demansionamento; trasferimento illegittimo; privazione delle mansioni) e non in altri, che hanno pur sempre a base un inadempimento datoriale, pare costituire un ragionamento costituzionalmente illegittimo per irragionevole disparità di trattamento.

6. L'utilizzabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. a fronte della violazione del diritto di precedenza nelle assunzioni

Le tecniche di tutela esaminate fino a questo punto hanno sempre avuto ad oggetto diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere o illegittimamente cessato. L'ineffettività dei rimedi, in quest'ottica, si è mostrata nei termini di impossibilità di ottenere dal datore di lavoro una attività determinata (la reintegrazione nel posto di lavoro; la riammissione in mansioni equivalenti o nella precedente sede di lavoro; la adozione di misure a salvaguardia della salute dei lavoratori; la concessione delle ferie) quale oggetto di un obbligo derivante dal contratto di lavoro.

Vi sono diritti peraltro che spettano ai lavoratori nei confronti del datore di lavoro anche se un contratto di lavoro non c'è o non c'è più. Tali sono i diritti di precedenza nelle assunzioni ed il diritto dei disabili alla assunzione obbligatoria previsto dalla normativa sul collocamento obbligatorio.

Le fattispecie in oggetto contemplano una situazione giuridica di vantaggio tutelata nei confronti del datore di lavoro²⁸⁶, al quale è imposto, ricorrendo determinati requisiti ed in primis qualora questi intenda effettuare nuove assunzioni, di accordare la precedenza ai lavoratori titolari di detta posizione soggettiva.

In questi casi la violazione del diritto è concretata dalla mancata assunzione e quindi dallo stesso rifiuto del datore di lavoro di stipulare il contratto di lavoro. E' pertanto l'omessa manifestazione di volontà negoziale la patologia che coinvolge questi diritti e avverso la quale il singolo lavoratore abbisogna di rimedi che possano assicurargli ciò che l'illecito datoriale gli ha negato, ovvero il contratto di lavoro.

Ciò detto, la tutela in forma specifica di questi diritti significa, come è evidente, la costituzione forzata dello stesso contratto di lavoro, mentre la tutela per equivalente consentirebbe unicamente di ottenere il risarcimento dei danni, rappresentati principalmente dalla retribuzioni perse e che il lavoratore avrebbe avuto il diritto di percepire se l'obbligo datoriale fosse stato correttamente adempiuto. Si tratta pertanto di verificare se una simile forma di tutela specifica sia ammissibile o se, al contrario, l'ordinamento limiti la tutela del diritto al solo risarcimento del danno.

Se questi sono i termini del problema, allora, è chiaro che il tutto si risolve nell'accertare se ed in che misura il rimedio avverso l'illecito negatorio del datore di lavoro possa essere approntato attraverso l'azione ex art. 2932 c.c., ai sensi del quale "*se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*".

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono dell'avviso che questa norma abbia una portata ampia, non circoscrivibile alle sole obbligazioni di fonte negoziale²⁸⁷, ma riferibile anche alle obbligazioni a contrarre di fonte legale (quali sono appunto le fattispecie ora in trattazione)²⁸⁸.

²⁸⁶ Sulla configurabilità di detta situazione soggettiva come diritto nei confronti del datore di lavoro vedi Mazzotti, integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro, Jovenne, Napoli, 1992, pag. 121, che a tale conclusione era arrivato a seguito della generalizzazione della facoltà di chiamata nominativa in materia di collocamento; Borali, Il diritto di precedenza per i lavoratori collocati in mobilità, in RCDL, 1997, 777.

²⁸⁷ Come sostenuto da Montesano L., obbligo .. cit., 1979, 518.

²⁸⁸ Vedi Di Majo A., Obbligo a contrarre, in EGT, XXI, Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, 1990, 518 nonché Cass. civ., 12/06/1982, n. 3592, in Mass. Giur. Lav., 1982, 638, per la quale "*la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c. c. può essere pronunciata non solo nell'ipotesi di contratto preliminare, ma in relazione a qualunque altra fattispecie dalla quale sorga un obbligo di prestare il consenso al fine del trasferimento o della costituzione di un diritto, sia che detta fattispecie concretizzi un negozio unilaterale, sia altro fatto o atto dai quali detto obbligo o possa sorgere ex lege*".

Espunto questo possibile equivoco dalla trattazione del problema, occorre ora calare la norma nel contesto delle dinamiche negoziali insite nell'esercizio dei singoli diritti per i quali si fa questione della sua applicabilità.

Innanzitutto è opportuno individuare di quali diritti si stia parlando. A tal riguardo interessa principalmente fare riferimento alle seguenti disposizioni:

- art. 15, comma 6, della Legge 29 aprile 1949, n. 264, dettato in tema di lavoratori licenziati per riduzione di personale²⁸⁹, ai sensi del quale: *“I lavoratori licenziati da un'azienda per riduzione di personale hanno la precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro sei mesi”*;

- art. 5, comma 2, del D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, dettato in materia di contratto di lavoro a tempo parziale, ai sensi del quale: *“Il contratto individuale può prevedere, in caso di assunzione di personale a tempo pieno, un diritto di precedenza in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale in attività presso unità produttive site nello stesso ambito comunale, adibiti alle stesse mansioni od a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione”*; ai sensi dell'art. 8, comma 3, dello stesso testo legislativo, la violazione di tale diritto è sanzionata *ex lege* con il *“risarcimento del danno in misura corrispondente alla differenza fra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio al tempo pieno nei sei mesi successivi a detto passaggio”*;

- art. 12 ter del D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, sempre in tema di contratto di lavoro a tempo parziale, ai sensi del quale: *“Il lavoratore che abbia trasformato il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale”*;

- art. 5, comma 4 quater, del D. Lgs. 6 dicembre 2001, n. 368, dettato in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, ai sensi del quale: *“Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine”*;

- art. 5, comma 4 quinquies, del D. Lgs. 6 dicembre 2001, n. 368, sempre in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, ai sensi del quale: *“Il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali”*;

- art. 5, comma 4 sexies, del D. Lgs. 6 dicembre 2001, n. 368, il quale a chiusura dei diritti sanciti nei due commi precedenti specifica che *“il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro”*;

- infine, art. 3 della Legge 12 marzo 1999, n. 68, che prevede l'obbligo di assunzione dei disabili da parte dei datori di lavoro pubblici e privati aventi una determinata base occupazionale.

Ciò precisato, l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. al fine di dare effettiva attuazione ai diritti previsti dalle summenzionate disposizioni incontra limiti ed ostacoli diversi a seconda di quale sia il contesto di riferimento.

Quanto al diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per riduzione di personale, è stato affermato che *“poiché la prelazione si risolve nel diritto alla conclusione del contratto di lavoro, i cui estremi, normativamente fissati in ordine all'inquadramento, sono per gli altri aspetti già noti*

²⁸⁹ La Corte di Cassazione, peraltro, ha esteso questo beneficio anche ai lavoratori licenziati per cessazione di attività. Vedi Cass. 9 febbraio 1990, n. 937 e Cass. 2 aprile 2001, n. 4825.

alle parti, deve ritenersi consentito il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., salva la responsabilità per omessa, tempestiva, assunzione²⁹⁰.

Questo assunto evidenzia bene che il problema di fondo della esperibilità della azione ex art. 2932 c.c. è rappresentato dalla impossibilità per il giudice di sostituirsi alle parti (e specificamente al datore di lavoro) nella determinazione del contenuto del contratto di lavoro, stante l'inviolabilità della loro autonomia negoziale. Lo stesso assunto, peraltro, ritiene che tale ostacolo sia superabile perché, nel caso di specie, l'inquadramento del lavoratore (la sua qualifica e per l'effetto le mansioni ad esso richiedibili) sarebbero già normativamente prestabiliti.

Tuttavia la giurisprudenza ha precisato che *“il diritto ad essere preferito nelle assunzioni effettuate dal datore di lavoro entro l'anno non può trovare tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.. Si tratta, infatti, non di un diritto, sia pure condizionato, alla stipulazione di un contratto di lavoro del quale sia predeterminato il contenuto, ma soltanto di un diritto ad essere preferiti come contraenti nel caso che il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni, la cui tipologia sarà definita proprio dalla decisione dell'imprenditore. Ne segue che, secondo i principi generali applicabili all'istituto della prelazione negoziale obbligatoria (ancorché di fonte legale), dall'inadempimento del datore di lavoro, che diviene definitivo con l'assunzione di soggetti diversi, non può che scaturire il diritto al risarcimento del danno”*²⁹¹.

Questa pronuncia, seppure nella brevità della sua argomentazione, ha il pregio di distinguere la fase temporale precedente alla decisione imprenditoriale della nuova assunzione da quella successiva alla assunzione stessa, fase quest'ultima nella quale l'inadempimento si è già perfezionato con l'assunzione di un soggetto diverso da quello avente diritto e dopo la quale, di certo, non si potrebbe più tornare indietro ipotizzando una inammissibile invalidazione del nuovo contratto di lavoro e la sua sostituzione – mediante sentenza costitutiva – con il contratto dell'avente diritto. In altri termini pare qui configurabile l'impossibilità della attivazione della tutela ex art. 2932 c.c., impossibilità che in forza della stessa norma può dare diritto alla sola tutela risarcitoria (art. 2932 c.c.: *“.. l'altra parte, qualora sia possibile... può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”*).

Certo, è vero che in forza del generale principio di correttezza e buona fede di cui all'art. 1375 c.c. l'imprenditore, prima di procedere alla nuova assunzione, dovrebbe darne notizia all'avente diritto per consentirgli di decidere se valersi o meno del diritto di precedenza, ma nulla toglie all'imprenditore, nel caso in cui il lavoratore gli comunichi di volersi valere del diritto, di cambiare idea (ad es. decidendo non procedere più all'assunzione o di assumere un lavoratore con una diversa qualificazione), poiché quell'informativa non ha il significato di promessa di assunzione ma solo, appunto, di informazione pura e semplice. Pertanto non potrebbe neppure ritenersi che, all'esito di questa informazione, il lavoratore possa immediatamente agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c., perché ciò lederebbe inevitabilmente la libertà di autonomia negoziale e organizzativa dello stesso datore di lavoro.

Mi pare dunque che il diritto di precedenza in questo caso sia sfornito di tutela in forma specifica e che possa essere salvaguardato soltanto attraverso il rimedio del risarcimento del danno. Rimedio al quale non bisognerebbe guardare sempre e comunque con fastidio, perché avrebbe pur sempre una valenza indirettamente coercitiva così come tale valenza assume la condanna al risarcimento di cui all'art. 18, comma 4, Stat. Lav. .

Analoghe considerazioni credo che possano farsi anche con riferimento al diritto di precedenza riconosciuto ai lavoratori già assunti con contratto di lavoro a tempo determinato.

Per queste tipologie di diritti è vero che “l'inquadramento” delle mansioni è traibile dal testo stesso della decreto (con qualche difficoltà – peraltro – per i lavoratori stagionali ove si fa

²⁹⁰ Tatarelli M., I licenziamenti individuali e collettivi, Cedam, 2006, pag. 464.

²⁹¹ Cfr Cass. civ. Sez. lavoro, 05/10/2002, n. 14293 in Mass. Giur. It., 2002, conf. Cass. 4008/1997; vedi altresì nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 2932 c.c. anche Alessi C., La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT - 68/2008, pag. 17, nota 50; nonché Pessi. R., Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione, Cedam, Padova, 2008, pag. 37.

riferimento unicamente alle “*medesime attività stagionali*” e non alle “*mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine*”²⁹²), ma è anche vero (come si è detto sopra) che prima della violazione del diritto non è *concepibile* l’applicazione dell’art. 2932 c.c. e che successivamente al perfezionarsi dell’inadempimento non è più *possibile* l’ottenimento di una sentenza costitutiva²⁹³.

In materia, infatti, non può che applicarsi il generale principio statuito dalla giurisprudenza di legittimità in tema di patto di prelazione: “*il patto di prelazione ha natura obbligatoria e, nel caso d’inadempimento del promittente, non è consentita l’esecuzione in forma specifica, ma la sola pretesa risarcitoria*”²⁹⁴. Pertanto, nel caso che ci occupa il lavoratore non ha il diritto all’assunzione pura e semplice, ma ha solo quello ad essere preferito rispetto ad altri possibili contraenti a parità di mansioni, per cui, verificatosi l’inadempimento, non è gli dato il rimedio della esecuzione in forma specifica, perché il bene oggetto del diritto di precedenza non può essergli restituito né dal datore di lavoro, che lo ha ormai “trasferito” ad un nuovo soggetto, né dal lavoratore assunto in sua vece, che nell’evenienza non ha avuto alcuna colpa.

Ma oltre a questi impedimenti se ne aggiungono altri, non meno rilevanti. Infatti è stato correttamente osservato che il nuovo contratto potrebbe pur sempre essere stipulato con il patto di prova e che non sono legislativamente definiti i criteri da impiegare nel caso in cui i titolari del diritto di precedenza siano più d’uno²⁹⁵.

Insomma, anche con riferimento al diritto di precedenza previsto dalla disciplina sul contratto di lavoro a tempo determinato, il rimedio di cui all’art. 2932 c.c. non pare praticabile, di tal ché dovrebbe ammettersi la sola tutela risarcitoria²⁹⁶.

Anche la disciplina sul contratto di lavoro a tempo parziale, come visto, contempla la figura del diritto di precedenza.

Orbene, nel vigore dell’art. 5 della Legge 863/1984 la giurisprudenza generalmente ammetteva l’esecuzione in forma specifica ai sensi dell’art. 2932 c.c. perché “la modificazione dell’assetto negoziale [in tal caso sarebbe] limitata alla sola quantità delle prestazioni e alla loro

²⁹² Vedi sul punto Pessi, cit. pag. 37, il quale ritiene che per i lavoratori stagionali non esista una prede finezione legislativa delle mansioni come invece sarebbe configurabile per il diritto di precedenza di cui all’art. 5, comma 4 quater, del D. Lgs. 368/2001

²⁹³ Sono, peraltro, favorevoli all’applicazione dell’art. 2392 c.c. M. Tatarelli, Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, in Guida Lav., 2008/2, pag. 116; M. Marinelli, Contratto a termine e cause di giustificazione, in A. Garilli, M. Napoli, (a cura di) Il lavoro a termine in Italia e in Europa, Torino, Giappichelli, 2003, 162 ss., (quest’ultimo relativamente alla disciplina precedente alla riforma del 2007); S. P. Emiliani, Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine, in (a cura di) M. Persiani, La nuova disciplina del Welfare, Cedam, 2008, pagg. 118-119; diversa è la posizione di G. Ferraro, Il contratto a tempo determinato, in (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro, Lavoro, competitività, welfare – Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate, Utet, Torino, pag. 97 ss., il quale afferma che in teoria non vi sarebbero ostacoli ad ammettere la tutela ex art. 2932 c.c., posto che gli elementi del contratto sono già legislativamente predefiniti, ma in concreto l’applicazione di questa norma “incontri ostacoli non trascurabili nella fase di esecuzione, ove si scontra con l’obiezione di principio sulla incoercibilità dell’obbligo di costruire materialmente il rapporto di lavoro”.

²⁹⁴ Cass. civ. Sez. II, 20/06/1986, n. 4116, in Giur. It., 1987, I, 1, 1454 nota di Verzoni. La S. C., a tal riguardo è utile richiamare il passo della motivazione che qui rileva: “*Ma la sentenza impugnata si fonda su un ulteriore e decisivo argomento che è in linea con la prevalente giurisprudenza di questa Corte e la dottrina quasi unanime. Infatti la corte del merito ha correttamente qualificato di natura obbligatoria il patto di prelazione, perché esso pur nella ipotesi di un immobile non inerisce alla cosa, né impegna il promittente a concludere il contratto, ma solo a preferire coeteris paribus il promissario se si deciderà a vendere (v., in proposito sent. 23 gennaio 1975, n. 265; 13 maggio 1982, n. 3009). Ne consegue allora che verificatosi l’inadempimento, non è dato al promissario il rimedio della esecuzione in forma specifica, giacché il bene oggetto della pattuita prelazione non gli può essere né “trasferito dal disponente, che lo ha ormai alienato, né restituito dal terzo acquirente che non è soggetto a riscatto, essendo questo rimedio solo per le ipotesi di prelazione “reali” come ad esempio quella considerata dall’art. 732 cc. In caso di violazione a carico del promittente inadempiente unica conseguenza è la responsabilità per danni ai sensi dell’art. 1218 cc., con esclusione dell’esecuzione in forma specifica e del diritto di riscatto”.*

²⁹⁵ In questi termini vedi Pessi, cit. pag. 38, nonché Alessi, cit. pag. 17.

²⁹⁶ Sono di quest’avviso, tra gli altri, Pessi, cit., 37 ss.; Alessi, cit., 17 ss.; Menghini L., Il lavoro a tempo determinato, in (a cura di) Franco Carinci, Michele Miscione Il collegato lavoro 2008, Ipsoa, 2008, pag. 271; G. Ferraro, cit. pag. 97 ss..

distribuzione temporale”²⁹⁷. Ma questa conclusione non pare ammissibile né con riferimento alla previgente normativa né alla luce di quella attuale, e ciò sempre in considerazione del fatto che il diritto di precedenza non è equiparabile ad obbligo di assunzione (come nel caso del collocamento obbligatorio) ma determina, come detto, solo e soltanto un diritto ad essere preferiti nella stipula del contratto di lavoro *se* il datore di lavoro dovesse decidere di porre in essere l’assunzione²⁹⁸. Per l’effetto la violazione di questo diritto, una volta perfezionatasi con l’assunzione di un diverso soggetto, non sarebbe più rimediabile in forma specifica ma solo in forma risarcitoria.

Tutte le costruzioni che limitino l’indagine sulla operatività dell’art. 2932 c.c. al solo profilo del contenuto del contratto²⁹⁹ inevitabilmente dimenticano di cogliere proprio quest’ultimo aspetto, che inerisce invece alla struttura stessa del diritto e alla sua esercitabilità all’interno della fase genetica del contratto di lavoro.

Anche in questo caso, inoltre, vale la considerazione per cui “potrebbe porsi, in presenza di più titolari del medesimo diritto, un problema di selezione tra posizioni analoghe, selezione che implica necessariamente una manifestazione di volontà del datore di lavoro”³⁰⁰.

Pertanto, esclusa anche in questo caso la tutela in forma specifica di cui all’art. 2932 c.c., rimane la tutela risarcitoria. Rispetto a quest’ultima occorre segnalare una lacuna nel dettato legislativo. Infatti mentre la violazione del diritto di precedenza di cui all’art. 5, comma 2, del D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 è sanzionata ex lege, ai sensi del successivo art. 8, comma 3, mediante l’irrogazione di una sorta di penale³⁰¹ pari alla “*differenza fra l’importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio al tempo pieno nei sei mesi successivi a detto passaggio*”, nulla è previsto per la violazione del diritto di precedenza di cui all’art. 12 ter. E’ stata così proposta l’estensione analogica della sanzione di cui all’art. 8, comma 3³⁰². Pare peraltro preferibile la tesi per cui il datore di lavoro dovrebbe essere obbligato al “risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa, tenuto conto anche degli interessi sottesi alla trasformazione”³⁰³, quindi senza alcuna delimitazione del quantum dovuto.

6.1 (Segue): ... e dell’obbligo di assunzione in materia di collocamento obbligatorio

Deve ora verificarsi se l’art. 2932 c.c. incontra gli stessi ostacoli all’interno della disciplina sul collocamento obbligatorio.

Prima di affrontare la questione occorre evidenziare che in quest’ambito, a differenza di quanto finora esaminato, il lavoratore (avviato obbligatoriamente dai competenti centri per l’impiego) non è titolare di una forma di prelazione obbligatoria, ma di un vero e proprio *diritto all’assunzione*, correlato all’obbligo di assunzione posto in capo al datore di lavoro. Qui dunque l’inadempimento non determina la definitiva compromissione della possibilità di azionare la tutela specifica, perché stante il suo carattere duraturo³⁰⁴ esso potrebbe comunque essere rimosso dal

²⁹⁷ Cass. 28 agosto, 2003, n. 12648, in RIDL, 2004, II, 83; Cass. 2 giugno 1998, n. 5415, in NGL, 1998, 816 .

²⁹⁸ In questi stessi termini vedi Alessi, cit., pag. 27.

²⁹⁹ Vedi da ultimo, tra gli assertori della applicabilità dell’art. 2932 c.c. in forza della circostanza per cui la legge predefinisce il contenuto del contratto residuando solo in capo al giudice la determinazione del profilo quantitativo della prestazione di lavoro, V. Speciale, Situazioni delle parti.. cit. pag. 138 ss.; con riferimento alla disciplina precedente alla riforma del 2007, vedi Fallace S., L’evoluzione dell’orario di lavoro tra riduzioni e flessibilità: dal 1850 ai giorni nostri fra leggi, regolamenti e accordi , Clueb, 2002, pag. 108.

³⁰⁰ Alessi, cit. pag. 27.

³⁰¹ Cfr Vallebona A., Istituzioni .. cit., pag. 629.

³⁰² Brollo M., Il lavoro a tempo parziale tra flessibilità e sicurezza, in (a cura di) Franco Carinci, Michele Miscione , Il collegato lavoro 2008, Ipsoa, 2008, in Pag. 303

³⁰³ Alessi, cit., pag. 27.

³⁰⁴ Questo aspetto d’altro canto è evidenziato anche dalla sanzione amministrativa irrogabile per l’ipotesi della mancata assunzione del lavoratore, sanzione che infatti aumenta di entità per ogni giorno di ritardo nell’adempimento: art. 15, comma 4, Legge 68/1999 (“*Trascorsi sessanta giorni dalla data in cui insorge l’obbligo di assumere soggetti appartenenti alle categorie di cui all’articolo 1, per ogni giorno lavorativo durante il quale risulta non coperta, per cause imputabili al datore di lavoro, la quota dell’obbligo di cui all’articolo 3, il datore di lavoro stesso è tenuto al*

datore di lavoro; pertanto, anche in caso di assunzione di un soggetto diverso da quello avente diritto, il datore di lavoro rimarrebbe comunque obbligato alla assunzione senza poter opporre le eccezioni che si sono viste trattando dei diritti di precedenza.

Ciò precisato, con riferimento alla precedente disciplina di cui alla legge 482/1968 la dottrina storicamente si è dichiarata favorevole al riconoscimento in favore del lavoratore avviato obbligatoriamente della possibilità di agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere la sentenza costitutiva degli effetti del contratto di lavoro non concluso per causa imputabile al datore di lavoro inadempiente³⁰⁵.

La giurisprudenza, invece, è sempre stata generalmente contraria a questa soluzione, ritenendosi che il giudice non potesse sopperire alla carente determinazione degli elementi del contratto di lavoro³⁰⁶.

Alla luce della nuova disciplina introdotta con la legge 12 marzo 1999, n. 68³⁰⁷ questa impostazione può essere senz'altro riveduta.

La stessa S. C. con una recente sentenza ha riconosciuto l'ammissibilità della tutela ex art. 2932 c.c. in favore dei centralinisti non vedenti avviati obbligatoriamente³⁰⁸, in quanto il sistema legale assicura a questi ultimi un inquadramento contrattuale in cui sono prestabilite le mansioni, la qualifica, il trattamento economico e normativo del lavoratore avviato, ivi compresa l'indennità legale di mansione.

In realtà non è del tutto vero che per i disabili diversi da centralinisti non vedenti la legge non preveda la possibilità di sopperire alla carenza di determinazione del contenuto del contratto di lavoro. E' stato infatti evidenziato³⁰⁹ che in base alla nuova normativa il datore di lavoro ha l'obbligo di inviare un prospetto informativo dal quale devono risultare l'organico complessivo, i lavoratori già in servizio, i posti di lavoro e le mansioni disponibili con riferimento alle assunzioni obbligatorie eventualmente dovute (art. 9, comma 6). L'adempimento strumentalmente più importante posto a carico del datore di lavoro per assolvere al proprio obbligo di assunzione dei soggetti disabili – oltre all'invio del prospetto periodico – è la presentazione della richiesta di avviamento, la quale può coincidere con l'invio di quest'ultimo prospetto, ma può anche essere realizzata separatamente con l'indicazione della qualifica richiesta e addirittura del nominativo del lavoratore stesso.

versamento, a titolo di sanzione amministrativa, al Fondo di cui all'articolo 14, di una somma pari a euro 57,17 al giorno per ciascun lavoratore disabile che risulta non occupato nella medesima giornata”).

³⁰⁵ Vedi E. Ghera, *Esecuzione diretta.. cit.*, pag. 1176 ss.; Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 211 ss.; Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967.

³⁰⁶ Tra le tante Cass. 2 marzo 1979, n. 1322, in FI, 1979, I, 1462; Cass. 24 maggio 1980, n. 3425, MGL, 1980, 768; Cass. 10 marzo 1984, n. 1668, GC, I, 3081; Cass. 24 gennaio 1985, n. 337, in FI, 1985, I, 1319; da ultimo Cass. 16 agosto 2004, n. 15951. Vedi anche sul punto *Rivero R.*, *Vizi e virtù della legge sul collocamento dei disabili: analisi della giurisprudenza*, in *Lav. Giur.*, 2008/3, pag. 226.

³⁰⁷ In materia di collocamento obbligatorio dei disabili, vedi, tra gli altri, Garofalo, D., *Disabili e lavoro, profilo soggettivo*, in *DPL*, inserto 1999, n. 27, *Id. Disabili e lavoro, profilo oggettivo e sanzioni*, in *DPL*, inserto 1999, n. 38; Vallebona, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 1999, 476; Maresca A., *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *Cinelli M., Sandulli P. (a cura di), Diritto del lavoro dei disabili, Commentario alla L. n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 27. A. Tursi, *Il diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, p. 797 ss.

³⁰⁸ Cass. 14 agosto 2004, n. 15913, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 881, con nota di F. Capurro, *Collocamento obbligatorio e costituzione del rapporto ex art. 2932 c.c.: il caso dei centralinisti non vedenti come spunto per un riesame della tutela in forma specifica*; in tale sentenza si afferma che in caso di legittimo avviamento di centralinista non vedente, la cui assunzione sia indebitamente rifiutata dal destinatario dell'obbligo di assumerlo, il giudice su domanda di parte può pronunciare sentenza costitutiva ex art. 2932 Cod. Civ., rendendo fra le parti sentenza che produca in forma specifica gli effetti del contratto non concluso, oltre al risarcimento del danno. Per la generalità degli invalidi avviati obbligatoriamente al lavoro, si continua a sostenere invece, che in caso di ingiustificato rifiuto dell'assunzione da parte del datore di lavoro, non è consentito ottenere la costituzione per sentenza del rapporto di lavoro, in base all'art. 2932 Cod. Civ., in assenza di una predeterminazione degli elementi essenziali del rapporto, quali la retribuzione, le mansioni, la qualifica; in tale caso l'invalido può ottenere soltanto il risarcimento del danno.

³⁰⁹ Cfr V. Speciale, *Situazioni delle parti cc.*, cit., pag. 133 ss. .

Ebbene, in queste ultime ipotesi non v'è chi non veda che l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto sia sanata dalle stesse dichiarazioni del datore di lavoro, idonee ad individuare la qualifica e le mansioni del lavoratore, dati dai quali deriverà in modo automatico ex art. 10, comma 1, della stessa legge 68/1999, la determinazione del trattamento economico e normativo.

Per l'effetto, lo stesso principio sancito per i centralinisti non vedenti dovrebbe essere applicato anche a favore di tutti gli altri disabili avviati obbligatoriamente, sempre che dalle dichiarazioni del datore di lavoro possano evincersi senza incertezze le mansioni e la qualifica richieste al lavoratore³¹⁰.

In questa prospettiva il lavoratore, prima di intraprendere l'azione in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. contro il "potenziale" datore di lavoro, potrebbe presentare presso l'ufficio competente formale istanza di accesso agli atti ai sensi degli artt. 22 e ss. della Legge 7 agosto 1990, n. 241, al fine di estrarre copia delle suddette dichiarazioni datoriali per allegarle al ricorso ex art. 414 c.p.c. e così rendere incontrovertibile davanti al giudice la sussistenza degli elementi determinativi del contratto, necessari alla pronuncia della sentenza costitutiva.

Ciò detto, occorre ricordare che a garantire l'adempimento dell'obbligo di assunzione, la legge n. 68/1999 ha previsto nell'art. 15 un sistema sanzionatorio particolarmente efficace, poiché costruito su sanzioni amministrative pecuniarie di importo destinato ad aumentare in rapporto alla durata del rifiuto della assunzione. Dette sanzioni agiscono sul datore di lavoro come vere e proprie misure coercitive indirette che compungono la sua volontà in direzione del rispetto dei diritti del disabile.

Anche in quest'ambito pertanto il lavoratore beneficia, accanto al tradizionale binario della tutela giurisdizionale, del binario della tutela amministrativa.

A ben vedere, all'interno di quest'ultima, egli potrebbe agire in due modi diversi: o presentando presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio una pura e semplice richiesta di intervento, oppure inserendo all'interno di quest'ultima il proprio consenso alla conciliazione monocratica ex art. 11 del D. Lgs. 124/2004.

Quest'ultima procedura, che come è stato detto è subordinata alla sussistenza di diritti di natura patrimoniale, sarebbe attivabile perché l'inadempimento del datore di lavoro, nel caso che ci occupa, non lede solo l'interesse del lavoratore alla assunzione, ma anche tutti i diritti che dalla assunzione deriverebbero in suo favore, primo fra tutti, appunto, il diritto alle retribuzioni. Ed in ogni caso non v'è alcun dubbio che il lavoratore possa chiedere il risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale) cagionatogli dall'illegittimo rifiuto di assunzione del datore di lavoro. Vero è che – a rigore – la procedura in oggetto sarebbe impedita dalla sussistenza elementi integranti una fattispecie di illecito amministrativo³¹¹, ma è anche vero che tali elementi sarebbero soltanto dedotti e non ancora accertati, non sarebbero qualificabili dunque come elementi "oggettivi e certi": ad es. nulla escluderebbe che il datore di lavoro possa non essere obbligato alla assunzione per mancato possesso da parte del lavoratore avviato della qualifica richiesta.

Ebbene, a fronte della instaurazione della procedura de qua, il lavoratore potrebbe "barattare"³¹² una più che probabile sanzione amministrativa con l'effettiva assunzione.

Al di là di giudizi di valore su tale tecnica di tutela, è in ogni caso vero che essa rappresenti inequivocabilmente un rimedio efficace ed effettivo, che potrebbe emancipare il lavoratore dalle lungaggini processuali per consentirgli di ottenere una pronta soddisfazione.

³¹⁰ Sono di questo avviso, oltre a V. Speciale, cit. anche Garofalo D., *Disabili e lavoro, profilo oggettivo e sanzioni*, in DPL, inserto 1999, n. 18; Tursi, 1999, cit. pag. 797 ss.; Nuzzo, 2004, cit., 401.

³¹¹ Vedi Circolare 24/2004 cit.; nonché D. Messineo cit., 720 ss.

³¹² L'espressione non è sicuramente felicissima, ma ha il pregio di rappresentare efficacemente la realtà.

7. L'area della tutela sindacale: l'effettività apprestata dal procedimento per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav.

Secondo l'insegnamento di Giugni³¹³ attraverso l'art. 28 Stat. Lav. il legislatore ha voluto introdurre all'interno delle relazioni industriali uno strumento in grado di garantire l'effettività del principio di libertà sindacale nonché l'esercizio delle prerogative sindacali previste dallo stesso Statuto dei lavoratori, oltre che dalle ulteriori leggi, e l'esercizio del diritto di sciopero. Il legislatore non si è accontentato di prevedere l'obbligo dell'imprenditore di rispettare l'esercizio dei diritti di libertà e di attività sindacale nei luoghi di lavoro ma, a fronte del pericolo che queste prerogative (soprattutto in presenza di un'organizzazione sindacale eventualmente non ancora dotata di particolare forza di contestazione) potessero de facto essere svilite dall'assuefazione passiva al potere d'imperio del datore di lavoro, ha voluto predisporre con la norma de qua un particolare procedimento giurisdizionale – caratterizzato dalla sommarietà istruttoria e della celerità nell'addivenirsi ad una prima pronuncia nel merito della vertenza – ed un particolare provvedimento con efficacia inibitorio-restitutoria collegata ad una sanzione penale per l'ipotesi di sua inottemperanza.

E' stato evidenziato che il rimedio in esame ha la finalità di offrire ai sindacalisti uno scudo protettivo, al riparo del quale potersi organizzare ed agire, per la protezione degli interessi della collettività dei lavoratori da essi stessi rappresentata³¹⁴, e che la predisposizione di un procedimento nuovo e diverso da quelli ordinari, fondato sulla sommarietà e sulla celerità, è stata frutto di una scelta sostanzialmente obbligata da parte del legislatore, al fine di non vanificare già in partenza l'effettività dei diritti sindacali³¹⁵.

La dottrina³¹⁶, inoltre, ha precisato peraltro che il *bene giuridico* tutelato dalla norma in esame è l'interesse sindacale alla autotutela e quindi all'esercizio del conflitto stesso nell'azienda nei confronti del datore di lavoro³¹⁷.

La fattispecie di illecito (civile-sindacale) tipizzata dalla norma è volutamente aperta, ossia è costruita in modo non analitico, ma *teleologico*. L'art. 28 Stat. Lav., in altri termini, non vieta comportamenti che abbiano determinate caratteristiche strutturali, ma è volto a reprimere *tutti i comportamenti idonei a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma*. Il criterio repressivo utilizzato non è stato allora quello della previsione del tipo, ma della valutazione della capacità lesiva della condotta³¹⁸.

La giurisprudenza stessa ha sempre affermato la mancanza di tipicità nella condotta antisindacale contemplata dalla disposizione de qua, evidenziando nel contempo che il ruolo del giudice adito ai sensi dell'art. 28 Stat. Lav. sia quello di valutare innanzitutto la sussistenza di una prerogativa sindacale giuridicamente tutelata e successivamente l'idoneità a ledere la stessa da parte del comportamento del datore di lavoro dedotto e provato in giudizio.

Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha così precisato che l'individuazione delle fattispecie vietate può avvenire soltanto attraverso la previa ricognizione degli interessi che la norma intende tutelare³¹⁹.

³¹³ Cfr Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 1994, 116.

³¹⁴ Cfr Scognamiglio, *Condotta antisindacale*, I) *Disciplina sostanziale*, E.G.I., vol. VIII, Roma, 1988, 1

³¹⁵ Cfr Silvestri – Taruffo, *Condotta antisindacale*, II) *Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, E.G.I., vol. VIII, Roma, 1988, 2.

³¹⁶ Vedi Persiani M, *condotta antisindacale, interesse del sindacato, interessi collettivi e interesse individuale dei lavoratori*, PD, 1971, 559-560; Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 120; E. Ghera, *Esecuzione .. cit.*, pag. 1092-1093.

³¹⁷ Cfr Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960; Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, 1963; Garofalo *interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 88 e 119 ss. .

³¹⁸ Cfr Treu, *Condotta.. cit.*, pag. 49; Giugni, *Diritto.. cit.*, pag. 120; Garofalo, *op. ult. cit.*, pag. 78 ss.; Ghera E., *op. ult. cit.*, pag. 1092 ss.; Scognamiglio, *Condotta .. cit.*, 3.

³¹⁹ Ex pluribus, Cass. 8 maggio 1990, n. 3780, in RITDL, 1991, II, 322; Ca ss. 8 maggio 1992, n. 5454, in GI, 1992, I, 1, 1886; Cass. 18 gennaio 1984, n. 441, in NGL; 1984, 370.

Questa definizione atipica della fattispecie, di conseguenza, attribuisce una certa libertà qualificatoria al giudice, al quale si chiede dunque di stabilire *se e perché* il comportamento materiale (o anche negoziale) del datore di lavoro sia stato lesivo di una prerogativa sindacale.

Peraltro, la valutazione del giudice, seppure “discrezionale”, è comunque sottoposta a dei limiti. Infatti secondo l’univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità requisito essenziale dell’azione ex art. 28 Stat. Lav. è l’*attualità* del comportamento illecito³²⁰, ragione per la quale non possono ritenersi reprimibili ai sensi di tale disposizione né comportamenti futuri³²¹, né condotte antisindacali ormai esauritesi, salvo però che le stesse siano espressione non di un unico episodio ma di una linea comportamentale del datore di lavoro destinata a reiterarsi nell’immediato futuro³²².

Ebbene, questi due caratteri, ossia l’atipicità della fattispecie e la limitazione della discrezionalità del giudice nella individuazione delle condotte punibili, costituiscono la scaturigine di altrettante conseguenze di equipollente natura nella fase di applicazione concreta (processuale) del rimedio e quindi nella determinazione giudiziale dei comportamenti imposti al datore di lavoro per “*rimuovere gli effetti*” del comportamento illegittimo (effetto restitutorio) del quale si è contestualmente ordinata la “*cessazione*” (effetto inibitorio).

E’ stato infatti osservato che “alla regola della atipicità della condotta fa riscontro, in termini simmetrici, una eguale atipicità dei comportamenti (atti materiali o negoziali) vincolanti alla restituzione del diritto sindacale leso”³²³.

Ciò significa allora che la discrezionalità del giudice è duplice, perché agisce sia in fase di qualifica della antisindacalità del comportamento dedotto in giudizio (oggetto dell’inibitoria) e sia nella fase di determinazione della condotta necessaria per rimuovere gli effetti della lesione sindacale (oggetto della pronuncia restitutoria).

Ma così come la discrezionalità in fase di qualificazione, anche la discrezionalità nella seconda delle due descritte fasi deve sottostare ad alcuni limiti³²⁴.

Il primo limite è costituito dallo stesso criterio teleologico che deve orientare l’individuazione dell’illecito antisindacale: simmetricamente la prestazione giudizialmente imposta dovrà essere teleologicamente capace di rimuovere la lesione sindacale e restituire il bene giuridico sottratto. E’ evidente in questa funzione l’utilizzo della tecnica della tutela specifica e satisfattiva.

Il secondo limite deriva dal sopra esposto requisito della attualità del comportamento lesivo: ciò infatti comporta l’inammissibilità di obblighi restitutori gravanti in modo indefinito sull’imprenditore, quali quelli che deriverebbero da una c.d. condanna per il futuro, quando non sia rigorosamente accertato che l’illecito, pur se esaurito, costituisca ripetizione di un “*medesimo disegno criminoso*” (per utilizzare un linguaggio penalistico), destinato in quanto tale a ripetersi nell’immediato futuro: fuori da questi casi detta condanna produrrebbe l’inammissibile risultato di ordinare la cessazione di comportamenti non ancora realizzati e per i quali non vi sarebbero neppure valide ragioni per indurne una prossima ripetizione³²⁵.

Ciò precisato la casistica giurisprudenziale è ricchissima di imposizioni di fare, di non fare, e di semplice pati, a corredo della inibitoria giudiziale.

³²⁰ Vedi Cass. 19 agosto 1987, n. 6946; Cass. 5 aprile 1991, n.3568, in FI, 1992, I, 183, RGL., 1991, II, 481, con nota di Frediani; Cass. 9 febbraio 1991, n. 1364, MGL, 1991, 207.

³²¹ Vedi Cass. 18 gennaio 1984, n. 441, in GC, 1984, I, 2721.

³²² Vedi Cass. 3 luglio 1984, n. 3894, in GC, 2720.

³²³ Ghera E., Esecuzione. Cit., 1989, 1093; Vedi in termini analoghi anche Garofalo, op. ult. cit., pag. 59 ss.; Proto Pisani A, Procedimento di repressione dell’attività antisindacale, in Studi di diritto processuale del lavoro, Milano, 1979, 267; Pera, Sub art. 28, Assanti Pera.. cit., 279.

³²⁴ Vedi sempre Ghera E., op ult. cit. pag. 1096-1097.

³²⁵ Sull’argomento vedi Proto Pisani, Appunti sulla tutela di condanna, RTDPC, 1978, estratto, 56 ss., Id., Il procedimento .. cit., pag. 57 ss.; Garofalo, Interessi .. cit., 215; Romagnoli, Commento all’art. 28, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, Statuto dei diritti .. cit., 409 ss.; Scognamiglio, Considerazioni sull’art. 28 dello statuto dei lavoratori, RGL, 1971, I, 165 ss. .

Prima però di entrare nel merito dell'esame della concreta coercibilità di tali imposizioni (e quindi, in ultimo, del grado di effettività della tutela de qua), è opportuna un'ulteriore precisazione finalizzata a evidenziare meglio i caratteri propri del rimedio in esame.

La tutela contemplata dall'art. 28 Stat. Lav. si attua mediante la costituzione/creazione in capo al datore di lavoro degli obblighi inibitori e restitutori volti a ripristinare il bene giuridico leso.

Il provvedimento giudiziale (decreto o sentenza), pertanto, ha efficacia costitutiva di obblighi di fare, non fare o di pati, necessari – teleologicamente – al fine calibrato nella disposizione: ovvero la rimozione di tutte le conseguenze del comportamento illegittimo³²⁶.

L'attivazione della procedura de qua, dunque, determina l'insorgenza di situazioni giuridiche soggettive di fonte giudiziale. Questa conseguenza può tradursi in una contestuale tutela sia dell'interesse sindacale che di quello individuale del singolo lavoratore leso: come nel caso del licenziamento del dirigente sindacale o del suo trasferimento in violazione dell'art. 22 Stat. Lav.³²⁷; fuori dai casi di coincidenza dei due interessi (sindacale/individuale) il rimedio in esame non è proponibile per la tutela del singolo lavoratore, ma solo in funzione di tutela del solo sindacato.

Ebbene, gli obblighi "creati" dal provvedimento giudiziale, a ben vedere, costituiscono molto spesso la riaffermazione di altrettanti obblighi di fare o di non fare o di pati, già statuiti dalla legge a prescindere dalla attivazione della procedura in oggetto: questo ad es. è il caso della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato o dell'obbligo di consentire lo svolgimento della assemblea sindacale o ancora dell'obbligo di ottenere il nulla osta sindacale prima di procedere al trasferimento del sindacalista interno ex art. 22 Stat. Lav. e così via.

Se questo è vero allora deve ammettersi che, in questi casi, il compito del giudice è agevolato dalla presenza di una disposizione che lo indirizza verso il *proprium* della condotta teleologicamente necessaria alla rimozione della lesione sindacale: la riammissione in servizio – la concessione della possibilità dello svolgimento della assemblea – la richiesta del nulla osta sindacale – o ancora l'invio dell'informativa prescritta per l'attivazione della procedura del licenziamento collettivo etc, etc.,³²⁸.

Parimenti deve ritenersi non così problematico il rispetto del criterio teleologico nella fase determinativa dell'obbligo inibitorio-restitutorio, appunto perché tale criterio è già connaturato nella condotta (commissiva o omissiva) contenuto nella norma sostanziale di riferimento: ad es. nel caso dell'art. 20 Stat. Lav., il giudice dovrà limitarsi ad ordinare al datore di lavoro di consentire l'effettivo svolgimento dell'assemblea e concedere all'uopo un locale idoneo.

In altri casi (si pensi alle numerose forme con le quali si può realizzare la violazione del diritto di sciopero o alle molteplici violazioni commissibili in sede di trattative sindacali), il giudice non ha a disposizione una norma sostanziale che codifichi in modo chiaro il comportamento dovuto e non realizzato, ma solo un precetto generale per la cui attuazione egli deve necessariamente svolgere un'operazione interpretativa rispettosa sia della ratio della stessa disposizione sostanziale violata (ad es. art. 40 Cost.) e sia del criterio teleologico cui si è già fatto riferimento. In questo caso, come è evidente, il giudice traduce in un obbligo specifico quello che nella norma sostanziale è un principio comportamentale generale.

³²⁶ Cfr Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovenne, Napoli, 2003, pag. 113.

³²⁷ Vedi Cass. 9 febbraio 1991, n. 1364, in MGL, 1991, 207, nonc hé Cass. 4 dicembre 1984, n. 6367, in NGL, 1985, 138 o ancora Cass. 19 febbraio 1982, n. 103, in RGEE, 1982, 623.

³²⁸ Vedi V. Speciale, *Situazioni delle parti cit.*, pag. 114 -115, L'A., in un'ottica parzialmente diversa da quella qui considerata, ritiene che, fuori dai casi in cui esista già una norma sostanziale che preveda quale sia lo specifico obbligo in capo al datore di lavoro, il giudice traduca il normale onere di cooperazione del datore di lavoro in un vero e proprio obbligo, facendo l'esempio del demansionamento e del trasferimento discriminatori per ragioni sindacali: Tuttavia in questi casi, a ben guardare, è senz'altro configurabile uno specifico obbligo (di non fare) sia in forza dell'art. 2103 c.c. (obbligo di non adibire il lavoratore a mansioni inferiori; di non trasferirlo in mancanza di valide ragioni giustificative) e sia in forza dell'art. 15 Stat. Lav. (divieto di discriminazioni, tra le altre, anche per ragioni sindacali). Pertanto è preferibile (vedi infra) distinguere tra casi nei quali la norma sostanziale preveda un obbligo specifico e casi nei quali la stessa si limiti a porre un precetto generale da tradursi in un obbligo specifico nel caso concreto.

Sono numerosissime, come detto, le fattispecie che la giurisprudenza ha ritenuto di poter ricondurre allo schema dell'art. 28 Stat. Lav. . Sono stati riscontrati diversi tipi di comportamenti antisindacali nel contesto delle trattative volte alla stipula di accordi sindacali³²⁹; nella violazione degli obblighi di informazione³³⁰; nella violazione del diritto di sciopero³³¹; nella tutela della attività sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, come in materia di assemblea, di permessi, di collocamento in cassa integrazione di soggetti aderenti al sindacato e così via³³².

Sono parimenti diversificate le tipologie di obblighi che possono sfociare dal provvedimento inibitorio-restitutorio del giudice. A tal riguardo è possibile distinguere tra obblighi di azione e di astensione, a loro volta articolabili i primi in obblighi di fare e di dare ed i secondi in obblighi di non fare e di pati³³³.

Sono classificabili tra gli obblighi di fare ad es. la reintegrazione dei lavoratori licenziati o demansionati o illegittimamente trasferiti o collocati in c.i.g., così come l'obbligo di trasmettere al sindacato determinate informative o di concedere i permessi sindacali. Tra gli obblighi di dare invece possono farsi rientrare il pagamento delle retribuzioni (ad es. nel caso di illegittima trattenuta), il versamento e la riscossione dei contributi sindacali .

Sono classificabili, invece, tra gli obblighi di non fare l'obbligo di disapplicazione di accordi separati o con sindacati di comodo, la non modificazione di turni o di sistemi di lavoro. Tra gli obblighi di tolleranza possono farsi figurare quelli relativi ai vari diritti sindacali previsti dallo Statuto dei lavoratori, come l'esercizio del diritto di assemblea, di referendum, di collettaggio, di propaganda, di volantaggio.

Orbene è senz'altro vero che l'ottemperanza all'ordine giudiziale ex art. 28 Stat. Lav. (decreto o sentenza) incida sulla organizzazione imprenditoriale, conformandola in un senso diverso da quello voluto dal suo titolare. Ma a tale condizione non corrisponde una assoluta infungibilità degli obblighi di azione e di astensione costituiti ex art. 28 Stat. Lav. .³³⁴

In altri termini, la semplice circostanza che l'imprenditore si trovi a dover "sopportare" che l'organizzazione aziendale debba essere conformata nel senso prescritto dal giudice non è sempre e comunque qualificabile in termini di infungibilità, ossia di assoluta impossibilità giuridica (per violazione dell'art. 41, comma 1, Cost.) di eseguire per mezzo dell'attività di un terzo gli obblighi statuiti dal giudice³³⁵. A tal riguardo è sempre bene ricordare che l'infungibilità di cui si sta parlando attiene all'onere di necessaria cooperazione dell'imprenditore per consentire l'esercizio del diritto violato, attiene quindi alla sfera del potere gestorio e direzionale relativo ai singoli rapporti di lavoro ed al loro svolgimento all'interno della complessiva organizzazione aziendale³³⁶.

³²⁹ Vedi Cass. 9 aprile 1992, n. 4319, in RGL, 1992, II, 63, con nota di Lambertucci, che ritiene antisindacale il comportamento del datore di lavoro che, in occasione delle trattative promosse, per il rinnovo delle pattuizioni aziendali, da un gruppo di lavoratori (nella specie da un consiglio di fabbrica) tenti, ignorando detto gruppo, di stabilire contatti con i singoli lavoratori, presentando loro delle proposte già respinte dall'assemblea dei dipendenti.

³³⁰ Cass. 27 maggio 1982, n. 3263, in FI, 1983, I, 141.

³³¹ Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, sulla correlazione tra l'art. 28 e i limiti all'esercizio del diritto di sciopero; nonché Cass. 8 maggio 1990, n. 3780, in RITDL, 1991, II, 322, sul tema delle trattenute retributive per i giorni nei quali il lavoratore abbia offerto la propria prestazione di lavoro, salva la prova offerta dal datore di lavoro dell'impossibilità di ricevere le prestazioni dopo il termine dello sciopero.

³³² Cass. 3 luglio 1992, n. 8143, MGL, 1992, 345; Cass. 30 ottobre 1995, n. 11352, in GC, 1996, I, 715; Cass. 18 gennaio 1991, n. 435, in NGL, 1991, 236; Cass. 16 luglio 1992, n. 8610, in RGL, 1992, II, 841.

³³³ Cfr Ghera E., op. ult. cit. pag. 1096.

³³⁴ Conf. V. Speciale, Situazioni delle parti, cit. 115; contra Ghera E., op. ult. cit., pag. 1097 -1098.

³³⁵ E d'altro canto, come è stato attentamente osservato (V. Speciale, op. ult. cit.) nessuno ha mai dubitato che l'espropriazione forzata mobiliare ed immobiliare (e lo stesso può dirsi anche per ciò che concerne il pignoramento presso terzi) costituisca violazione dell'art. 41, comma 1, Cost., anche se è evidente in queste procedure la forte lesione della libera organizzazione aziendale: l'imprenditore, infatti, può essere privato della disponibilità dei mezzi e strumenti (materiali e finanziari) necessari per l'esercizio dell'impresa .

³³⁶ Vedi al riguardo della distinzione tra "organizzazione di lavoro" e "organizzazione del lavoro", Carabelli U., Organizzazione del lavoro e professionalità, una riflessione su contratto di lavoro e posto taylorismo, in DLRI, 2008, 13; Vedi altresì Persiani, Contratto di lavoro e organizzazione, Cedam, Padova, 1966, 25; F: Liso, La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Angeli, Milano, 1983, pag. 53; contra questa impostazione vedi M. Napoli,

Non sono infungibili quindi tutte quelle attività che possano essere realizzate da terzi senza che ciò possa costituire esercizio di siffatto potere, come ad es. si è visto in materia di licenziamento per l'attività volta a far materialmente entrare il lavoratore in azienda.

In altri termini, in tutti i casi nei quali non sia necessaria la cooperazione del datore di lavoro per ripristinare l'interesse leso, non v'è ragione di escludere la possibilità di una esecuzione forzata dell'obbligo secondo le forme ordinarie.

Occorre dunque applicare questi criteri agli obblighi "costituibili" giudizialmente attraverso il rimedio di cui all'art. 28 Stat. Lav., per verificare se ed in quali casi la tutela specifica in sede esecutiva possa essere realizzata con i mezzi ordinari di cui agli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c. . Ciò significa che ogni fattispecie necessita di un esame differenziato e che non è corretto escludere sempre ed aprioristicamente la possibilità di una tutela specifica esecutiva.

Così nei casi di lesione dei diritti sindacali come ad es. del diritto alla partecipazione ad una assemblea o del diritto allo svolgimento della propaganda all'interno dell'azienda, il semplice ingresso del lavoratore all'interno dei luoghi di lavoro consente di realizzare direttamente l'obbligo statuito dal giudice, senza necessità di ulteriore attività cooperativa del datore di lavoro³³⁷.

Nelle ipotesi di violazione di obblighi di non fare, la rimozione della lesione ed il ripristino del bene giuridico leso comporta l'adempimento di altrettanti obblighi positivi, consistenti nell'eliminazione di ciò che è stato posto in essere in violazione dell'interesse protetto. In questi ultimi casi, pertanto, essendo richiesto al datore di lavoro un comportamento attivo, occorre verificare se detto comportamento costituisca estrinsecazione o meno del potere organizzativo e direttivo, come tale non surrogabile. In quest'ottica non pare coercibile l'obbligo di rimuovere gli effetti derivanti dalla modificazione dei turni di lavoro: ciò infatti comporterebbe l'esercizio del potere organizzativo sopra richiamato. Stesse difficoltà sorgerebbero con riferimento all'obbligo di reintegrazione del sindacalista illegittimamente licenziato³³⁸ o demansionato o trasferito.

Nel caso di violazione di obblighi di dare, il comando del giudice, anch'esso consistente in una prestazione di dare, è senz'altro coercibile: come in ipotesi di pagamento delle retribuzioni e/o del versamento dei contributi sindacali trattenuti ai dipendenti.

La violazione dell'obbligo di fare, rappresentato dalla effettuazione di trattative sindacali, non pare coercibile mediante surrogazione, perché involge valutazioni di merito correlate al confronto con le organizzazioni sindacali, valutazioni non effettuabili se non dal datore di lavoro direttamente interessato³³⁹.

Ebbene l'art. 28 Stat. Lav. garantisce comunque una tutela specifica ed effettiva, anche nei summenzionati casi di incoercibilità, per il tramite della previsione di cui al comma 4, ai sensi del quale il datore di lavoro che non ottempera al provvedimento del giudice "è punito ai sensi dell'art. 650 c.p."

Questa disposizione prevede dunque una sanzione che, sul piano dell'effettività della tutela civile, ha la funzione di compulsare la volontà del datore di lavoro verso l'adempimento dell'obbligo e, quindi, verso la diretta soddisfazione dell'interesse protetto³⁴⁰.

Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme, Relazione tenuta nelle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, 2004, in www.aidlass.it, pag. 30: "nel rapporto di lavoro subordinato (...) non ha senso distinguere i poteri che derivano dalla sua configurazione come dator e di lavoro da quelli che deriverebbero dalla sua configurazione come imprenditore, poiché i poteri datoriali altro non sono che i poteri dell'imprenditore fondati e delimitati dal contratto di lavoro subordinato".

³³⁷ Vedi Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare, Jovenne, Napoli, 1978, pag. 183.

³³⁸ Ma in questo caso, oltre al rimedio di cui all'art. 28 Stat. Lav. esperibile in sede collettiva, il singolo interessato potrebbe pur sembrare beneficiare della misura coercitiva indiretta prevista dal comma 10 dell'art. 18 Stat. Lav., del pagamento "per ogni giorno di ritardo" nell'ottemperanza all'ordine del giudice, "a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore".

³³⁹ Vedi V. Speciale, op. ult. cit. pag. 119.

³⁴⁰ Vedi Proto Pisani, Le tutele giurisdizionali .. cit., 2003, pag. 113, il quale, peraltro, evidenzia l'importanza di questa misura coercitiva con particolare riferimento al pericolo dell'inadempimento dell'inibitoria (ossia del comando di cessazione del comportamento illegittimo) e del rischio della reiterazione prossima dello stesso evento illecito. L'A.

La sanzione in esame, infine, può sommarsi ad altre fattispecie sanzionatorie aventi la medesima funzione compulsoria, anche se irrogabili nell'ambito di procedimenti distinti e separati giuridicamente e concettualmente dal procedimento di cui all'art. 28 Stat. Lav. . Il riferimento è alla sanzione di cui agli artt. 16, comma 2, e 18, comma 10, Stat. Lav. .

Sia la prima che la seconda norma, infatti, prevedono la condanna al pagamento di una somma aggiuntiva in favore del Fondo adeguamento pensioni (pari, nell'art. 16, comma 2, all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente erogati nel periodo massimo di un anno, e nell'art. 18, comma 10, all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di ritardo).

Ovviamente la legittimazione attiva nell'art. 28 è diversa rispetto a quella richiesta per l'attivazione delle tutele ex artt 16, comma 2, e 18, comma 10; anche il tipo di pronunce è diverso: mentre il procedimento ex artt. 16, comma 2, e 18, comma 10, tende a sanzionare il datore di lavoro, il procedimento di cui all'art. 28 Stat. Lav. tende più direttamente ad impedirne il perpetuarsi³⁴¹. Ma in ogni caso la combinatorietà delle tecniche di tutela, viste nel loro complesso, garantisce la piena effettività della tutela stessa e con essa il pieno ripristino dell'interesse leso.

8. L'area della tutela contro le discriminazioni

Nell'ambito della normativa antidiscriminatoria sono presenti, anche se variamente articolate e costruite, tutte le tecniche di tutela finora esaminate: la tutela *invalidante*, quella *inibitorio-restitutoria*, la tutela *risarcitoria*, la tutela *coercitiva indiretta*, la tutela *collettiva*, la tutela *individuale*, la tutela *sommatoria d'urgenza* e la tutela *amministrativa*; a tali tutele si aggiunge poi uno strumento del tutto peculiare della materia: l'agevolazione probatoria consistente nell'*inversione dell'onere della prova* circa il carattere discriminatorio del comportamento datoriale dedotto in giudizio.

Caratteristica del sistema è senz'altro la forte spinta verso l'effettività, verso dunque il pieno recupero dell'interesse leso.

Punto di partenza di tutto l'impianto è la violazione del divieto di discriminazione tipizzato dal legislatore (per ragioni *sindacali, politiche, religiose, razziali, etniche o di cittadinanza, di lingua, di sesso, di handicap, di età, di orientamento sessuale, di convinzioni personali*³⁴², nonché per *infezione da HIV*³⁴³) e la fisiologica insufficienza della tutela di mero accertamento della invalidità dell'atto discriminatorio datoriale³⁴⁴.

Quanto al primo aspetto, vale anche in quest'ambito ciò che si è detto in materia di condotta antisindacale, ovvero che il legislatore descrive la fattispecie illecita non mediante la tecnica qualificatoria per tipologie strutturalmente ben delineate, ma in senso *teleologico*. Anche in tal caso, dunque, la fattispecie illecita è atipica ed il suo disvalore dev'essere ricercato nella lesività della condotta posta in essere rispetto all'interesse protetto dal divieto di discriminazione tipizzato dalla legge³⁴⁵.

Quanto al secondo aspetto, occorre innanzitutto considerare che il divieto di discriminazione (qualunque esso sia), proprio per la sua struttura, non costituisce solo la fonte di un obbligo (di non fare) e di una connessa responsabilità contrattuale per l'inadempimento³⁴⁶ di quest'ultimo, ma

ritiene che l'inibitoria possa "essere attuata solo attraverso il ricorso alla tecnica delle misure coercitive e mai in via di esecuzione forzata".

³⁴¹ Vedi, G. Amoroso-V. Di Cerbo, Statuto dei lavoratori.. cit. pag. 408.

³⁴² Vedi artt. 25 ss. D. Lgs. 198/2006; 15 e 16 Stat. Lav.; 3 D. Lgs. 151/2001; D. Lgs. 215/2003; D. Lgs. 216/2003; 43 e 44 D. Lgs. 286/1998.

³⁴³ Vedi art. 5, comma 5, Legge n. 13/5/1990.

³⁴⁴ Sull'insufficienza della tutela di mero accertamento vedi Proto Pisani A., L'Attuazione .. cit., 1989, pag. 44 ss., nonché Id., Le tutele giurisdizionali dei diritti, cit., pagg. 36 ss. .

³⁴⁵ Vedi Speciale V., Situazioni delle parti.. cit. pag. 121 .

³⁴⁶ Cfr Cass. civ. Sez. lavoro, 08/07/2002, n. 9877, in Foro It., 2002, I, 3353, per la quale *il dovere del datore di lavoro di astenersi da discriminazioni nei confronti dei lavoratori per ragioni di sesso, sia nella fase della formazione del*

prima ancora è *norma imperativa*, la cui violazione – secondo i principi generali (art. 1418 c.c.) – determinerà la nullità dell'atto negoziale posto in essere. Ma tale accertamento non è in grado da *se solo* di ripristinare l'interesse leso, perché per tale risultato occorre un'ulteriore attività e, insieme a quest'ultima, un fondamento giuridico che la possa giustificare.

La fisiologica insufficienza della tutela invalidante di mero accertamento può chiaramente cogliersi andando a rileggersi la disciplina della Legge 9 dicembre 1977, n. 903, ed in particolare dell'art. 15³⁴⁷.

Ebbene, in tale legge, per le discriminazioni attuate nell'accesso al lavoro (e/o nella adibizione delle donne al lavoro notturno), il legislatore decise di introdurre uno speciale procedimento modellato sullo schema dell'art. 28 Stat. Lav. . Attraverso questo procedimento, analogamente a quanto detto con riferimento all'art. 28 cit., il giudice non si sarebbe limitato ad accertare e dichiarare la nullità dell'atto datoriale, ma avrebbe potuto adottare un provvedimento inibitorio-restitutorio, mediante il quale, ordinando la cessazione della condotta illecita e la rimozione degli effetti, avrebbe potuto prescrivere vere e proprie azioni positive, *id est* veri e propri obblighi positivi di *facere*, che altrimenti non avrebbero avuto alcun fondamento giuridico. In altri termini, com'è stato osservato³⁴⁸, l'ordine inibitorio-restitutorio, in questi casi, non avrebbe solo invalidato l'assunzione posta in essere in luogo di quella rifiutata per motivi discriminatori, ma avrebbe potuto altresì *ordinare l'assunzione della lavoratrice discriminata*³⁴⁹. E ciò beninteso, non in forza di un inesistente diritto all'assunzione, ma quale misura statuita dal giudice per consentire la "*rimozione degli effetti*" della condotta discriminatoria³⁵⁰. Ciò, allora, porta a considerare che, in assenza di questa particolare tutela, la lavoratrice non avrebbe potuto che invocare la tutela risarcitoria, come d'altro canto è stato affermato dalla stessa giurisprudenza con riferimento alle altre fattispecie discriminatorie previste dalla medesima Legge 903/1977 (discriminazioni nelle retribuzioni; nella classificazione professionale; nella attribuzione delle qualifiche; progressione di carriera etc.)³⁵¹.

L'art. 15 della Legge 903/1977 dunque ha avuto il merito di evidenziare la strada da seguire nella lotta alle discriminazioni, ovvero quella di introdurre una tutela inibitorio-restitutoria idonea a costituire obblighi giuridici di fonte giudiziale in capo al datore di lavoro, necessari alla rimozione

contratto che in quella successiva, costituisce obbligazione in senso tecnico, di origine legale o negoziale, dalla quale deriva, in concorso con l'eventuale azione extracontrattuale, una responsabilità di natura contrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c.

³⁴⁷ Vedi Ballestrero M. V., *Della tutela della parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979; Treu T., *Commentario alla Legge 903 del 1977*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, pagg. 786 s. s.; Ventura, *La legge sulla parità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro*, in De Luca Tamajo - Ventura, (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, 257 ss.; De Cristofaro M. L., *Tutela e/o parità. Le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza*, Cacucci, Bari, 1979; Ghera E., *Op. ult. cit.*, 1098;

³⁴⁸ Cfr V. Speciale, *Situazioni .. cit.*, pag. 123; nonché Ghera E., *op. ult. cit.*, pag. 1099.

³⁴⁹ Vedi Pret. Milano, 30/05/1988, in *Orient. Giur. Lav.*, 1989, 303: "*Quando la discriminazione della donna nell'accesso al lavoro si esprime attraverso comportamenti apparentemente leciti ma idonei, sulla base di valutazioni presuntive aventi i requisiti di univocità, precisione e concordanza, a ledere la parità di trattamento, è da ritenersi sussistente il fumus discriminatorio sufficiente, nella fase di cognizione sommaria, per l'accoglimento della domanda con conseguente immissione della lavoratrice nel posto di lavoro cui ha diritto*"; in ordine alla possibile obiezione della violazione (per effetto della invalidazione del contratto con il lavoratore assunto in luogo della lavoratrice discriminata) si veda Pret. Pomigliano d'Arco, 22/07/1989, in *Lavoro* 80, 1989, 958: "*Ove il datore di lavoro abbia violato l'art. 15, l. 9 dicembre 1977, n. 903, discriminando nell'accesso al lavoro le lavoratrici che aspiravano all'assunzione, la cessazione di tale illecita condotta comporta che sia dichiarata la nullità dei contratti già stipulati con i lavoratori di sesso maschile nonostante la loro mancata partecipazione al giudizio, potendo essi far ricorso, per tutelare i loro diritti, agli strumenti per tali ipotesi apprestati dall'ordinamento ed in particolare all'azione di cui all'art. 404, 1° comma, c. p. c.*"

³⁵⁰ Vedi Cicchitti V., *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in RDP, 1996, 1187. Anche l'A. concorda sul fatto che l'ordine giudiziale potrebbe disporre l'ordine di assunzione della lavoratrice discriminata.

³⁵¹ Vedi Cass. 5 maggio 1984, n. 42, in *FI*, rep. 1984, voce *Lavoro (rapporto)* 756-757; Cass. 26 gennaio 1984, n. 618, in *GC*, 1984, I, 3100.

degli effetti dell'illecito, che la semplice tutela invalidante di accertamento non avrebbe potuto assicurare.

A rafforzare l'effettività della tutela, inoltre, come l'art. 28 Stat. Lav., anche la disposizione de qua prevedeva l'irrogazione della sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. al datore di lavoro inottemperante all'ordine giudiziale: ecco dunque profilarsi anche in questa disposizione la combinazione tra tutela invalidante, tutela inibitorio-restitutoria, tutela coercitiva indiretta e tutela sommaria (la norma infatti prevedeva l'emanazione, dopo una fase ad istruzione sommaria, di un primo provvedimento con efficacia esecutiva, suscettibile di essere opposto entro il breve termine di decadenza di 15 giorni). Però, a differenza con l'art. 28 Stat. Lav., la procedura di cui all'art. 15 della Legge 903/1977 era esperibile in via individuale (non collettiva) ed inoltre consentiva immediatamente l'ottenimento di una condanna *“al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita”*.

In sintesi, in questa norma è ravvisabile l'archetipo della tecnica rimediale che di seguito il legislatore, anche se con alcune variazioni, ha sempre utilizzato in materia di tutela contro le discriminazioni.

Ciò detto, la base attuale del regime protettivo contro le discriminazioni è rappresentato (sul modello dell'art. 15 cit.) dalla combinazione tra tutela invalidante/tutela inibitorio-restitutoria/tutela risarcitoria³⁵², oltre che dal presidio (anche se in modi spesso diversi) della sanzione penale (ma anche, come si vedrà, amministrativa) in funzione indirettamente coercitiva. Per l'effetto, l'ordine del giudice avrà questa struttura:

- a – accertamento e dichiarazione della nullità/discriminatorietà dell'atto datoriale;
- b – ordine di cessare la condotta illegittima e di rimuoverne gli effetti mediante una prestazione di fare, di non fare o di pati, idonea a ripristinare l'interesse leso;
- c – condanna al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

L'esperibilità di queste tecniche di tutela è diversa a seconda della fattispecie di discriminazione posta in essere.

Ovviamente per le discriminazioni sindacali sarà esperibile il rimedio dell'art. 28 Stat. Lav. di cui già si è detto.

In materia di discriminazioni per ragioni sessuali è prevista una tutela specifica sia individuale che collettiva.

Ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. 198/2006 (che ha sostanzialmente recepito l'art. 15 della Legge 903/1977) il/la lavoratore/lavoratrice discriminati possono azionare in via d'urgenza le tutele sopra indicate agendo in giudizio personalmente oppure mediante delega alle *“organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso”* o alla *“consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente”* (consigliera/e che, anche al di fuori di delega, può comunque intervenire nei giudizi promossi direttamente dalla persona discriminata: art. 36, comma 2). Il modello procedurale è sempre quello di cui all'art. 28 Stat. Lav., per cui, dopo una fase sommaria che si conclude con un decreto motivato ed immediatamente esecutivo, il giudizio di merito a cognizione piena può essere instaurato mediante opposizione da proporsi entro il termine di decadenza di 15 giorni. Anche in tal caso l'effettività del rimedio è presidiata dalla sanzione penale di cui all'art. 650 c.p., applicabile nel caso di inottemperanza al decreto che definisce la fase sommaria o alla sentenza che decide il giudizio a cognizione piena.

La tutela giurisdizionale collettiva³⁵³ invece è esperibile ai sensi dell'art. 37 D. Lgs. 298/2006 in caso di *“atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere*

³⁵² Cfr Napoli. M., La tutela dei diritti. cit., pag. 59 ss.

³⁵³ Per completezza di esposizione giova evidenziare che oggi è sempre più avvertita la necessità di conciliare l'approccio collettivo/privatistico di tipo sanzionatorio-repressivo, con l'approccio collettivo/pubblicistico di tipo premiale-preventivo. Vedi a tal riguardo F. Guarriello, Il ruolo delle istituzioni e della società civile, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007, 471: *“ se l'attenzione ai profili di effettività è la chiave di lettura privilegiata del nuovo diritto antidiscriminatorio [...] tale attenzione appare*

collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni”, da parte delle/dei consigliere/i di parità regionali (o nazionali, nel caso di discriminazioni a livello nazionale). In tal caso i legittimati attivamente possono promuovere conciliativamente la definizione da parte del datore di lavoro di un piano di rimozione delle discriminazioni, il quale, se approvato, viene inserito in un verbale di conciliazione al quale, con decreto del giudice, è attribuibile l’efficacia di titolo esecutivo. Peraltro, in tal caso, avverso l’eventuale violazione degli obblighi infungibili previsti in tale piano non sarebbero attivabili gli ordinari mezzi della esecuzione forzata e nemmeno sarebbero applicabili, in funzione compulsoria, sanzioni penali. La prospettiva della tutela conciliativa/stragiudiziale per questa ragione non pare dotata di particolare garanzia di effettività. Fallito (o deciso di non porre in essere) il tentativo di conciliazione, le/i consigliere/i di parità possono ricorrere al giudice del lavoro (o al tribunale amministrativo regionale) in via ordinaria o in via d’urgenza .

Nel primo caso il giudice, nella sentenza che definisce il giudizio, dopo aver eventualmente disposto (sulla relativa domanda) il risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina al datore di lavoro *“di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale”*, fissando *“i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano”*. In questo caso, dunque, il giudice non stabilisce direttamente quali condotte porre in essere per rimediare alla discriminazione commessa, ma lascia questa incombenza al confronto collettivo, nel quale potranno intervenire non solo le parti sindacali ma anche le consigliere di parità; confronto, peraltro, non lasciato “libero”, perché lo stesso dovrà svolgersi nel rispetto dei criteri anche temporali stabiliti nella sentenza.

Nel secondo caso invece si ripresenta la classica tutela modellata, con qualche aggiunta, sullo schema dell’art. 28 Stat. Lav. . Il giudice adito in via d’urgenza, infatti, *“nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate”*.³⁵⁴ Si ripropone dunque la classica tutela risarcitoria/inibitorio-restitutoria, con la possibilità del giudice di ordinare direttamente al datore di lavoro l’effettuazione di prestazioni determinate necessarie per *“rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate”*. Qui *“l’ordine di definizione del piano di rimozione delle discriminazioni”*, com’è evidente, non è l’oggetto esclusivo del provvedimento del giudice, ma diventa un elemento aggiuntivo rispetto alle altre prescrizioni di fare, non fare, pati. Infatti nella formulazione letterale della norma (art. 37, comma 4, D. Lgs. 198/2003) detto ordine è *“compreso”* nel più generale ordine di cessare il comportamento illegittimo e di rimuoverne gli effetti.

oggi inserita in una visione più complessa delle strategie da porre in essere per assicurare effettività ai dispositivi antidiscriminatori. Accanto alle misure normative riconosciute insufficienti di per se a contrastare efficacemente la diffusione di pratiche discriminatorie, viene infatti posta grande enfasi sulle politiche di accompagnamento, attraverso l'utilizzo di strumenti di soft law, nonché di programmi e misure di sensibilizzazione, volti a prevenire, informare, orientare comportamenti conformi al principio di eguaglianza, coinvolgendo un'ampia gamma di soggetti, istituzioni centrali e locali, associazioni attori sociali, imprese, perché diano perché diano un contributo proattivo alla integrazione delle persone vittime di discriminazioni”. Vedi, sempre in questa prospettiva, D. Strazzara, *Discriminazione razziale e diritto* , Cedam, 2008, pagg. 98 ss., ove l’A. concentra la propria analisi sulle dinamiche coercitive e persuasive insite nella disciplina antidiscriminatoria e sostiene l’ *opportunità di individuare strumenti ulteriori rispetto al momento giudiziale”*.

³⁵⁴ Per il resto, la procedura è identica al modello dell’art. 28 stat. Lav. : decreto motivato – opposizione entro il termine di decadenza di 15 giorni – giudizio di merito e a cognizione piena ai sensi degli artt. 413 c.p.c. – sentenza finale di merito.

Ciò che più conta è che in entrambe le procedure di tutela collettiva giurisdizionale (commi 3 e 4 dell'art. 37 del D. Lgs. 198/2006) l'effettività del rimedio è presidiata dalla sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. applicabile in caso di "inottemperanza" ai provvedimenti del giudice. La disposizione inoltre prevede l'ulteriore misura coercitiva indiretta del "pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'articolo 18 ("fondo per l'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità")³⁵⁵ e della revoca dei benefici (ad. es. contributivi, fiscali etc.) accordati dalle vigenti leggi dello stato e della esclusione dagli appalti pubblici.

In entrambe le procedure, infine, è contemplata l'agevolazione probatoria connessa alla difficoltà di dimostrare in giudizio il carattere discriminatorio della condotta datoriale, e consistente, ex art. 40 D. Lgs. n. 198/2006, nella inversione dell'onere della prova qualora il ricorrente fornisca elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione della commissione dell'atto o comportamento discriminatorio. Ciò significa che il ricorrente può limitarsi all'assolvimento di una prova semipiena e che, qualora il datore di lavoro non riuscisse a dimostrare che il proprio comportamento sia stato posto in essere per una valida ragione non discriminatoria, il giudice dovrà presumere il carattere discriminatorio del atto/comportamento datoriale e provvedere di conseguenza³⁵⁶.

Il D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 216 prevede per le discriminazioni concernenti l'occupazione e le condizioni di lavoro, attuate per ragioni relative alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età e all'orientamento sessuale³⁵⁷, un procedimento (art. 4, comma 2, che rinvia all'art. 44, commi da 1 a 6, 8 e 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286) parzialmente differente da quello di cui all'art. 38 del D. Lgs. 198/2006. Anche tale procedimento³⁵⁸, in ogni caso, prevede una fase di istruzione sommaria che si conclude con un'ordinanza dotata di efficacia esecutiva (ordinanza che può, nei casi d'urgenza, essere anticipata da un decreto motivato con il quale il giudice adotta i provvedimenti occorrenti, fissando nel contempo una apposita udienza entro 15 giorni nella quale dovrà confermare, modificare o revocare, con ordinanza, i provvedimenti presi con il precedente decreto). Avverso detti provvedimenti è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'art. 739 c.p.c., osservandosi in questo caso, in quanto compatibili, le disposizioni sul procedimento in camera di consiglio di cui agli artt. 737. 738 e 739 c.p.c. .

Quanto al contenuto del provvedimento, si ripresentano qui le stesse tecniche di tutela sopra indicate: "con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti" (art. 4, comma 5, D. Lgs. 216/2003). In ques'ultima disposizione peraltro il legislatore mostra particolare sensibilità al problema della recidività discriminatoria del datore di lavoro, ed infatti stabilisce che "al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel

³⁵⁵ Si tratta di una chiara astreinte, sul modello, già conosciuto nel nostro ordinamento, di pena pecuniaria non destinata al titolare del diritto leso ma allo Stato, come previsto anche nell'art. 16, comma 2, Stat. Lav. e art. 18, ult. comma, Stat. Lav. Vedi in materia di atreintes, in particolare, Cendon Paolo, Le misure compulso rie a carattere pecuniario, in Aa. Vv. Processo...cit, 1989, vol, I, 293 ss.; nonché – nello stesso volume – anche i la relazione di Lambertini M., relativa in particolare alle problematiche sottese alla eseguibilità dei provvedimenti inibitori, e la discussione di Fringnani A., Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive. Nello stessa pubblicazione, Vol II, vedi poi, con p articolare riferimento al tema della coercizione indiretta in ambito lavoristico, il saggio di M. Pedrazzoli, 1181 ss. , il quale intravede una prima forma di esecuzione processuale indiretta già nell'art. 18 Stat. Lav. (in part. Pag. 1186).

³⁵⁶ Vedi, per quanto concerne l'esigenza di assicurare al soggetto discriminato un onere probatorio più agevole, A. Vallebona, L'onere della prova degli atti discriminatori, in Lav. Dir., 1989, 333. ss.

³⁵⁷ Vedi Aa. Vv., Il nuovo diritto antidiscriminatorio, in DLRI, m. 99 -100, 2003; nonché M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, il quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007.

³⁵⁸ Instaurabile, ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. 216/2003, o personalmente dal lavoratore discriminato, o dalle associazioni e dalle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità. Anche qui è prevista una tutela giurisdizionale individuale esercitata mediante sostituzione processuale da parte di rappresentanze sindacali o associazioni di tutela contro le discriminazioni, come visto anche trattando delle discriminazioni uomo -donna.

provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate". Il "*piano di rimozione*" dunque è qui contemplato in chiave preventiva e (come visto trattando dell'art. 37, comma 4, del D. Lgs. n. 198/2006) non esaurisce il novero delle prescrizioni adottabili dal giudice, ma ne rappresenta (non obbligatoriamente: "*il giudice .. può ...*", non *deve*) una parte.

Ebbene, anche in tal caso (sempre sul modello del vecchio art. 15 della legge 903/1977) l'effettività della tutela giurisdizionale è presidiata da una sanzione penale che svolge una funzione insieme compulsoria e sanzionatoria³⁵⁹; questa volta però la pena richiamata non è quella di cui all'art. 650 c.p. ma quella più grave prevista dall'art. 388, comma 1, c.p., però la condotta tipica penalmente rilevante non è la semplice "inottemperanza" ma "*l'elusione*" dei provvedimenti che definiscono la fase sommaria o la fase camerale successiva al reclamo. Quest'ultima differenza non sembra condivisibile, perché in tutta evidenza diminuisce di deterrenza e di forza compulsoria la sanzione penale e con ciò riduce l'effettività della tutela.

Forse anche per questo motivo, la funzione compulsoria, nell'economia di questo rimedio, è svolta anche dal risarcimento del danno³⁶⁰ (anche non patrimoniale), poiché "*il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al comma 5, che l'atto o comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento*" (art. 4, comma 6, D. Lgs. 216/2003).

Anche in questo settore è poi prevista una tutela collettiva. L'art. 5, comma 2, del D. Lgs. 216/2003 stabilisce che le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso sono legittimate "*ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione*"³⁶¹.

Anche in quest'ambito, infine, è prevista l'agevolazione probatoria (art. 4, comma 4, del D. Lgs. 216/2003) dell'assolvimento della prova mediante elementi di fatto anche a carattere statistico. Però, come è stato osservato "*qui è espressamente richiesta la configurabilità di una vera e propria presunzione ex art. 2729 c.c.*"³⁶², per cui, qualora il ricorrente dovesse fornire elementi integranti una presunzione semplice, non si dovrebbe parlare di inversione dell'onere della prova, quanto di assolvimento diretto della prova stessa.

Tutele giurisdizionali, individuali e collettive, speculari a quelle – appena trattate - di cui al D. Lgs. 216/2003, sono previste infine dal D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, con riferimento alle discriminazioni relative alla razza e all'origine etnica.

In conclusione, da questa disamina delle tecniche di protezione antidiscriminatoria si evince chiaramente che la regola seguita dal legislatore sia la tutela specifica, mentre la tutela risarcitoria è confinata ad un ruolo secondario, non solo compensativo, ma anche compulsorio.

Quest'ultima funzione mi pare particolarmente evidente nel D. Lgs. 215/2003 e nel D. Lgs. 216/2003, ove infatti il giudice è chiamato a quantificare il danno tenendo conto "*che l'atto o*

³⁵⁹ Cfr Speciale V., op ult. cit. 2004, pag. 123.

³⁶⁰ Vedi Zoli C., Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi, La tutela .. cit., 2004, pagg. 313. L'A., peraltro, intravede una valenza compulsoria già nella previsione che abilita il giudice, in sede di attivazione della tutela inibitoria - restitutoria, a condannare il datore di lavoro "al risarcimento del danno anche non patrimoniale": "*ancora una volta il rimedio risarcitorio, aggiuntivo, e non sostitutivo agli strumenti di tutela in forma specifica, può assumere una funzione assai rilevante in termini di deterrence (punizione con finalità preventiva) ancora più che di compensation (riparazione del danno) e svolgere un ruolo compulsivo dell'adempimento tanto più successivamente alla pronuncia giudiziale di condanna*". Contesta questa impostazione V. Speciale, Situazioni .. cit. pag. 123, vedi sub nota 108. Al di fuori della formulazione letterale delle norme, le quali (per le parti cui fanno riferimento i due Autori) in effetti paiono sottendere una concezione del risarcimento in chiave puramente compensativa, il risarcimento de facto può svolgere una funzione compulsoria. La funzione compulsoria è poi senz'altro evidente nella disposizione sopra riprodotta, nella quale infatti la condanna è aggravata dall'entità dell'inadempimento, e quindi dalla stessa violazione dell'inibitoria tramite la reiterazione del comportamento illecito.

³⁶¹ Previsione questa introdotta dall'art. 8 -septies, D.L. 8 aprile 2008, n. 59, aggiunto dalla relativa legge di conversione.

³⁶² Cfr Vallebona A., Istituzioni.. cit. pag. 216.

comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". Orbene, non v'è chi non veda che questa previsione contribuisca a disincentivare la reiterazione della violazione, e con essa la violazione della medesima inibitoria, rafforzando l'effettività stessa della tutela³⁶³.

9. Il problema dell'eccessiva durata del processo del lavoro: le prospettive di riforma

L'ineffettività delle tutele del lavoro non è un problema che riguarda solamente la struttura ed il contenuto del rimedio esperibile, ma – soprattutto oggi – è anche conseguenza della eccessiva durata del processo di cognizione. Il rimedio, per quanto possa essere efficace ed utile, verrebbe svuotato di qualsiasi attitudine realmente soddisfattiva se la sua concreta applicazione nei confronti dell'obbligato (parte soccombente) avvenisse a distanza di anni (come oggi avviene) dalla commissione del fatto integrante l'illecito per cui il rimedio stesso è stato esperito.

La verità, dunque, è che il tempo della giustizia condiziona tutto l'impianto rimediabile fino a questo punto esaminato, che può tramutare una fondata aspettativa di tutela specifica nella sua sostanziale negazione, che può alla fine determinare il fallimento stesso della attribuzione di quella tutela.

Sono noti i numeri di questa "*crisi del processo del lavoro*": 861 giorni è la durata media di un processo di lavoro ordinario; nel Mezzogiorno la durata media è di 1.031 giorni; nel Centro Nord la durata è invece di 521 giorni³⁶⁴. Su questo fenomeno, come è stato giustamente osservato³⁶⁵, incidono non solo elementi relativi alla disciplina processuale, ma anche elementi strutturali insiti nell'ordinamento giudiziario, oltre che elementi di matrice culturale³⁶⁶ forgiati sulla dinamica conflittuale piuttosto che compositiva dei contrapposti interessi in gioco in ogni vertenza.

Ciò nonostante, negli ultimi anni sono rinfocolate le spinte riformatrici volte ad intervenire, sia con norme propriamente sostanziali che con norme puramente processuali, proprio nella materia del processo del lavoro, per ridisegnarne soprattutto i meccanismi di accesso e di decisione.

Si scorge dal d.d.l. n. 1047 del 2006 ("c.d. Salvi – Treu), il progetto Foglia realizzato dalla Commissione per lo Studio e la Revisione della Normativa Processuale del Lavoro, istituita con DM 28/11/06 e presieduta da Raffaele Foglia, e dal d.d.l. n. 1163 anch'esso del 2006 (c.d. "Sacconi"), che in effetti i due poli normativi sui quali è stata posta l'attenzione dei riformatori siano stati essenzialmente quelli dell'inizio (accesso al processo) e della fine (decisione della causa) dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Tutto il dibattito degli ultimi anni sulle prospettive di riforma del processo del lavoro, in effetti, ha ruotato intorno a questi due poli³⁶⁷. Ma su questo punto e soprattutto sulle conseguenze di tale impostazione di fondo si tornerà in seguito.

³⁶³ Vedi supra sub nota 356.

³⁶⁴ Dati statistici riferiti al 2006, esposti nella "Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008", tenuta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, Vincenzo Carbone, pagg. 18 ss., in www.federalismi.it. Relazione nella quale si precisa, evidenziando gli influssi negativi della lentezza del processo civile sul sistema – paese: "*i ritardi della Giustizia non gravano soltanto sulle parti in causa, ma sull'intero sistema-Paese, specie sui settori della economia e della sicurezza. E non è un caso che la classifica internazionale forse più attendibile sui tempi processuali non provenga da studi giuridici, ma dal rapporto Doing Business che la Banca Mondiale redige per fornire indicazioni alle imprese sui Paesi in cui è più vantaggioso investire. Nell'ultimo rapporto Doing Business 2009, in tema di processo civile, i Paesi europei sono tra i primi 50 (Germania 9° posto, Francia 10°, Belgio 22°, Regno Unito 24°, Svizzera 32°). Solo la Spagna è ultima, al 54° posto. L'Italia è la 156° su 181, dopo Angola, Gabon, Guinea, São Tome e prima di Gibuti, Liberia, Sri Lanka, Trinidad*".

³⁶⁵ Cfr G. Costantino, intervento, in AA. VV., *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, a cura di A. Allamprese e L. Fassina, Roma, 2007, pag. 103.

³⁶⁶ L. De Angelis, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in Riv. It. Dir. Lav., 1994, I, pagg. 340 ss.

³⁶⁷ Sul dibattito sul tema della crisi e della riforma del processo del lavoro, negli ultimi anni, vedi in Dir. Rel. Ind., 2007, n. 2, M. Magnani, *Quale riforma del processo del lavoro*, 349 ss; C. Enrico, *Il processo del lavoro e il "giusto processo"*, 368 ss; P. Malanetto, *Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'*

Al momento va detto che i citati disegni di legge hanno costituito le alternative direttrici di politica del diritto della riforma del processo del lavoro che a breve sarà data alla luce: hanno cioè definito le questioni rilevanti e i possibili strumenti adottabili. Hanno quindi preparato il terreno culturale, politico e giuridico della prossima riforma processuale di cui al d.d.l. n. 1167 del 2008 attualmente in discussione in Senato³⁶⁸. Per tali ragioni, prima di entrare nel merito di quest'ultimo disegno di legge, è opportuno richiamare gli argomenti sottesi alle precedenti proposte di riforma.

E' stato osservato che il principio informatore del d.d.l. n. 1047 sia stato quello di realizzare *“sostanzialmente una riforma delle tecnicità del processo”* e di *“incidere sulle regole del procedimento”* con *“l’obiettivo (di) contenere i tempi della amministrazione della giustizia e garantire maggiori poteri all’organo giudicante quale unico intermediario tra diritto e fatto concreto”*, mentre quello del d.d.l. 1163 sia stato quello di *“spezzare il monopolio della magistratura nella gestione dei rapporti di lavoro”* e *“per contro circoscrivere l’intervento del magistrato ai soli profili di frode alla legge e di verifica della legittimità dei poteri datoriali”*, con *“l’obiettivo (di) lasciare all’imprenditore, nella normale dialettica con le organizzazioni sindacali, o anche a sedi pubbliche di certificazione dei contratti di lavoro, il compito di valutare l’opportunità di determinate scelte tecniche, organizzative o produttive”*³⁶⁹.

In effetti, le proposte citate, pur condividendo l’obbiettivo di ridurre i tempi della giustizia del lavoro, promuovevano due visioni della tutela giurisdizionale diametralmente opposte.

Nel d.d.l. 1047 (ed analogamente nel progetto Foglia) il potere del giudice di valutare e qualificare la fattispecie sottoposta al suo esame era e doveva restare intangibile e irriducibile; nel d.d.l. n. 1163, al contrario, la preoccupazione principale era quella di impedire espressamente *“al giudice di sindacare il merito delle scelte tecnico-organizzative del datore di lavoro nelle controversie in materia di licenziamento, di trasferimento spaziale, di trasferimento d’azienda e di contratti di lavoro c.d. atipici”*³⁷⁰. Certo, il divieto del sindacato nel merito delle decisioni

analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino, 383 ss.; M. R. Iorio, Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo 398 ss.; M. Crippa, Ruolo e ideologia del processo del lavoro: commento alle recenti proposte di riforma, 417 ss.; nonché, in Riv. Giur. Lav., 2007, n. 1, P. G. Alleva, Presentazione, I, 3 ss.; R. Foglia, Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro, I, 7 ss.; Aa. Vv., Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro ecc., op. cit.; L. De Angelis, Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” 59/2007, in www.lex.unict.it/eurolabor; in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte II”, www.fmb.unimo.it, vedi i contributi di A. Vallebona, I disegni di riforma del processo del lavoro, 2 ss.; M. Crippa, La riforma del processo: obiettivi simili, ideologie antitetiche, 15 ss.; M. Marche, Commento al disegno di Legge Salvi-Treu, 22 ss.; in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte III”, www.fmb.unimo.it, vedi i contributi di A. Belsito, Poteri istruttori del Giudice del Lavoro: abusi e limiti, 3 ss.; V. L. Stigliano, “Disegno Sacconi”: specificità e vantaggi nell’utilizzo di strumenti di risoluzione alternativa nelle controversie (A.D.R.) per la risoluzione dei conflitti, 7 ss.; M. Marche, Commento al disegno di legge n. 1163/2006 a firma Sacconi, Quagliariello, Centaro, Morra, Gentile, Piccone e Novi, 14 ss.; F. Pasquini, La certificazione dei contratti quale strumento deflativo del contenzioso, 17 ss. . Da ultimo e con specifico riferimento al d.d.l. n. 1167/2008 vedi, M. V. Ballestrero, Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167, in Lav. Dir., anno XXIII, n. 1, inverno 2009, 3 ss., nonché nello stesso volume, Le nuove frontiere dell’arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater, di Domenico Borghesi, 13 ss.; P. Alleva, Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative, 2008, in www.cgil.it; A. Muratorio, Lo stato della giustizia all’inaugurazione dell’anno giudiziario, Lav. Giur., 2009/3, 235 ss.; Comunicato ANM, La Riforma del processo del lavoro nel d.d.l. 1167, in www.associazionemagistrati.it .

³⁶⁸ DISEGNO DI LEGGE risultante dallo stralcio, deliberato dalla Camera dei deputati il 5 agosto 2008, degli articoli 23, 24, 32, da 37 a 39 e da 65 a 67 del DISEGNO DI LEGGE N. 1441 presentato dal Ministro dell’economia e delle finanze (TREMONTI) dal Ministro dello sviluppo economico (SCAJOLA) dal Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione (BRUNETTA) dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali (SACCONI) dal Ministro per la semplificazione normativa (CALDEROLI) e dal Ministro della giustizia (ALFANO) (V. Stampato Camera n. 1441-quater) approvato dalla Camera dei deputati il 28 ottobre 2008, trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 29 ottobre 2008, denominato *“Delega al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, nonché misure contro il lavoro sommerso e norme in tema di lavoro pubblico, di controversie di lavoro e di ammortizzatori sociali”*.

³⁶⁹ Così M. Tiraboschi, Processo del lavoro. Riforma in aula, in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte II”, cit., pag. 2.

³⁷⁰ Cfr A. Vallebona, op. ult. cit., pag. 3

organizzative aziendali è sempre stato un principio pacifico in giurisprudenza in ragione dell'art. 41 Cost., e dunque da questo punto di vista non c'era nulla di nuovo. L'aspetto innovativo del d.d.l. n. 1163 – ed insieme differenziatore rispetto al d.d.l. n. 1047 e al progetto Foglia – era invece quello di basare su questo incontestabile assunto l'idea per cui il giudice non potesse “ribaltare” in giudizio le valutazioni e le qualificazioni già fatte fuori dal processo e segnatamente in sede di contrattazione collettiva o (soprattutto) in sede di certificazione, che proprio a tal fine veniva ulteriormente rafforzata. Al contrario, come detto, nel d.d.l. n. 1047 e nel progetto Foglia al giudice non era posta alcuna barriera, anzi i suoi poteri venivano rafforzati mediante la previsione di una astreinte, ovvero del potere del giudice di condannare il datore di lavoro al pagamento di una determinata somma di denaro proporzionata alla durata dell'inottemperanza al provvedimento giurisdizionale.

A parte questa diversa impostazione politico legislativa, i citati progetti di riforma avevano dei punti in comune: la rivisitazione del tentativo di conciliazione pregiudiziale, l'incentivazione del procedimento arbitrale e la previsione di specifici termini decadenziali per l'introduzione della causa relativamente a specifiche doglianze, quali ad es. l'impugnazione del licenziamento e la contestazione della legittimità del trasferimento.

I loro contenuti più significativi erano, invece, nel d.d.l. n. 1047 e nel progetto Foglia, la previsione del procedimento d'urgenza per determinati dritti (in materia soprattutto di licenziamento e di trasferimento), e, nel d.d.l. n. 1163, lo strumento delle “clausole generali” atte a limitare il sindacato del giudice con riferimento alla sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto negoziale dedotto in giudizio, già accertati e/o definiti in sede collettiva o certificativa.

In sintesi, come peraltro già anticipato, da questo primo sguardo generale è dato evidenziare che le prospettive riformistiche prodromiche alla imminente riforma agivano essenzialmente sulla fase dell'accesso al processo (in funzione deflattiva del contenzioso ed in funzione di celerità del rito: rivisitazione del tentativo di conciliazione - incentivazione dell'arbitrato – termini decadenziali per l'introduzione di determinate cause) e su quella decisionale (“clausole generali” – procedimenti sommari e d'urgenza - astreinte).

E' dunque possibile esaminare le suddette opzioni di riforma articolandone la trattazione su questi due “poli” normativi.

All'esito sarà più agevole comprendere quale sia stata l'impostazione politico legislativa accolta dall'attuale legislatore e posta a base del d.d.l. n. 1167 del 2008.

9.1. Il “*polo dell'accesso al processo*”: a) - la rivisitazione del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della azione

Un primo aspetto comune a tutte le richiamate opzioni di riforma è stato quello di ridisciplinare il tentativo di conciliazione, sostanzialmente escludendone l'obbligatorietà e dunque rendendolo puramente facoltativo (nel d.d.l. n. 1163) o trasformandolo da stragiudiziale in endoprocessuale e affidandolo a conciliatori iscritti in appositi albi (d.d.l. n. 1047 e progetto Foglia).

In particolare, in queste ultime proposte era mantenuta l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (ad eccezione dei procedimenti sommari o d'urgenza e delle cause previdenziali) ma veniva ricondotto all'interno del giudizio, mediante la previsione di una fase endoprocessuale nella quale il giudice avrebbe potuto rimettere le parti davanti ad un conciliatore professionale iscritto in un istituendo albo. Più precisamente era previsto che il giudice, ricevuto il ricorso, avrebbe dovuto fissare l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé per il tentativo di conciliazione; qualora egli non avesse potuto trattare personalmente il tentativo di conciliazione, avrebbe dovuto stabilire l'udienza di comparizione delle parti avanti il conciliatore, liberamente scelto tra quelli contenuti in un apposito albo. Il decreto di fissazione dell'udienza, insieme al ricorso, avrebbe dovuto essere notificato a cura dell'attore al convenuto, al quale era assegnato per la costituzione il termine di almeno 10 giorni prima della data fissata per il tentativo di conciliazione, depositando memoria ex art. 416 c.p.c. . L'efficacia deflattiva di questo nuovo meccanismo era poi rafforzata dall'estinzione

del procedimento (per la mancata costituzione del ricorrente o di entrambe le parti) e dalla possibilità che il giudice, su istanza di parte, pronunciasse un'ordinanza provvisoria di condanna al pagamento delle somme richieste.

In ogni caso era ugualmente avvertita l'esigenza di avvicinare il modello conciliativo del settore privato a quello previsto per il settore pubblico ed ugualmente riconosciuto era l'insuccesso del modello vigente per il lavoro privato – per la scarsa impegnatività dello strumento, l'assoluta carenza di incentivi positivi e negativi, per le parti in lite e per il ceto tecnico-forense, l'incontrollato aumento del carico di lavoro”³⁷¹.

A fronte di questa situazione il d.d.l. n. 1163, molto più seccamente, proponeva di rendere facoltativo il tentativo di conciliazione, prevedendo nel contempo incentivi per la scelta transattiva quale principalmente la decurtazione del 50 % dei contributi previdenziali e assistenziali e della ritenuta irpef sugli importi concordati.

A sostegno di queste opzioni venivano richiamati i dati forniti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro – Divisione IV nel rapporto sulla attività conciliativa svolta dalle Direzioni del lavoro nel corso dell'anno 2004³⁷², dai quali emergeva, per il settore privato, che su 319.815 controversie instaurate nel corso dell'anno, che andavano ad aggiungersi ad un carico di 259.161 già in corso ad inizio anno, le vertenze individuali conciliate fossero solo 77.487, quelle non conciliate 51.268, mentre quelle non trattate 260.708.

A fronte di questa situazione si sono registrate forti critiche sia contro l'epurazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione³⁷³, portandosi a conforto della bontà dello strumento i dati di una diversa ricerca³⁷⁴, dalla quale si evinceva che dal 1996 al 2001 le conciliazioni fossero passate da 40.056 a 76.795 e che (soprattutto) le cause di lavoro introdotte nel 2001 dalle 209.000 del 1997 fossero passate a 158.000, nonostante il trasferimento di giurisdizione del lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni³⁷⁵; e sia contro la trasformazione della conciliazione in fase endoprocedurale affidata a soggetti esterni anche se iscritti in appositi albi.

A tale ultimo riguardo le obiezioni principali vertevano sulla sostanziale inutilità di una conciliazione svolta da un soggetto diverso dal giudice, il quale soltanto, disponendo del potere di decidere la causa, avrebbe potuto espletare una attività di mediazione con qualche possibilità di successo³⁷⁶; sull'inconveniente rappresentato dall'aumento dei costi sia per l'impegno dei difensori e sia per l'opera del conciliatore³⁷⁷; sul congestionamento burocratico delle cancellerie, con tutte le

³⁷¹ Cfr. Relazione Foglia pagg. 4-5; Relazione di accompagnamento D.d.l. n. 163 pag. 5.

³⁷² Vedi in www.adapt.it

³⁷³ Tra tutti probabilmente il maggior sostenitore dello strumento è stato – e continua ad esserlo - L. De Angelis, Crisi e riforma del processo del lavoro, in RIDL, 2003, 3, 326, per il quale contro questo istituto “si è avuto un atteggiamento di immediato rifiuto non tanto da parte della cultura giuridica, quanto da parte degli operatori, avvocati e giudici”.

³⁷⁴ Cfr. P. Matteini, La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il D. Lgs. n. 80/1998: è stata proprio un fallimento?, in LD, 2002, 657 ss. .

³⁷⁵ Tuttavia l'orientamento prevalente restava comunque scettico. Vedi in particolare A. Vallebona, I disegni di riforma .. cit., pagg. 3 ss.: “l'unico conciliatore efficace è il giudice o l'arbitro già nominato tale, poiché solo chi ha il potere di decidere la controversia può fare pressione sulle parti con parole misurate, che, pur non anticipando la decisione, rappresentano a ciascuna parte concretamente e nell'immediato i rischi di tale decisione. Pertanto il tentativo di conciliazione preventivo presso le direzioni provinciali del lavoro va trasformato da obbligatorio in facoltativo. In tal modo si potranno continuare a conciliare le controversie che già si conciliano, con il vantaggio, negli altri casi, di escludere una inutile attesa o formalità prima della introduzione del giudizio”. Vedi altresì M. Fezzi, in Aa. Vv. ., Effettività dei diritti sociali .. cit., pag. 121; M. Magnani, Quale riforma ..cit., 353 . M. Marche, Commento al disegno di legge Salvi-Treu, cit., 24.

³⁷⁶ Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit.

³⁷⁷ Cfr. L. De Angelis, Rilevi critici .. cit., pag. 15, il quale sottolinea che “ l' esigenza di cognizione del conflitto e delle sue ragioni, il cui soddisfacimento certo agevola il ruolo attivo del conciliatore e quindi la soluzione concordata, (sarebbe stata) soddisfatta, equilibratamente rispetto all' esigenza di non aggravare i costi più di tanto, dalla allegazione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa stabilita dall' art. 66, terzo comma, d.lgs. n. 165 del 2001, esportabile, secondo il suggerimento di Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, al lavoro privato”. M. Marche, Commento al disegno di legge Salvi -Treu, cit., 25.

implicazioni organizzative che questo nuovo procedimento avrebbe ingenerato³⁷⁸; nonché sulla esclusione del tentativo di conciliazione per le doglianze (quali l'impugnativa del licenziamento e del trasferimento) per i quali era si introduceva lo speciale procedimento d'urgenza, così rendendo "il procedimento monco della parte probabilmente più importante dell'intero processo, a discapito proprio della necessità di tutela del rapporto di lavoro *latu sensu*"³⁷⁹.

a).1 (Segue): *considerazioni critiche*

Ciò detto, sullo sfondo di questo dibattito restava, a mio parere, una sorta di sottovalutazione della rilevanza che il processo stesso avesse sulla conciliazione.

Si dimenticava, infatti, che in sede di conciliazione le richieste di una parte, per quanto potessero essere argomentate con fondate deduzioni in fatto ed in diritto, restavano pur sempre "di parte" e come tali la loro "forza" di induzione all'accordo era condizionata da tutte le possibili variabili processuali, prima tra tutte la *durata del processo*³⁸⁰. Il punto è che spesso il datore di lavoro non è indotto alla conciliazione perché sa di poter contare sul fattore tempo, magari organizzando nella pendenza del processo tutti i possibili accorgimenti per privare di fatto di ogni possibilità di soddisfazione l'eventuale pronuncia favorevole al lavoratore. Di tal ché o propone condizioni manifestamente inique (e come tali inaccettabili) o addirittura rifiuta ogni soluzione transattiva.

In definitiva, ritengo che la conciliazione stragiudiziale sia uno strumento utilissimo, ma che la sua efficacia sia subordinata all'efficienza del processo e non viceversa. Prima dev'essere ridotta la durata del processo, poi si potrà guardare alla conciliazione come a un utile strumento deflattivo. Fino a che si penserà, invece, di ridurre la durata del processo, mediante la riduzione stessa dei contenziosi da ottenersi con lo strumento deflattivo della conciliazione (come è avvenuto fino ad oggi) e non si scardinerà questa sorta di circolo vizioso, il mezzo conciliativo proseguirà ad essere uno strumento spesso inutile.

b) – Incentivazione del procedimento arbitrale

Altro aspetto comune a tutte le suesposte proposte di riforma è stato quello concernente la devoluzione della controversia alla decisione di un arbitro³⁸¹, così evitando di appesantire il carico di lavoro degli uffici giudiziari.

In questa prospettiva, peraltro, erano emerse due opposte soluzioni politico legislative intorno al problema – invero centrale in questa tematica – del novero delle censure deducibili in sede di impugnazione del lodo arbitrale.

Il d.d.l. n. 1047 ed il progetto Foglia contemplavano la possibilità di affidare allo stesso conciliatore (si ricorda: nominato dal giudice tra gli iscritti in un apposito albo), in qualunque fase della conciliazione o in caso di esito negativo della stessa, la risoluzione in via arbitrale della

³⁷⁸ Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit., 4; L. De Angelis, op. ult. cit., pag. 16; M. Magnani, *Quale riforma*, cit., pag. 351.

³⁷⁹ Cfr. M. Marche, *Commento al disegno di legge Salvi -Treu*, cit., 24.

³⁸⁰ Contra M. Marche, op. ult. cit. pag. 25, per il quale invece " *la frequentazione degli uffici direzionali del lavoro insegna, infatti, che il vero ostacolo alla conciliazione risiede nel fatto che ciascuna parte non è in grado di conoscere gli strumenti in mano alla controparte e, pertanto, rimane più rigida sulle proprie posizioni fintanto che non ne viene a conoscenza; inoltre anche i componenti del collegio, ancor più delle parti, molto spesso non sono neppure in grado di addentrarsi nel problema perché lo stesso non viene loro sufficientemente esposto dalle parti stesse, non essendoci alcun obbligo formale per la presentazione dell'istanza alla direzione provinciale del lavoro, né in capo a chi è chiamato a comparire*". Ma la conoscenza dettagliata degli argomenti di accusa e difesa per nulla disincentiva le condotte datoriali che speculano sul fattore tempo.

³⁸¹ In materia vedi, tra i tanti, G. Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2000; G. Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro*, Cedam, 2003; Monteleone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2001, 43; Trisorio Liuzzi, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in Riv. Dir. proc., 2001, 948; Pera, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in RITDL, 1999, I, 359.

controversia, prevedendo che l'arbitro (già conciliatore) fosse tenuto al rispetto delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo e che il lodo, provvisoriamente esecutivo, potesse essere impugnato davanti alla Corte d'Appello per qualsiasi vizio, ivi compresa la violazione e la falsa applicazione di legge e dei contratti e accordi collettivi.

Anche il d.d.l. n. 1163 prevedeva la possibilità per le parti di dare mandato alla commissione di conciliazione per la risoluzione in via arbitrale della controversia, ma in tal caso era espressamente prevista l'impugnabilità del lodo *“soltanto per i vizi che po(tessero) avere vulnerato la manifestazione di volontà negoziale delle parti o degli arbitri”*, con esclusione quindi della censura di violazione di norme inderogabili di legge e contratto collettivo.

Tutte e tre le proposte mantenevano salva la possibilità di avvalersi delle procedure arbitrali previste dai contratti collettivi.

Il d.d.l. n. 1163, inoltre, prevedeva la possibilità di devolvere anche alle commissioni di certificazione la decisione in via arbitrale della controversia, ciò sulla base di una clausola compromissoria inserita nel contratto di lavoro previamente certificato dalla stessa commissione di certificazione. In ogni caso nel d.d.l. in oggetto era punto fermo (anche per gli arbitrati incardinati in base alla contrattazione collettiva³⁸² o davanti alle commissioni di certificazione) la non impugnabilità del lodo per vizi relativi alla applicazione delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo (vedi art. 4, comma 1, e 8, comma 2). Tale proposta, peraltro, cautelativamente precisava (art. 8, comma 2) che fosse *“nulla ogni clausola del contratto individuale di lavoro o comunque pattuita che obbligh(asse) una parte o entrambe a proporre le controversie sopra indicate al Collegio di conciliazione e arbitrato”*.

Come è evidente, in materia si scontravano due opposte scuole di pensiero sul bilanciamento dei due contrastanti interessi in gioco: da un lato l'interesse all'incentivazione della via arbitrale quale via alternativa alla tutela giurisdizionale, dall'altro l'interesse al rispetto delle tutele inderogabili del lavoro.

Ognuna di queste scuole ha avanzato le proprie critiche verso l'altra.

E' stato così sostenuto che *“per potere funzionare davvero, l'arbitrato deve essere, oltre che libero ed economicamente conveniente, stabile. Ed è tale un arbitrato che sfoci in un lodo impugnabile solo per invalidità o violazione della convenzione arbitrale, per eccesso del mandato o per mancato rispetto del contraddittorio (art. 808 ter Cod. Proc. Civ.), e non invece in un lodo impugnabile per qualsiasi vizio, e, in particolare, per violazione e falsa applicazione di legge e dei contratti e accordi collettivi”*³⁸³.

Dall'altra parte, invece, si proteggeva la natura irriducibile del principio cardine del diritto del lavoro fondato sulla inderogabilità delle tutele e dunque si rifiutava l'ammissibilità di un procedimento che potesse sovvertire questo principio³⁸⁴.

Come si vedrà, tra queste due scuole di pensiero ha prevalso la prima.

c) – Termini decadenziali per l'introduzione della causa

Tutte le opzioni di riforma sopra indicate prevedevano, per specifiche controversie (impugnazione del licenziamento e del recesso del committente, contestazione della legittimità del

³⁸² Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit. pag. 4.

³⁸³ Cfr. L. De Angelis, Rilievi.. cit., pag. 17; conformemente A. Vallebona, op. ult. cit. 4; vedi anche M. Magnani Quale riforma .. cit., op. cit., 355.

³⁸⁴ Vedi P. Alleva, op. ult. cit.; Foglia, op. ult. cit.. Da ultimo (e con riferimento alla prima opzione di riforma, oggi accolta nel d.d.l. n. 1167), T. Treu, Servono conciliazione e arbitrato per migliorare la giustizia del lavoro, in *Conquiste del Lavoro*, 10 gennaio 2009 nonché in *Bollettino Adapt*, 14 gennaio 2009, n. 1, www.adapt.it., per il quale *“la certificazione non può essere una via traversa per aggirare le tutele fondamentali dei lavoratori, (...)”* permettendo *“ai contratti individuali certificati di concordare clausole compromissorie e quindi il ricorso ad arbitri con effetti anche derogatori delle leggi imperative sul lavoro”*, l'A. per questi motivi rifiuta categoricamente l'idea di un *“arbitrato di equità, in cui la decisione dell'arbitro sarebbe inopugnabile anche se viola norme inderogabili a tutela dei lavoratori”*.

trasferimento e del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato), un termine di decadenza per l'introduzione della causa, pari a 120 giorni.

In forza di questa prospettiva era superata la regola, prevista per i licenziamenti, della semplice impugnazione stragiudiziale entro 60 giorni di cui all'art. 6 della legge 604/1966, che attribuiva al lavoratore la libertà di decidere quando incardinare il procedimento giudiziale, ed era invece introdotta quella della impugnazione giudiziale entro un dato termine di decadenza.

A favore di questa impostazione è stato osservato che in tal modo si sarebbero evitate le “diffuse speculazioni da ritardo nella introduzione del giudizio, cui conseguono incertezze sulla configurabilità nei casi concreti di una acquiescenza o di una condotta colpevole riduttiva del risarcimento”³⁸⁵. Da questo punto di vista – soprattutto in materia di licenziamento coperto dalla tutela reale ex art. 18 Stat. Lav. – l'eccessiva attesa prima dell'incardine della causa e la durata stessa di quest'ultima avrebbero l'effetto di aumentare in modo considerevole l'entità del risarcimento del danno dovuto dal datore di lavoro e ciò a tutto vantaggio del lavoratore che potrebbe speculare sul *quantum debeatur* dilazionando il momento dell'instaurazione del giudizio³⁸⁶. In ogni caso militano a favore di questa soluzione evidenti ragioni di favorire la celere definizione delle controversie ove siano coinvolti interessi di preminente rilievo anche costituzionale come quelli sottesi ai casi di licenziamento/recesso del committente, scadenza del contratto a termine, trasferimento.

Contro questa soluzione, invece, è stato affermato che “l'eliminazione del termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento” indurrebbe ad “introdurre cause che magari non verrebbero proposte”³⁸⁷ e quindi avrebbe l'effetto *boomerang* di favorire – anziché deflazionare – il contenzioso lavoristico.

9.2. Il “*polo della decisione*”: a) – Previsione di procedimenti sommari e d'urgenza

Come sopra anticipato l'aspetto più innovativo contemplato nel d.d.l. n. 1047 e nel progetto Foglia, è stato quello di aver previsto, per determinate fattispecie, un regime processuale differenziato rispetto alle altre controversie lavoristiche, concretantesi in un procedimento sommario e d'urgenza, da trattarsi con priorità rispetto agli altri procedimenti, salve alcune eccezioni (come il procedimento ex art. 28 Stat. Lav.).

Fulcro di questa opzione era dunque l'idea di creare un canale privilegiato (priorità di trattazione) e celere (tutela sommaria e d'urgenza) nell'ambito della tutela giurisdizionale di cognizione.

Ferma questa impostazione di fondo (del processo del lavoro come processo d'urgenza³⁸⁸), le due proposte di riforma presentavano però alcune differenze.

La prima concerneva l'individuazione delle fattispecie comprese nell'area della nuova tutela.

Il progetto Foglia contemplava l'impugnazione dei licenziamenti, la qualificazione del rapporto di lavoro avente valore di questione pregiudiziale rispetto alla valutazione della legittimità del licenziamento (ad es. qualificazione della natura subordinata e non autonoma del rapporto di lavoro, quale presupposto della illegittimità del recesso intimato in violazione delle norme in materia di licenziamenti), l'illegittimità della apposizione del termine al contratto di lavoro, l'illegittimità del trasferimento ex art. 2103 c.c. e del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c..

³⁸⁵ A. Vallebona, op. ult. cit., pag. 6.

³⁸⁶ Vedi Ghera E., Conclusioni, La tutela in forma.. cit., pag. 282, per il quale “ non sembra giustificato riportare l'entità del risarcimento soltanto ai tempi dell'accertamento giurisdizionale della illegittimità del licenziamento: sarebbe meglio stabilire non solo un minimo (le attuali 5 mensilità) ma anche un massimo all'indennità risarcitoria, eventualmente autorizzando il giudice ad andare oltre tale tetto in caso di comportamenti processuali dilatori del convenuto”

³⁸⁷ Cfr. L. De Angelis, op. ult. cit., pag. 13.

³⁸⁸ Cfr. M. Fezzi, Le proposte di riforma del processo del lavoro, in www.donline.it

Il d.d.l. n. 1047, oltre a prevedere anch'esso queste fattispecie, contemplava anche il recesso del committente dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, comma 1, n. 3 c.p.c. ed ex art. 61 e ss. del D. Lgs. n. 276/2003; inoltre limitava le contestazioni circa la legittimità del termine apposto al contratto solo a quelle aventi valore di questione pregiudiziale rispetto alla valutazione della legittimità del licenziamento. Ancora, il progetto Foglia, a differenza del d.d.l. n. 1047, circoscriveva la nuova tutela alle sole fattispecie ricadenti nell'area dell'art. 18 Stat. lav. .

La seconda differenza consisteva nel carattere obbligatorio o facoltativo del nuovo rito: mentre il d.d.l. n. 1047 lo configurava come obbligatorio, il progetto Foglia lasciava alle parti la libertà di avvalersi del procedimento ordinario a cognizione piena.

In entrambi i progetti era previsto, infine, che il giudice, convocate le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, dovesse procedere all'istruzione della causa nel modo che ritenesse più opportuno, accogliendo o rigettando la domanda con ordinanza. Tuttavia mentre nel d.d.l. n. 1047 quest'ultimo provvedimento poteva essere impugnato direttamente davanti alla Corte d'Appello nelle forme di cui agli artt. 414 e ss. c.p.c., nel progetto Foglia era invece previsto il reclamo davanti al Tribunale, in composizione collegiale, e avverso la decisione di quest'ultimo l'opposizione alla Corte d'Appello nelle forme di cui agli artt. 414 e ss. c.p.c. .

Ciò detto, questa opzione di riforma è stata fortemente criticata sotto vari profili che è opportuno esporre separatamente.

Innanzitutto è stata messa in discussione la scelta stessa di aver previsto in modo tipico, all'interno di controversie (quali quelle di lavoro) che già godevano di una tutela giurisdizionale differenziata, un'ulteriore differenziazione che sollevava forti dubbi di ragionevolezza, per essere la scelta non rispondente a criteri di razionalità ed equità. A tal riguardo è stato osservato³⁸⁹: “perché deve ad esempio godere del vantaggio processuale chi sia stato trasferito di pochi chilometri – buona parte di contenzioso in tema di trasferimenti è di tal tipo - e non chi sia stato sospeso a zero ore per cassa integrazione guadagni o chi pretenda la retribuzione (munita peraltro di tutela costituzionale, ex art. 36 Cost.) non versatagli da mesi? Ovvero chi sia tuttora titolare di rapporto di lavoro in regolare svolgimento pur se alle dipendenze di altra azienda a seguito di trasferimento della stessa, e non chi sia stato licenziato nell'area della tutela obbligatoria del posto di lavoro? La vicenda del trasferimento del dipendente, o il suo passaggio da un datore di lavoro ad un altro, coinvolge infatti, alla stregua di quel che si verifica più frequentemente, esigenze, personali e familiari maggiormente qualificate solo a certe condizioni. E' normalmente importante, invece, al fine di far fronte alle esigenze di sostentamento, la pronta percezione della modesta indennità prevista dall' art. 8 della legge n. 604 del 1966 da parte di chi abbia perso il posto di lavoro”. Parimenti, era contestata (con riferimento al progetto Foglia) l'iniquità della limitazione del “privilegio” processuale ai soli rapporti coperti dall'art. 18 Stat. Lav. e non anche a quelli coperti dalla sola tutela obbligatoria, che proprio per il carattere più deteriore della tutela sostanziale avrebbero necessitato di maggior protezione processuale.

E' stato poi obiettato che nelle fattispecie considerate, soprattutto nei casi nei quali sia dedotta la questione pregiudiziale della qualificazione del rapporto di lavoro, l'imposizione ope legis della sommarietà e dell'urgenza avrebbe determinato una contraddizione con l'esigenza di tutela della parte debole del rapporto di lavoro. Ciò in quanto il giudice sarebbe stato costretto ad una istruttoria spiccia e superficiale proprio laddove, al contrario, sarebbe stato necessario un maggior approfondimento istruttorio³⁹⁰, oltretutto con il rischio di decisioni erranee che non avrebbero fatto altro che appesantire il ruolo del giudice dell'impugnazione (Tribunale in composizione collegiale – Corte d'Appello) e pregiudicare insieme le ragioni del lavoratore (ad una pronuncia corretta) e del datore di lavoro (ad una decisione celere).

³⁸⁹ Cfr. L. De Angelis, op ult. cit., pag. 8.

³⁹⁰ Cfr. M. Crippa. Op. ult. cit., pagg. 14-15: “*Imporre in ogni caso, ope legis, che tali casi debbano essere trattati con urgenza e che l'urgenza sia il criterio ispiratore dell'operato del giudice impone una cognizione sommaria che espone a rischi di decisioni scorrette e non pienamente consapevoli dei fatti di causa*”; in termini analoghi M. Marche, op. ult. cit., pag. 22.

Altri hanno acutamente fatto notare – in linea con le critiche appena esposte – l’erroneità dell’assunzione per cui il giudizio sommario sarebbe convenuto sempre al lavoratore, “che, invece, spesso soccombe proprio in tale giudizio, in cui per definizione è avvantaggiato il convenuto datore di lavoro proprio quando è gravato dall’onere della prova di una giustificazione, che assolve più facilmente in chiave di mero fumus, come accade proprio nelle controversie in materia di licenziamento, trasferimento e lavoro a termine”³⁹¹.

A tali critiche si sono aggiunte ulteriori obiezioni con riferimento ad alcuni inconvenienti riflessi della nuova tutela sommaria.

Innanzitutto è stato evidenziato il pericolo che il nuovo rito avrebbe potuto assorbire gran parte delle risorse disponibili negli uffici giudiziari, soprattutto in termini di tempo da dedicarsi alle udienze da parte dei magistrati³⁹².

In conseguenza di ciò i procedimenti esclusi dal nuovo rito sarebbero stati “allungati” ancora di più rispetto ai tempi di durata media attuali, già non tollerabili³⁹³.

D’altro lato, la nuova procedura avrebbe potuto creare effetti perversi nel gioco del cumulo delle domande, frequentissimo nelle controversie di lavoro, provocando la disarticolazione delle domande non includibili nell’ambito di applicazione del nuovo rito in separati procedimenti, che avrebbero finito per intasare i ruoli ed accrescere il numero delle decisioni sulla stessa fattispecie concreta e con esso il pericolo di statuizioni contrastanti³⁹⁴.

a).1 (Segue): *rilievi e spunti critici*

Tali e numerose critiche sembrano tutte degne di nota.

Soprattutto, sembra difficilmente contestabile l’effetto “paralisi” che il nuovo rito avrebbe potuto creare per i procedimenti da esso esclusi ed il serio pericolo di attentare alla certezza del diritto, quale valore supremo, che la proliferazione di decisioni “sommario” – come sommario è il rito dal quale esse sarebbero provenute – avrebbe potuto determinare.

A mio parere, l’errore di questa impostazione non è tanto l’aver voluto perseguire la celerità del giudizio, ma è consistito nell’essersi essa appiattita sull’idea per cui ciò che conta è l’ottenimento il prima possibile di una decisione dotata di efficacia esecutiva.

In questo senso, questa opzione di riforma, anche se indirettamente, consente di mettere in evidenza ciò che – a mio parere – costituisce il cuore del problema dell’ineffettività della tutela “processuale”, che non riguarda affatto la fase decisoria del procedimento, ma la *fase istruttoria*. Problema che la proposta in commento non risolve ma “aggira” ed aggirandolo crea scompensi *aliunde*, in una sequela di inconvenienti che in definitiva non danno al lavoratore (e tanto meno al datore di lavoro) alcuna affidabilità di soddisfacimento.

b) – Le “clausole generali”

Come sopra anticipato, il fulcro della opzione di riforma di cui al d.d.l. n. 1163 consisteva nel regime delle c.c. “clausole generali”.

³⁹¹ A. Vallebona, op ult. cit., pag. 5.

³⁹² Cfr. P. Malanetto, Crisi della giustizia .. cit., pag. 390.

³⁹³ Cfr. L. De Angelis, op. ult. cit., pag. 10: “*all’ estraneità di una controversia a tale quadro – controversia cui pure, lo si è visto possono essere sottostanti interessi, esigenze e posizioni economiche e sociali meritevoli di almeno pari protezione - si accompagna il grave rischio di essere soggetta a tempi di trattazione ancora più lunghi degli attuali e non di finire su di un binario morto o quanto meno agonizzante, magari con l’ alibi, per il giudice che non spicchi per impegno, di dovere privilegiare, per legge, le altre*”.

³⁹⁴ Ancora L. De Angelis, op. ult. cit.: “*la subdifferenziazione della tutela si risolverebbe in una moltiplicazione di cause di cui la giustizia del lavoro non ha certo bisogno, e ciò con buona pace della finalità, sottesa al Progetto, di migliorare la sua situazione di crisi: e, lo si sottolinea, chi ha un minimo di esperienza della nostra materia sa bene che il cumulo di domande, anche non connesse in senso proprio, è del tutto usuale*”.

Il citato disegno di legge (art. 1) prevedeva veri e propri limiti al potere del giudice di qualificazione e di decisione della fattispecie sottoposta al suo vaglio, con riguardo ai presupposti di legittimità dedotti nelle “*clausole generali*” contenute nelle disposizioni di legge in materia di contratti di lavoro, di licenziamenti, di trasferimento d’azienda e di trasferimento del lavoratore.

Esso non si limitava a codificare la regola, invero pacifica e non contestata, per la quale il giudice nella valutazione di tali presupposti (ad es. le “*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*” a sostegno dell’atto di trasferimento del dipendente ex art. 2103 c.c.) non avrebbe potuto sindacare il merito delle scelte imprenditoriali e organizzative del datore di lavoro, ma andava oltre, anche se questo “oltre” veniva presentato come se fosse una semplice applicazione della regola appena citata, che trova nell’art. 41 Cost. la sua fonte³⁹⁵.

Il secondo periodo del comma primo dell’art. 1, infatti, stabiliva che il giudice *non potesse discostarsi “dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro salvo il caso di difformità tra il programma negoziale certificato e le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro”*. Ciò implicava non tanto che egli non potesse valutare il merito delle esigenze aziendali sottese ad. es. alla stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato o all’obbiettivo dedotto nel contratto di lavoro a progetto, ma – stando a quella formulazione (“*il giudice non può discostarsi dalle valutazioni espresse dalle parti salvo il caso di difformità tra il programma negoziale certificato e le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro*”) – che al giudice era precluso di effettuare una nuova qualificazione giuridica della fattispecie alla luce delle deduzioni contrattuali attestanti la sussistenza dei presupposti di legittimità del contratto, qualora il contratto e con esso dette deduzioni fossero stati certificati nel rispetto della disciplina di cui agli artt. 75 e ss. del D. Lgs. n. 276/2003. Infatti in questa prospettiva il contratto certificato avrebbe potuto essere impugnato solo in caso di difformità della fattispecie reale da quella dedotta nel contratto, non anche per contestare la non corrispondenza di quest’ultima con quella tipizzata dalla legge³⁹⁶.

b).1. (Segue): *rilievi e spunti critici*

C’era in questa idea qualcosa che richiamava l’art. 69 del D. Lgs. n. 276/2003³⁹⁷ in materia di contratto di lavoro a progetto, norma che nel comma 1 fa riferimento alla insussistenza obbiettiva del progetto (presupposto di legittimità del contratto) e nel comma 2 alla esecuzione del contratto e al profilo della divergenza tra quanto programmato e quanto effettivamente attuato. Come è noto, detta norma nel primo comma commina la sanzione della conversione retroattiva del contratto di lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e al secondo comma

³⁹⁵ Cfr. Relazione d’accompagnamento d.d.l. n. 1163, ove si dice che “ *il presente disegno di legge propone innanzitutto una norma in materia di interpretazione delle clausole generali contenute nelle disposizioni di legge o dei contratti collettivi nazionali di lavoro quali presupposto per la instaurazione di determinati rapporti di lavoro, ovvero per l’esercizio da parte del lavoratore del diritto di trasferire il lavoratore, o nel caso di cessazione del rapporto di lavoro. Tale norma si riconduce anche al più recente indirizzo, seguito dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo il quale il giudicante, al fine di valutare il rispetto della clausola generale (ad esempio: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo che consentono la stipula del contratto a termine e del contratto di somministrazione a tempo determinato, nonché il trasferimento del lavoratore; la giusta causa, il giustificato motivo, e così via), debba verificare, sulla base delle prove fornite dalle parti, la sussistenza concreta ed effettiva del presupposto, senza però poter sindacare il merito o l’opportunità della scelta. Ciò, oltre che essere coerente con il principio stabilito dall’articolo 41 della Costituzione, svincolerebbe il giudizio dalle valutazioni personali del giudicante in merito alla opportunità o meno di uno specifico provvedimento datoriale, valutazioni che rendono aleatorio l’esito del procedimento e per questa stessa ragione alimentano il conflitto*”.

³⁹⁶ Vedi A. Vallebona, op. ult. cit., pag. 3: “ *è nuovo il tentativo di rafforzare la certificazione consentendone l’impugnazione solo per difformità tra il programma certificato e le concrete modalità di svolgimento del rapporto. Ma questo tentativo non è condivisibile, poiché la certificazione è una qualificazione che non può essere sottratta al controllo del giudice. Mentre ben diverso sarebbe il sistema di derogabilità assistita delle tutele, che non ha nulla a che vedere con la qualificazione e necessita di una espressa previsione legislativa*”.

³⁹⁷ Per il quale sia consentito il rinvio a N. Marongiu, La trasformazione del lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, Riv. Giur. Dir. Lav. Prev. Soc., 2006, 2, 433 ss.

prevede che il giudice dichiarò la sussistenza tra le parti con efficacia ex nunc della tipologia contrattuale effettivamente realizzata. Ebbene, nell'ottica dell'art. 1 del d.d.l. n. 1163, la norma di cui al primo comma dell'art. 69 del D. Lgs. n. 276/2003 avrebbe subito una fortissima (se non totale) riduzione applicativa, qualora il contratto di lavoro a progetto fosse stato sottoposto alla procedura di certificazione: al limite il lavoratore avrebbe potuto sperare solo nell'applicazione del secondo comma. Insomma, si attribuiva alla certificazione l'effetto di determinare una sorta di tacita abrogazione della norma, privando il giudice proprio di quel potere di qualificazione che detta norma gli attribuiva.

Questo l'effetto di tale opzione di riforma: spostare la tutela di accertamento/qualificazione dei presupposti di legittimità dei contratti di lavoro dalla sua sede naturale, ovvero la funzione giurisdizionale, ad una sede amministrativa, alla quale – questo l'aspetto più rilevante – era attribuita la sostanziale capacità di creare un atto avente valore di cosa giudicata, quindi inattaccabile se non nei casi (indipendenti dalle valutazioni dei certificatori, che dunque restavano “signori supremi” della qualificazione contrattuale) in cui le parti non avessero rispettato il programma negoziale.

Il sistema di “imbrigliamento” del giudice, peraltro, non si limitava alla materia contrattuale, ma era esteso ai licenziamenti, al recesso del committente nel contratto di collaborazione coordinata e continuata anche a progetto, ai trasferimenti dei lavoratori e ai trasferimenti d'azienda.

Qui la tecnica seguita era ancora più spietata. Il giudice (art. 1, comma 3) in materia di recesso del datore di lavoro/committente era obbligato a “fare riferimento” (nel comma primo, invece, doveva “non discostarsi”: al di là del linguaggio, il vincolo rimaneva uguale) “alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale ovvero in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui agli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni”. Quanto, invece, alla materia dei trasferimenti del personale e d'azienda il secondo comma dell'art. 1 rinviava al primo comma della stessa disposizione, lasciando così intendere che anche dette fattispecie potessero essere sottoposte alla procedura di certificazione e al conseguente beneficio della inattaccabilità in giudizio.

In altri termini, il giudice avrebbe dovuto limitarsi a verificare l'effettiva rispondenza al vero delle ragioni esposte nella motivazione del licenziamento e la corrispondenza di dette ragioni alle tipizzazioni contenute nel contratto di lavoro certificato, e, se queste due verifiche avessero dato esito positivo, avrebbe dovuto dichiarare senz'altro legittimo il licenziamento, anche se in ipotesi la causale così tipizzata non fosse stata qualificabile alla stregua della giusta causa o del giustificato motivo nel significato prescritto dalla legge e come poi elaborato negli anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In questa prospettiva poteva ad es. ritenersi legittimo il licenziamento del dipendente che avesse indossato un maglione nero anziché azzurro se il contratto certificato avesse tipizzato questa causale quale “giusta causa” del recesso.

Queste soluzioni potrebbero apparire, ad un primo approccio, come sviluppi dell'idea della “derogabilità assistita” elaborata dal Marco Biagi³⁹⁸, ma quell'idea presupponeva un nucleo duro di garanzie inderogabili, mentre nel d.d.l. n. 1163 dette tutele erano rimesse al mercato ed alla selvaggia legge del più forte, per la quale pur di trovare occupazione il dipendente spesso accetterebbe condizioni deteriori rispetto a quelle che la legge gli riconosce³⁹⁹.

Ciò nonostante è stato sostenuto che “non è contraria alla norma generale la valorizzazione della tipizzazione collettiva, o in mancanza amministrativa, delle ipotesi di licenziamento, considerata espressamente come un criterio di riferimento per la migliore e più certa applicazione della norma generale”⁴⁰⁰; che “la proposta n. 1163 (Sacconi) nasce (..) dalla valorizzazione della volontà delle parti nella genesi del contratto di lavoro”; che non è sfuggita “agli estensori del

³⁹⁸ Vedi M. Biagi e M. Tiraboschi, Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori, 1997, QDRLI, 1991, 21, 350 ss., nonché T. Treu, Politiche del lavoro, Insegnamenti di un decennio, Bologna, 2002, 317 s. s.

³⁹⁹ Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit.

⁴⁰⁰ Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit.

progetto di legge la debolezza di uno dei contraenti, ed ecco che la presenza delle commissioni di certificazione in sede di maturazione della volontà contrattuale riequilibra le posizioni delle parti”; che “ci si appresta quindi ad abbandonare quella vecchia ideologia pubblicistica che concepiva la protezione della parte debole con i limiti posti alla parte forte, limiti incidenti sia sul piano sostanziale (oppressive condizioni sulle tipologie di contratti di lavoro possibili) sia sul piano processuale”⁴⁰¹.

Ma queste osservazioni non eliminano i dubbi che tale prospettiva di riforma possa, da un lato, tutelare la discrezionalità del datore di lavoro nella adozione dei suoi atti unilaterali, mediante una palese limitazione del sindacato giudiziale e, dall’altro, “blindare” l’autonomia privata individuale, ancorché assistita dalla mediazione sindacale o amministrativa, quale strumento di prevalenza dell’interesse datoriale⁴⁰² e di prevaricazione dell’interesse del lavoratore.

Su questi aspetti si tornerà in seguito quando si esporrà il contenuto del nuovo d.d.l. n. 1167 in materia di riforma del processo del lavoro, che – come si vedrà – ha recepito proprio questa linea di politica del diritto.

c) – La previsione dell’astreinte

Il d.d.l. n. 1047 prevedeva, a garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale, un’ipotesi di astreinte, così da superare il problema della incoercibilità delle prestazioni infungibili, relativamente alle stesse materie per le quali era contemplata la sopra esposta procedura sommaria e d’urgenza.

Più precisamente l’art. 4 sanciva che il giudice con lo stesso provvedimento conclusivo del procedimento d’urgenza o con la sentenza di condanna alla reintegrazione *dovesse* determinare anche “*la somma dovuta dal datore di lavoro per l’eventuale ritardo nell’esecuzione del provvedimento*”, quantificandola – a seconda delle dimensioni dell’azienda – tra un minimo (2 retribuzioni globali di fatto giornaliere) ed un massimo (4 retribuzioni globali di fatto giornaliere); stabiliva inoltre che in caso di riforma del provvedimento di condanna alla reintegrazione le somme così corrisposte e/o dovute fossero irripetibili dal datore di lavoro e che parte delle stesse potessero essere trattenute dal lavoratore (le somme corrispondenti alle retribuzioni astrattamente dovute per il periodo intercorrente tra l’ordine di reintegrazione inevaso e la riforma dello stesso) e che la parte residua delle stesse dovesse andare ad un fondo appositamente costituendo, ad eccezione della materia dei trasferimenti ove era invece prevista l’integrale ripetibilità delle somme suddette da parte del datore di lavoro.

In tal modo la proposta di riforma in esame accoglieva tutte quelle istanze che individuavano nella introduzione delle misure di coercizione indiretta la fondamentale condizione per assicurare effettività al sistema delle tutele giurisdizionali in presenza di obbligazioni infungibili⁴⁰³.

Vero è che in molti altri disegni di legge presentati nelle passate legislature era stata contemplata l’introduzione dello strumento della coercizione indiretta sul modello delle astreintes francesi, tuttavia in alcune di quelle proposte era esclusa proprio la materia lavoristica⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Per tutte e tre le ultime citazioni, M. Crippa, op. cit., 19.

⁴⁰² In questi termini, P. Alleva, op. ult. cit., pag. 2, anche se con riferimento all’attuale d.d.l. n. 1167/2008 (che ha recepito le proposte ore in commento contenute nel d.d.l. n. 1163/2006).

⁴⁰³ Per tutti, Proto Pisani A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, 2003, Jovene, Napoli, pagg. 118 ss. e 177 -178, nonché Id. *Note sulla.. cit.*, 2004, pagg. 35 ss., nel quale peraltro l’A. osservava: “*l’introduzione in Italia di un sistema atipico di misure coercitive, modellate come regola generale (...) sull’esempio francese delle astreintes è ormai matura*”; vedi anche in *Processo e tecniche di attuazione.. cit.*, Taruffo M., *L’attuazione .. cit.* 63 ss, Chiarloni S., *Ars distinguendi.. cit.*, 183 ss., Cendon P. *Le misure.. cit.*, 293 ss.; Frognani A., *Il mondo .. cit.*, 359; nonché Aa. Vv., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, atti del XXII convegno nazionale, Giuffrè, Milano, 2001.

⁴⁰⁴ Ancora Proto Pisani, *Note .. cit.*, pag. 37, che fa riferimento al d.d.l. “Castelli” del 2001 e lo distingue dal d.d.l. “Fassino” del 2000 nel quale la misura coercitiva era esclusa solamente per l’adempiimento della obbligazione di esecuzione della prestazione di lavoro e non già tutta la materia del diritto del lavoro.

Il d.d.l. in esame, invece, mirava a realizzare una soluzione intermedia, consistente nel limitare l'astreinte non a tutta la materia del diritto del lavoro, ma soltanto alla violazione dei provvedimenti concernenti fattispecie qualificate per "l'urgenza e sommarietà" del relativo procedimento giurisdizionale.

c).1. (Segue): *rilievi e spunti critici*

Anche questa proposta, peraltro, non è andata esente da critiche nonostante la dottrina e la giurisprudenza – come è stato esposto nei precedenti paragrafi – avessero evidenziato da tempo l'imperfezione di un sistema di tutele che non consentisse al lavoratore di ottenere la piena soddisfazione del suo diritto, giudizialmente accertato, se non con la spontanea collaborazione del datore di lavoro.

La critica più severa sosteneva che la suesposta misura compulsoria avrebbe violato gli artt. 3, 2, 4, 41 e 97 Cost. . In particolare si contestava l'applicabilità della stessa prima della formazione del giudicato e solo sulla scorta della provvisoria esecutività del provvedimento di condanna, mettendo in evidenza le conseguenze connesse alla eventuale riforma di tale provvedimento nei gradi successivi del giudizio, rappresentate *in primis* dalla costrizione del datore di lavoro a corrispondere delle somme a titolo di "penale" pur a fronte dell'accertamento giurisdizionale (postumo) della impossibilità di esecuzione della prestazione richiesta. In questo senso si osservava che nel licenziamento per colpa l'impossibilità della reintegrazione sarebbe derivata dagli gli ovvi rischi connessi nel riammettere in servizio lavoratore effettivamente colpevole e nel licenziamento e nel trasferimento per ragioni oggettive/organizzative nell'inutilizzabilità stessa del dipendente⁴⁰⁵.

A queste obiezioni avrebbe potuto risponderci evidenziando che questo modo di argomentare confondeva il concetto di possibilità giuridica con quello di possibilità materiale. In realtà in entrambe le ipotesi sopra prese in considerazione l'esecuzione dell'ordine giudiziale sarebbe stata materialmente possibile, mentre sul piano giuridico il fondamento della "sanzione" non sarebbe stata l'illegittimità del licenziamento, ma la violazione dell'ordine giudiziale in se e per sé (anche se erroneo). In altri termini, ai fini della misura coercitiva de qua il concetto di possibilità giuridica della prestazione oggetto della condanna non avrebbe dovuto rapportarsi all'illegittimità del licenziamento, ma alla sola adozione dell'ordine di reintegrazione.

Superata questa critica, rimaneva il fatto che il regime di irripetibilità previsto per quest'astreinte non sarebbe stato accettabile, per ovvie ragioni: il lavoratore avrebbe potuto legalmente arricchirsi dal proprio inadempimento (nel licenziamento per colpa) o dall'errore giudiziario (nel licenziamento per ragioni oggettive), mentre il datore di lavoro avrebbe dovuto sopportare una decurtazione del proprio patrimonio senza alcuna valida giustificazione e addirittura subire la beffa di dover "pagare per colpe altrui" (del primo giudice) pur a fronte dell'espreso riconoscimento della piena liceità e legittimità del suo agire contrattuale (da parte del secondo giudice)⁴⁰⁶.

Inoltre, per quanto concerne l'ordine di reintegrazione, detta misura non avrebbe risolto il problema di fondo insito in quest'istituto.

⁴⁰⁵ Cfr. A. Vallebona, op. ult. cit., pag. 6: "*in caso di licenziamento o trasferimento alla fine riconosciuto legittimo, è accertato che il datore di lavoro era oggettivamente impossibilitato ad eseguire l'erroneo ordine di reintegrazione, in quanto nel licenziamento per colpa non poteva utilizzare, per gli ovvi rischi connessi, un lavoratore effettivamente colpevole (ad esempio di avere rivelato segreti aziendali o molestato colleghe o sottratto somme) e nel licenziamento o trasferimento per ragioni organizzative non poteva utilizzare un lavoratore inutilizzabile. Qui, dunque, è la stessa tecnica di tutela sostanziale (giustificazione necessaria) ad escludere per definizione la possibilità di ottemperanza ad un ordine giudiziale erroneo, poiché se il provvedimento era legittimo significa che era giustificato, nel senso che la permanenza della situazione precedente era incompatibile con l'organizzazione, sicché è altrettanto incompatibile il ripristino di tale situazione*".

⁴⁰⁶ E sotto questo punto di vista vanno condivise le forti critiche di A. Vallebona, op. ult. cit.

Come si è detto trattando della tutela reale contro il licenziamento, infatti, l'ineffettività della tutela de qua in gran parte dipende dal rifiuto del lavoratore di riottenere il posto di lavoro per preferire le 15 mensilità di cui al comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav..

Si è anche detto che questo rifiuto non dipende dalla incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, ma dal timore del prestatore di lavoro di rientrare in un ambiente a lui ostile (quanto meno per effetto del comportamento del datore di lavoro) e nel quale, inevitabilmente, sarà discriminato solo ed unicamente per aver deciso di difendere i suoi diritti.

La sua posizione personale e psicologica non è molto diversa da quella della lavoratrice discriminata per ragioni sessuali, la quale, infatti, per evitare ulteriori sofferenze potrebbe decidere di dimettersi. La differenza sta nel fatto che mentre quest'ultima gode di un apparato di tutele individuali, collettive, giurisdizionali ed amministrative che la proteggono durante il rapporto di lavoro e che per questo – indirettamente – la inducono a conservare il posto di lavoro, il lavoratore reintegrando è solo, non ha alcun “consigliere di parità” al quale rivolgersi, non può contare su alcuna tutela antidiscriminatoria del tipo di quelle previste nel D. Lgs. 198/2006 e pertanto non può che rifiutare il posto di lavoro.

Ma non pare che questa situazione sia stata colta dagli estensori del d.d.l. n. 1047, i quali avrebbero di certo speso meglio le loro forze al fine di rendere effettiva la tutela ex art. 18 Stat. Lav. prevedendo meccanismi di protezione antidiscriminatoria a tutela del lavoratore reintegrato sul modello di quelli previsti in materia di discriminazione sessuale e magari – come personalmente ritengo – introducendo una figura ad hoc che potesse “accompagnare” i primi mesi di lavoro del prestatore attribuendo ad esso la legittimazione processuale ad agire in giudizio per la tutela del lavoratore.

Al limite, lo strumento dell'astreinte, nell'ambito della tutela reale, potrebbe (forse) risultare utile nelle grandissime aziende dotate di tale capacità economica da potersi permettere di accollarsi *ad libitum* i costi di cui al comma 4 dell'art. 18 Stat. Lav., ma anche in tali casi in assenza di tutele del tipo appena esposto, il tutto si risolverebbe in un buco nell'acqua, perché il lavoratore preferirebbe comunque usufruire del comma 5 dell'art. 18 Stat. Lav. .

Queste considerazioni, ovviamente, valgono anche per i casi di recesso del committente dal contratto di lavoro a progetto o dal contratto di collaborazione coordinata e continuativa e nei casi di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro.

Fuori da queste ipotesi, l'astreinte pare essere una misura utile (per non dire necessaria) per garantire la effettività della tutela specifica che – come visto nei precedenti paragrafi – la legge accorda al lavoratore in tutti quei casi nei quali l'incoercibilità della prestazione infungibile non può essere superata mediante rimedi speciali che contemplino strumenti di coercizione indiretta: il riferimento è in particolare alle ipotesi di demansionamento, di privazione di mansioni, di trasferimento illegittimo, di illegittima collocazione in cassa integrazione, di omessa assegnazione delle ferie .

Ovviamente, in tali casi, dovrebbe restare ferma la regola della piena ripetibilità delle somme corrisposte in forza dell'astreinte, qualora il provvedimento giudiziale da questa presupposto fosse poi riformato o annullato nei successivi gradi di giudizio.

In conclusione, ritengo che la proposta del d.d.l. n. 1047 sia condivisibile nell'aver voluto risolvere il problema della incoercibilità degli obblighi infungibili, ma penso anche che la soluzione prospettata a tal fine, in materia di licenziamento, si sarebbe rivelata sostanzialmente inutile e, nelle altre materie prese in considerazione, utile da un lato e sbagliata (per ciò che concerne il regime di irripetibilità delle somme) dall'altro.

9.3 L'attuale progetto di riforma del processo del lavoro: il d.d.l. n. 1167 del 2008

Come si è più volte anticipato, è attualmente all'esame del Senato il d.d.l. n. 1167, contenente norme in materia di riforma del processo del lavoro e di diritto sostanziale del lavoro.

Questo disegno di legge sostanzialmente recepisce le proposte di riforma di cui al d.d.l. n. 1163 del 2006, già sopra esaminate, e rigetta le soluzioni prospettate dal d.d.l. n. 1047 e dal progetto Foglia relativamente alla endoprocesualizzazione del tentativo di conciliazione, all'arbitrato, al rito d'urgenza e sommario "separato" per determinate materie e all'introduzione dell'astreinte.

L'attuale legislatore dunque sta impostando una riforma in base alle seguenti linee direttive:

- introduzione del regime delle "clausole generali" a delimitazione del sindacato del giudice⁴⁰⁷;

- rafforzamento dell'arbitrato d'equità, escludendo l'impugnazione del lodo arbitrale per i vizi relativi alla violazione di norme inderogabili di legge e di contratto collettivo;

- trasformazione del tentativo di conciliazione da obbligatorio in facoltativo;

- introduzione di termini di decadenza per l'impugnazione giudiziale del licenziamento del recesso del committente, del trasferimento e della contestazione della legittimità del termine apposto al contratto di lavoro.

Quanto al primo punto, deve dirsi che il d.d.l. in commento, rispetto al d.d.l. n. 1163/2006, ha apportato correttivi di non poco momento.

In primo luogo, in materia contrattuale, stabilisce che (art. 23, comma 2) "*nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione*". E' evidente che i rischi di compressione del potere di qualificazione giurisdizionale, come sopra denunciati, siano stati evitati grazie alla precisa dizione "*salvo il caso di erronea qualificazione del contratto*". Insomma il contratto certificato sarà comunque riqualificabile dal giudice, per cui è agevole prevedere che lo strumento della certificazione non avrà particolare successo, come d'altro è stato fino ad oggi. Sembra però che la disposizione consenta al giudice di riqualificare solo la natura o la tipologia del contratto nel suo complesso, non anche le sue singole clausole, per cui potrebbe ipotizzarsi, come è stato fatto⁴⁰⁸, l'impossibilità per il giudice di riqualificare ad es. la clausola contenente l'inquadramento delle mansioni del lavoratore: se così fosse la norma, ovviamente, sarebbe manifestamente incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost. .

In materia di licenziamenti è invece previsto che (art. 23, comma 3) "*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni*". Qui, al di là del richiamo alle "*fondamentali regole del vivere civile*" e all'"*oggettivo interesse dell'organizzazione*" (si tratta di clausole generali?) è confermato l'impianto del d.d.l. n. 1163 del 2006, ma – per fortuna – l'espressione utilizzata ("*il giudice.. tiene conto*") è diversa da quella sopra vista ("*il giudice fa*

⁴⁰⁷ Netta la contrarietà a questa prospettiva di riforma di ANM, vedi nota cit., pag. 1: "*le modifiche legislative rischiano di sacrificare (...) le esigenze di tutela della parte debole del rapporto. In questa chiave appare criticabile l'impostazione complessiva dell'intervento di riforma che sembra diretto a limitare o a circoscrivere il potere del giudice*". In termini analoghi P. Alleva, op. ult. cit., pag. 1, che parla di "*previsioni del progetto che tendono a tutelare, in termini di limitazione del potere di sindacato giudiziario, la discrezionalità del datore di lavoro nell'adozione di suoi atti unilaterali. Esempari, in proposito, sono le norme in tema di "clausole generali" e di sanzioni disciplinari*" e di "*previsioni che tendono a garantire (si potrebbe dire "blindare") l'autonomia negoziale individuale, ancorché asseritamente assistita da un intervento delle organizzazioni sindacali, nell'ovvia consapevolezza che il contratto individuale di lavoro, specialmente nella sua fase costitutiva, non può che essere strumento di prevalenza dell'interesse datoriale. Si tratta, in sintesi, della nuova disciplina del contratto di lavoro individuale certificato*".

⁴⁰⁸ P. Alleva, op. ult. cit. pag. 5.

riferimento”), per cui il giudice non sarebbe più vincolato a giudicare secondo le tipizzazioni contrattuali⁴⁰⁹ e potrà discostarsene dandone congrua spiegazione nella motivazione.

Il primo comma della disposizione, con riferimento alle disposizioni di legge contenenti clausole generali, continua a stabilire che *“il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente”*.

Su questa disposizione è molto duro P. Alleva, il quale rileva che la formulazione della stessa *“è tanto più grave in quanto essa dichiara di incidere sulle “clausole generali” (o piuttosto sulle c.d. “norme aperte”), così incorrendo in un vero “strafalcione” di teoria giuridica. Infatti le “clausole generali”, in tutti gli ordinamenti, servono proprio a consentire un intervento adeguatore del precetto giuridico alla mutevole realtà sociale da parte del giudice e, dunque, una precisazione del comportamento doveroso del singolo alla stregua di criteri di adeguatezza sociale. Riportare il significato concreto di una “clausola generale” alla rappresentazione che ne abbia l’interessato stesso è un paradosso: sarebbe come se il giudice dovesse valutare la conformità del comportamento di un soggetto al “comune senso del pudore” o al “buon costume” non alla stregua del significato che la coscienza sociale attribuisce a tali concetti e “clausole generali”, ma in base all’idea che ne ha l’imputato stesso!”*⁴¹⁰. Commento questo che si spiega proprio alla luce della possibilità data alle parti (o meglio, al datore di lavoro) di concertare nel contratto individuale certificato il significato della clausola generale legislativa, così trasformandola da canone oggettivo di legittimità dell’atto a canone soggettivo scelto e condiviso dalle parti (o meglio, dal datore di lavoro)⁴¹¹.

9.3.1. (Segue): *rilevi e spunti critici*

Al di là di queste considerazioni, queste innovazioni paiono sostanzialmente inutili.

In materia contrattuale resta salva la riqualificazione giudiziale del contratto, per cui il datore di lavoro non avrà alcun interesse alla certificazione; in materia di licenziamenti resta salva la possibilità del giudice di applicare le clausole generali ex lege secondo il significato oggettivo che alle stesse è attribuito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in rapporto al mutare della realtà sociale.

Quanto all’arbitrato, valgono le stesse considerazioni già svolte con riferimento al d.d.l. n. 1163.

Infatti, come è stato chiarito⁴¹², l’inserimento della clausola compromissoria nel contratto di lavoro certificato e la possibilità di un arbitrato di equità, il cui lodo non sia impugnabile per

⁴⁰⁹ Vedi nota ANM, cit., pag. 2, nella quale, con riferimento alla vecchia formulazione (*“ il giudice fa riferimento”*) si precisa che *“in tal modo la disposizione finiva con l’incidere sull’art. 7 dello Statuto dei Lavoratori che, nel prevedere che le sanzioni e le infrazioni disciplinari applicate dal datore di lavoro debbano essere conformi a quanto in materia stabilito da accordi e contratti collettivi, lascia fermo il potere del giudice di disapplicare le clausole non coerenti con le norme di legge e con le norme costituzionali sul diritto al lavoro e sulla tutela del lavoro (artt. 4 e 25 Cost.) e sul principio di ragionevole bilanciamento degli interessi posto dall’art. 3 Cost.”*

⁴¹⁰ P. Alleva, op. ult. cit., pag. 3.

⁴¹¹ A fronte di queste polemiche si comprende perché il Prof. Ichino, durante i lavori parlamentari, abbia proposto di sostituire tutto l’art. 23 con il seguente testo: *“1. Salvo il controllo giudiziale sul rispetto dei limiti posti dalle leggi speciali e dei diritti soggettivi dei lavoratori e dei terzi, le scelte di gestione aziendale dell’imprenditore sono insindacabili. 2. Fermo restando quanto disposto dal comma 1, nella valutazione dei motivi posti a base del licenziamento o del trasferimento il giudice tiene conto, oltre che delle regole del vivere civile, anche delle disposizioni contenute in proposito nei contratti collettivi applicabili, o nei contratti individuali, in quanto compatibili con la disciplina collettiva applicabile. 3. La qualificazione del rapporto di lavoro viene operata dal giudice mediante accertamento, anche presuntivo, in relazione alle circostanze e alla qualità professionale della prestazione lavorativa, della volontà negoziale effettiva dell’e parti circa la struttura delle obbligazioni reciproche dedotte in contratto”*. Molti altri Senatori hanno invece proposto la sua totale cancellazione (CARLINO, PARDI, MAURO, MARAVENTANO, VALLI). I resoconti degli emendamenti proposti sono visibili in www.senato.it, sezione leggi e documenti.

⁴¹² Ancora una volta da P. Alleva, op. ult. cit., pagg. 5 ss. . Della stessa opinione T. Treu, op. ult. cit.: *“ la certificazione non può essere una via traversa per aggirare le tutele fondamentali dei lavoratori, come propone il disegno di legge*

violazione delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, potrebbe tradursi in uno strumento di violazione dei diritti fondamentali del lavoratore. Pericolo questo – per fortuna – attutito dalla previsione (art. 24, comma 5) per cui “è nulla ogni clausola del contratto individuale di lavoro o comunque pattuita che obblighi una parte o entrambe a proporre le controversie indicate nel periodo precedente (ovvero le controversie di cui all’art. 409 c.p.c. e all’art. 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) al collegio di conciliazione e arbitrato o che ponga limitazioni a tale facoltà”.

Quanto al tentativo di conciliazione, salvo che per i casi di impugnazione dell’atto di certificazione, esso da un lato diventa facoltativo e dall’altro è rimodellato sullo schema dell’analogo istituto previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, con la conseguente previsione del deposito di atti difensivi e della specificazione delle ragioni in fatto ed in diritto poste a base delle richieste dell’istante.

Questa – penso – sarà una novità utile soltanto perché eviterebbe la perdita di tempo dei 60/90 giorni prima della introduzione della causa; infatti oggi il datore di lavoro concilia soltanto quando ha già deciso di farlo, prima della comparizione davanti alla commissione di conciliazione, altrimenti propende direttamente per la non comparizione.

Bisogna però essere pronti all’impatto sulla organizzazione giudiziaria di questa soluzione, perché essa determinerà il crollo repentino dei tentativi di conciliazione. Più precisamente, quella parte di essi che vengono presentati solo perché obbligatori – e non anche perché realmente voluti dal lavoratore – si trasformerà improvvisamente in ricorsi al tribunale in funzione di giudice del lavoro, con l’effetto traumatico di intasare i ruoli molto di più di quanto sia già oggi: se oggi la prima udienza di discussione ex art. 420 c.p.c. di regola viene fissata dai 6 ai 12 mesi dal deposito del ricorso, sarà facile prevedere che questi periodi di attesa aumenteranno almeno della metà. Non bisogna infatti essere ipocriti e riconoscere che l’unica reale funzione del “vecchio” tentativo obbligatorio di conciliazione è stata quella di costituire una sorta di “corsia di decelerazione” attraverso cui rallentare l’accesso alla giustizia e dilazionare nel tempo l’instaurazione dei contenziosi.

In ogni caso, valgono le considerazioni già svolte precedentemente, ossia che l’unica possibilità di rendere il tentativo di conciliazione uno strumento effettivamente utile in funzione deflattiva del contenzioso è quella di risolvere prima il problema della durata del processo, mentre a nulla servirebbe il ragionamento contrario.

Ma l’attuale legislatore non sembra nemmeno credere più nella funzione deflattiva dell’istituto: non resta che attendere di sapere quali saranno le reazioni della prassi sindacale e del ceto forense e le conseguenze di questa scelta sull’organizzazione giudiziaria.

Quanto al termine di decadenza per l’impugnazione giudiziale del licenziamento (e delle altre fattispecie tipizzate), va detto che – stando ai lavori parlamentari⁴¹³ – l’attuale formulazione,

della maggioranza, che permette ai contratti individuali certificati di concordare clausole compromissorie e quindi il ricorso ad arbitri con effetti anche derogatori delle leggi imperative sul lavoro”; l’A., peraltro, ammette la possibilità di un arbitrato d’equità e “derogatorio” con riferimento alle posizioni definite dalla sola contrattazione collettiva, alla quale potrebbe assegnarsi il compito di stabilire l’ampiezza e anche l’eventuale non impugnabilità della decisione arbitrale su queste posizioni.

⁴¹³ Visibili in www.senato.it, sezione leggi e documenti. Ecco il nuovo testo dell’art. 25 del d.d.l. n. 1167/2008 secondo l’emendamento proposto dal Governo: «Art. 25. (Decadenze) 1. Il primo e il secondo comma dell’articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti dai seguenti: "1. Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l’intervento dell’organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. 2. L’impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora la conciliazione o l’arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l’accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo." 2. All’articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, è aggiunto, in fine, il seguente comma: "4. Il datore di lavoro non è tenuto al risarcimento del danno derivante dalla mancata

che prevedeva il termine breve di 120 giorni per l'introduzione della causa, in tutta probabilità sarà sostituita con la soluzione - di buon senso - di mantenere inalterato il termine di decadenza di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale e di prevedere l'inefficacia di detta impugnazione se non seguita (entro il termine di decadenza di 180 giorni) dalla introduzione della causa o dalla richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione o di arbitrato, prevedendosi, in questi ultimi casi, l'inefficacia della impugnazione stragiudiziale se la causa (in ipotesi di fallimento del tentativo di conciliazione o della richiesta di arbitrato) non sia instaurata entro il termine di 60 giorni.

Finisce nel nulla invece l'ipotesi della introduzione della astreinte in materia di diritto del lavoro, soluzione questa fortemente criticabile proprio perché determina l'ennesima occasione perduta per garantire effettività alle tecniche di tutela specifica dei diritti del lavoratore sfornite di rimedi coercitivi indiretti che possano superare l'ostacolo della incoercibilità degli obblighi datoriali infungibili⁴¹⁴.

Il riferimento principale, come sopra esposto, è alla attuazione dei provvedimenti giudiziali in materia di demansionamento, di privazione delle mansioni, di trasferimento illegittimo, di illegittima collocazione in cassa integrazione e di mancata assegnazione dei periodi feriali⁴¹⁵. In tutti questi casi la tutela specifica garantita dal processo di cognizione, in assenza di una valida misura coercitiva indiretta come l'astreinte, sarà destinata ad essere sostituita dalla tutela risarcitoria per equivalente monetario, per definizione non soddisfattiva del bene giuridico protetto.

Infine giova considerare che, come la riforma ipotizzata dal d.d.l. n. 1047, dal progetto Foglia e da d.d.l. n. 1163, anche il d.d.l. n. 1167 ha polarizzato i propri interventi sulla fase dell'accesso al processo (conciliazione - arbitrato - termini decadenziali - certificazione) e su quella della decisione ("clausole generali").

Orbene, ritengo che questa polarizzazione non affronti il vero problema della eccessiva durata del processo del lavoro (ma analoghe valutazioni sono estensibili anche al processo civile e a quello penale) che - come anticipato - riguarda la *fase istruttoria*.

Le udienze di prova sono distribuite nel tempo con rinvii di mesi, il tutto con incredibile lontananza dalla commissione dei fatti dedotti in causa e con il consequenziale aumento del rischio di emersione di una *verità processuale* diversa da quella *reale*. Al momento della stesura della sentenza il giudice deciderà sulla base delle risultanze dei verbali per la cui formazione ha impiegato anni !

Orbene, non c'è dubbio che questa conseguenza sia prodotta dallo squilibrio del rapporto tra il numero dei magistrati ed il numero dei contenziosi. Ma, come visto, fino ad oggi (ed anche alla luce delle proposte di riforma sopra esposte) le soluzioni utilizzate per deflazionare il contenzioso

corresponsione delle retribuzione nel periodo intercorrente tra la ricezione dell'atto di impugnazione e la proposizione del ricorso di cui al secondo comma. Tale disposizione non trova applicazione nel periodo durante il quale le parti espletino il tentativo di conciliazione o l'arbitrato." 3. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal presente articolo, si applicano anche a tutti i casi di invalidità e di inefficacia del licenziamento. 4. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal presente articolo, si applicano inoltre) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile; c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento; d) all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.». Proposta simile, peraltro, era stata già formulata dal Prof. Ichino.

⁴¹⁴ Vedi P. Alleva, op ult. cit., pagg. 9-10: "la tematica tra tutte più rilevanti appare essere quella dell'introduzi one nel processo civile, ma non nel processo del lavoro, della coazione indiretta, tramite "astreinte", degli obblighi di fare e non fare. Non è detto si sia trattato di una cosciente ed ideologica discriminazione, che sarebbe tanto più grave dal momento che il diritto del lavoro è - per così dire - letteralmente intessuto di obblighi comportamentali, ma certamente, pur concedendo che possa essersi trattato di un difetto di coordinamento, la problematica non può assolutamente essere tralasciata".

⁴¹⁵ In effetti la recente riforma del processo civile, che pure ha introdotto con l'art. 614 bis l'istituto della esecuzione indiretta, lascia fuori da questa figura proprio la materia del diritto del lavoro.

non hanno avuto alcun successo e in tutta probabilità anche le soluzioni di cui al d.d.l. n. 1167 non sortiranno effetti benefici, perché il lavoratore avrà salvo il diritto di agire in giudizio in luogo di devolvere la controversia ad un arbitro e (soprattutto) perché il tentativo di conciliazione diventa facoltativo.

Bisogna allora avere il coraggio di svincolarsi dalla polarizzazione “accesso al processo/decisione” e prospettare soluzioni alternative che possano, nella intangibilità dei poteri del giudice e dei diritti delle parti del processo, *ridurre i tempi dell’istruttoria processuale*.

Questo è quello che si cercherà di svolgere nel paragrafo seguente.

10. Una proposta alternativa: la valorizzazione delle funzioni degli ispettori del lavoro e la generalizzazione del regime “a doppio binario” giudiziale/amministrativo

In più occasioni è stata evidenziata la tendenza del sistema delle tutele dei diritti del lavoratore a strutturarsi su un regime “a doppio binario”, costituito dalla ordinaria tutela giurisdizionale, da un lato, e dalla tutela amministrativa, dall’altro.

Questo è apparso evidente soprattutto in materia di *tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori* nei luoghi di lavoro mediante la “tecnica penale ingiunzionale” (D. Lgs. 124/2004, D. Lgs. 758/1994, art. 11, comma 2, D.P.R. n. 520/1955).

Efficaci strumenti di tutela amministrativa sono emersi anche in materia di *distacco* (art. art. 18, comma 5 bis D. Lgs. 276/2003 in combinato disposto con l’ art. 15 del D. Lgs. 23 aprile 2004, n. 124), di *rifiuto di assunzione del disabile obbligatoriamente inviato dai servizi competenti* (art. 15 Legge 68/1999) e di *tutela antidiscriminatoria* (art. 37 del D. Lgs. 198/2006, quanto alla revoca dei benefici contributivi e fiscali e della esclusione dagli appalti pubblici).

In tutti questi casi la tutela amministrativa fornisce gli strumenti di coercizione indiretta all’adempimento, per cui il lavoratore grazie ad essa avrà maggiori probabilità di ottenere piena soddisfazione. In altri termini, essa si pone come immediatamente volta a dare effettività alla tutela specifica del diritto leso: è quindi costruita sulla base di un nesso immediato con il diritto soggettivo del lavoratore.

Per rendersi conto di ciò si prenda in considerazione la prescrizione obbligatoria degli ispettori delle A.S.L. (o le disposizioni degli ispettori della D.P.L.) in materia di sicurezza sul lavoro: detti provvedimenti ordinano l’adempimento. Analoga prescrizione obbligatoria è prevista poi anche per il distacco illegittimo. Per le assunzioni obbligatorie dei disabili e in materia antidiscriminatoria, infine, la sanzione amministrativa “annunciata” con l’atto di contestazione di illecito amministrativo ex art. 14 della Legge 24 novembre 1981, n. 689 ha indirettamente la funzione di promuovere all’adempimento.

In questi casi, dunque, vi è una perfetta unione tra l’interesse pubblico (alla repressione dell’illecito amministrativo/penale) e l’interesse del singolo lavoratore alla effettività della tutela specifica, nel senso che tali interessi sono soddisfatti *congiuntamente*⁴¹⁶

Vi sono però altre varie fattispecie di illecito amministrativo⁴¹⁷ repressi con sanzioni che non hanno alcuna funzione di ripristinare l’interesse leso, ma solo di punire una condotta colposa (o dolosa) già esauritasi .

In tutti questi casi il diritto soggettivo (se la violazione dello stesso integri anche una fattispecie di illecito amministrativo) è tutelato solo in via di deterrenza e quindi prevenzionistica, ma non anche in chiave di tutela specifica successiva alla sua violazione: il datore di lavoro sarà

⁴¹⁶ C’è poi il caso della diffida accertativa di cui all’art. 12 del D. Lgs. n. 124/2004, ma, al di là dei sopra enunciati profili di incostituzionalità (per i quali fino ad oggi questo strumento di fatto non è stato mai utilizzato), in questa fattispecie non è configurabile un interesse alla repressione di una condotta integrante una fattispecie di illecito amministrativo, ma solo l’interesse alla soddisfazione dell’interesse particolare e privato di un singolo.

⁴¹⁷ Vedi Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Provinciale del Lavoro di Pescara, Ger mano De Sanctis, “Elenco Annotato Delle Violazioni In Materia Di Lavoro”, in www.dplmodena.it .

pure sanzionato, ma il lavoratore non otterrà – con la sola tutela amministrativa – il bene giuridico “sottrattogli”. Per questo dovrà rivolgersi al giudice. E qui inizieranno i problemi.

I problemi poi sarebbero ancora maggiori se, in spregio all’art. 7 del D. Lgs. n. 124/2004, l’ispezione fosse subordinata alla astratta configurabilità nelle deduzioni di cui alla richiesta di intervento di una fattispecie di illecito amministrativo: in tal caso il lavoratore neppure avrebbe la possibilità di avvalersi dell’indagine ispettiva. A tal riguardo, peraltro, si richiamano le considerazioni sopra svolte con riferimento al combinato disposto degli artt. 7 e 14 del D. Lgs. n. 124/2004, e alla tesi ivi esposta per cui dette norme attribuirebbero all’ispettore il potere di intervenire nell’ambito della intera materia della “*tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale ovunque sia prestata attività di lavoro a prescindere dallo schema contrattuale, tipico o atipico, di volta in volta utilizzato*” e di adottare provvedimenti (“*disposizioni*”) atti a concretizzare nella singola fattispecie quale sia la prestazione richiesta dal comando generale e astratto previsto da norme di legge attributive di un “*apprezzamento discrezionale*”, ovvero (in ultima istanza e per usare il linguaggio caro al riformatore del d.d.l. n. 1167/2008 e del d.d.l. n. 1163/2006) da norme di legge contemplanti “*clausole generali*”.

Insomma, in forza di questa lettura, anche in mancanza della astratta configurabilità di un illecito amministrativo l’ispettore potrebbe pur sempre instaurare l’indagine ispettiva finalizzata alla adozione di una disposizione ex art. 14 del d. Lgs. 124/2004 ed in questo modo intervenire ad es. in materia di demansionamento, di privazione di mansioni e di trasferimento.

Peraltro, non possono non ribadirsi i forti dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 14 cit. nella parte in cui accorda l’immediata esecutività al provvedimento di disposizione, così ledendo manifestamente i diritti di difesa del datore di lavoro.

Altra norma sulla quale si è soffermata l’attenzione è stata l’art. 11 del D. Lgs. n. 124/2004. A tal riguardo si è visto che, nel solo ambito dei diritti di natura patrimoniale, il lavoratore potrà avvalersi della “*minaccia dell’ispezione*” per ottenere un pronto adempimento da parte del datore di lavoro. Anche qui, all’esito dell’infruttuoso esperimento della conciliazione monocratica, l’organo di vigilanza, darà inizio all’indagine ispettiva.

Ebbene, quello che si vuole mettere in luce è che siffatto sistema normativo⁴¹⁸ contempla chiaramente l’idea di una *fase di indagine, preliminare alla fase processuale vera e propria*.

C’è in tutto ciò una certa somiglianza con la struttura del procedimento penale. Le differenze con quest’ultimo procedimento però saltano agli occhi. Nel nostro caso, infatti, l’indagine non è svolta da organi giurisdizionali e non è disciplinata secondo le garanzie di difesa di cui al c.p.p.; è svolta da organi amministrativi ed è disciplinata con garanzie molto minori. La fase processuale inoltre non è instaurata sulla base di una decisione dell’organo “*inquirente*” ma, a seconda dei casi, o dal lavoratore o dal datore di lavoro.

Più precisamente, il lavoratore avrà interesse ad attendere l’esito della fase d’indagine ispettiva per potersi poi avvalere in giudizio della produzione della relativa documentazione istruttoria: si pensi al caso di un lavoratore istante ex art. 11 del D. Lgs. n. 124/2004 per il pagamento delle retribuzioni dovute per le ore di lavoro straordinario, il quale avrà tutto l’interesse allo svolgimento delle indagini ispettive perché potrà poi produrre in giudizio i verbali dai quali si evinca la fondatezza delle sue pretese economiche.

Il datore di lavoro invece avrà l’ovvio interesse all’impugnazione del provvedimento con il quale gli sia stata irrogata una sanzione amministrativa o ordinata (ex art. 14 d. Lgs. 124/2004) una prestazione che lui ritiene non dovuta.

Ciò nonostante è indubbio che il processo, nella prospettiva delineata da questo assetto normativo, sia preceduto da una indagine.

C’è da chiedersi a questo punto soltanto una cosa: *l’indagine amministrativa e preliminare al processo può contribuire a ridurre i tempi dell’istruzione giudiziale?*

⁴¹⁸ Si sta facendo riferimento ai casi diversi da quelli, sopra indicati, nei quali l’interesse pubblico coincide perfettamente con la tutela specifica del lavoratore.

Per rispondere alla domanda è opportuno innanzitutto prendere le mosse da una prospettiva *de iure condito* ed esaminare quale sia il regime dell'efficacia probatoria dei verbali ispettivi contenenti le dichiarazioni delle parti o di terzi informati sui fatti e assumibili in giudizio come testimoni.

Orbene, a tal riguardo deve operarsi una distinzione tra elementi probatori "intrinseci" ed elementi probatori "estrinseci" del verbale ispettivo. I primi sono rappresentati dalla data, dalla sottoscrizione e dai fatti storici che l'ispettore affermi di aver compiuto direttamente od essere avvenuti in sua presenza, appresi senza alcun tipo di apprezzamento (ad es. descrizione di luoghi e del contenuto di documenti). I secondi, invece, sono rappresentati dal contenuto delle dichiarazioni rese dalle persone interrogate durante l'ispezione.

Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale⁴¹⁹, ed in ossequio agli artt. 2699 e 2700 c.c., i primi elementi sono dotati di efficacia probatoria piena ad assoluta, ovvero fanno piena prova fino a querela di falso: pertanto in tal caso può senz'altro affermarsi che l'indagine amministrativa abbia l'attitudine di ridurre il carico di lavoro dell'istruzione processuale.

Per quanto concerne i secondi, invece, esclusa – sempre in ossequio agli artt. 2699 e 2700 c.c. – l'efficacia di prova piena, parte della giurisprudenza ha affermato che detti documenti "*per la loro natura di atto pubblico, hanno un'attendibilità che può essere infirmata solo da una specifica prova contraria*"⁴²⁰; altro orientamento, in senso opposto, ha ritenuto che le dichiarazioni apprese da terzi non hanno alcun valore di prova precostituita neppure di presunzione semplice⁴²¹.

Su questa disputa è poi intervenuto il legislatore che con l'art. 10, comma 5, del D. Lgs. n. 124/2004 ha stabilito (con una formulazione non chiarissima) che "*i verbali di accertamento redatti dal personale ispettivo sono fonti di prova ai sensi della normativa vigente relativamente agli elementi di fatto acquisiti e documentati*"⁴²². Peraltro come è stato osservato⁴²³ questa norma non avrebbe introdotto alcuna novità in materia, confermando che gli elementi "estrinseci" dei verbali ispettivi non potrebbero invertire l'onere della prova.

Ciò detto, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sostiene che detti verbali costituiscano fonti di prova liberamente valutabili dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c.⁴²⁴ e suscettibili di acquistare efficacia probatoria equipollente alla prova testimoniale "costituenda" solo previa *conferma in giudizio* del loro contenuto da parte delle stesse persone le cui dichiarazioni sono state in essi documentate.

Orbene, stanti così le cose, vien da sé che si dovrebbe "spendere" un'udienza apposita solo per chiedere a tali soggetti: "*Corrisponde al vero quanto dichiarato agli ispettori in questo verbale?*".

Come noto, il giudice, a causa degli immancabili problemi di intasamento dei ruoli, fissa la prima udienza di prova a distanza di molti mesi dalla prima udienza di discussione: come si fa a spiegare allo sfortunato ricorrente che deve aspettare 4-5 mesi (se gli va bene) prima di far dichiarare in giudizio il fatidico "sì" al proprio testimone già sentito dagli ispettori?

Orbene, non ritengo che questo tipo di operazione debba per forza essere compiuta personalmente dal giudice assegnatario della causa; non credo neppure che servano particolari doti di scienza e prudenza giuridica per fare una domanda simile e verbalizzarne la risposta.

⁴¹⁹ Cass. SU. 25.11.1992 n.12545, in Foro It. Parte I, 2225, 1993; Cass., SU, 03.02.1996, n. 916, in Giust. civ., 1996, I, 3237 con nota di Scarlatelli.

⁴²⁰ Cass., SU, 03.02.1996, n. 916, cit.

⁴²¹ Cass. n. 3973/98, Cass. n. 6110/98, Cass. 17555/2002; in dottrina A. Vallebona, Verbali ispettivi ed oneri di allegazione e di prova della pretesa contributiva dell'ente previdenziale, in Inf. Prev. 2000, 1221, nonché Id. L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro, in Mass. Giur. lav. 2004, 646.

⁴²² Vedi sul punto A. Guadagnino, I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il decreto legislativo n.124/2004, in Lavoro e Previdenza Oggi, 2005, 1, 1 ss., il quale ritiene che alla luce di questa disposizione potrebbe attribuirsi ai verbali ispettivi un significato specifico ed in parte nuovo, con una finalità non meramente ricognitiva, ma anche di prova piena.

⁴²³ A. Vallebona, op. ult. cit., 646.

⁴²⁴ Ex pluribus Cass n. 3527/91; vedi però anche Cass. 3853/95; Cass.8323/2000.

Si tratta di adempimenti materiali ed elementari.

A questo punto il discorso deve necessariamente spostarsi su una prospettiva *de iure condendo*, prospettiva che – lo confesso – non è “comodissima” per la sua intrinseca natura ad esaminare norme che non esistono e per le quali si ha sempre la sensazione di dismettere i panni del giurista per indossare quelli del politico. Proverò lo stesso a proporre una mia soluzione.

L’obbiettivo che mi propongo è quello di valorizzare le risultanze della attività istruttoria ispettiva per ridurre i tempi della istruttoria processuale, limitando quest’ultima alle sole attività strettamente necessarie.

In primo luogo, per riprendere il discorso appena interrotto, in tutti i casi in cui sia semplicemente necessario citare in giudizio testimoni al solo fine di far confermare il contenuto delle dichiarazioni rese in sede di indagine ispettiva, non vedo ragioni plausibili per impedire che detta conferma sia resa davanti ad autorità diverse dal giudice titolare del procedimento. A tal riguardo il giudice, in prima udienza e dopo aver deciso quali prove ammettere, potrebbe delegare questa semplice attività alla stessa direzione provinciale del lavoro che ha effettuato l’indagine.

Questa soluzione, peraltro, non priverebbe le parti (e soprattutto il convenuto) della possibilità di riesaminare i testimoni su altri profili e su altri elementi di fatto diversi da quelli emergenti dai verbali, ma consentirebbe al giudice di verificare se in effetti l’ulteriore attività istruttoria richiesta *sia o meno necessaria*. Ovviamente, qualora siano citati testimoni diversi dalle persone assunte a verbale durante le indagini ispettive, rimarrebbe salva l’ordinaria disciplina processuale in materia di ammissione ed assunzione delle prove.

In forza di ciò, si determinerebbe un regime diverso per i *testi già sentiti* durante l’ispezione e per i *testi non sentiti*. Mentre per i secondi continuerebbero a valere le regole attuali, per i primi la loro escussione giudiziale sarebbe limitata ai soli casi in cui il giudice ritenesse effettivamente rilevanti, non superflui, non generici e soprattutto non meramente dilatori i capi di prova dedotti dalla parte che ne domandi il riesame, nonché ai casi in cui lo stesso giudice ex art. 421 c.p.c. ritenesse necessaria una integrazione istruttoria, ad es. per chiedere chiarimenti sulle deposizioni date.

In questo modo, *tutti quei procedimenti che potessero essere definiti agevolmente sulla base dei soli verbali ispettivi sarebbero suscettibili di essere “spediti a sentenza” in termini ragionevoli, subito dopo la conferma dei verbali davanti alla d.p.l. appositamente delegata dal giudice.*

Questa soluzione sarebbe già un passo in avanti, ma – comunque – non sarebbe assolutamente sufficiente alla risoluzione del problema trattato.

Potrebbe infatti rivelarsi utile per le cause aventi ad oggetto crediti di lavoro, ma non per i casi in cui la violazione lamentata dal ricorrente avesse ad oggetto l’esercizio illegittimo del potere datoriale, casi che, come si è esposto nei paragrafi precedenti, corrispondono all’area degli obblighi datoriali infungibili e della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e che oltretutto prevedono l’onere della prova a carico del datore di lavoro.

Il riferimento è in particolare ai casi quali il licenziamento illegittimo, il demansionamento, la privazione di mansioni e il trasferimento illegittimo del dipendente.

Orbene in tali ipotesi la prima difficoltà (di prevedere una indagine amministrativa preliminare al processo e che possa contribuire a ridurre gli incumbenti istruttori giudiziali) è quella di ammettere una volta per tutte ed in modo inequivocabile *la competenza in materia da parte del personale ispettivo*.

Si è già osservato che l’art. 7, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 124/2004 attribuisce al personale ispettivo il potere di “*vigilanza sull’esecuzione di tutte le leggi in materia di (...) tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale ovunque sia prestata attività di lavoro a prescindere dallo schema contrattuale, tipico o atipico, di volta in volta utilizzato*”.

Tuttavia nella prassi c’è una certa resistenza alla esecuzione di indagini volte a verificare ad es. la fondatezza dei presupposti di legittimità del licenziamento, o la liceità della variazione delle mansioni e così via.

Questa situazione, a mio avviso, è causata non tanto dalla scarsa volontà degli stessi ispettori di intervenire in queste materie, ma da un certo conservatorismo del ceto forense e delle stesse organizzazioni sindacali, i quali fino ad oggi non hanno dimostrato di aver colto le novità implicate da questa disposizione, né sembra abbiano compreso appieno le possibilità offerte dall'ausilio istruttorio pre-processuale dei servizi ispettivi.

Così non pare che abbiano colto i possibili risvolti dell'utilizzazione nel processo, ad es. in materia di licenziamento, dei verbali di accertamento ispettivo e di quelli – eventualmente – contenenti le dichiarazioni rese dallo stesso datore di lavoro.

A ben vedere, infatti, l'ispettore, ad es. in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per "crisi economica", potrebbe anzitutto verificare dai libri contabili obbligatori se effettivamente l'azienda abbia registrato un risultato negativo di gestione e l'entità e la durata di quest'ultimo, potrebbe poi appurare di persona l'eventuale assunzione "in nero" di un altro lavoratore in sostituzione di quello licenziato; nei casi di licenziamento "per colpa" potrebbe poi interrogare gli stessi dipendenti e così via. Non secondaria è poi la possibilità dell'ispettore di verbalizzare le eventuali dichiarazioni rese dallo stesso datore di lavoro, le quali, pur non potendosi qualificare come confessione stragiudiziale⁴²⁵, potrebbero pur sempre essere utilizzate in giudizio come elemento di prova liberamente apprezzabile dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. .

In ogni caso, per risolvere questa sorta di resistenza nello sfruttare l'indagine ispettiva anche nelle fattispecie in commento, sarebbe opportuno l'intervento del legislatore che statuisse in modo chiaro che *il personale ispettivo abbia la potestà di svolgere attività di vigilanza (anche) con specifico riferimento alla materia dei licenziamenti, della disciplina delle mansioni e del trasferimento illegittimo.*

Dando per realizzato questo, il successivo passo da compiersi sarebbe invero quello più importante: *l'introduzione di un regime generalizzato "a doppio binario".*

Orbene, nelle fattispecie succitate il lavoratore ha di norma la possibilità di agire in giudizio o in via ordinaria o in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. . Il ricorso d'urgenza accorcerebbe i tempi processuali, ma – giusta la sommarietà del rito – aumenterebbe il rischio di soccombenza. Il rito ordinario d'altro canto sconta i noti problemi di eccessiva durata.

Ciò detto, l'idea che in questa sede si propone è attribuire legislativamente al personale ispettivo delle direzioni provinciali del lavoro un potere di svolgere, su istanza e su tutte le materie del diritto del lavoro, un'istruttoria preliminare al processo, diversa dalla ordinaria "indagine" ispettiva attuata in modo inquisitorio, ma atta a consentire sia l'accertamento diretto dei fatti da parte dell'ispettore e sia il diritto delle parti, con l'assistenza dei relativi difensori, di partecipare direttamente agli accertamenti, esercitando già in questa sede il loro diritto al contraddittorio, e di chiedere ed ottenere l'assunzione degli altri "mezzi di prova" da essi indicati, quali l'esame di persone diverse da quelle interrogate dall'ispettore o la produzione di determinati documenti.

In questa sede, l'esame delle persone informate sui fatti dovrà essere condotto non in base allo schema processuale ordinario della previa articolazione specifica dei capi di prova, ma in modo "libero", dando cioè all'ispettore e alle parti la facoltà di fare domande e chiedere chiarimenti su tutti gli aspetti che essi reputino rilevanti, con il solo limite (per le parti ed in specie per il datore di lavoro) di porre in essere condotte chiaramente dilatorie o ostruzionistiche e di sottoporre domande che non abbiano attinenza alcuna con l'oggetto dell'accertamento. La disciplina dell'interrogatorio sarà ovviamente affidata all'ispettore, il quale determinerà l'ordine degli esami e non verbalizzerà domande e risposte non aventi alcuna attinenza con l'oggetto dell'istruttoria e le eventuali domande e risposte ripetitive.

⁴²⁵ Cass.11.04.84 n. 2335: *"la dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli che un imprenditore rende ad un ente previdenziale o ad un ispettore del lavoro esercitante compiti di polizia amministrativa o giudiziaria non costituiscono confessione stragiudiziale, con piena efficacia probatoria nei rapporti con i dipendenti dell'imprenditore medesimo, sia perché il destinatario delle dichiarazioni agisce quale organo della p.a. e quindi non in rappresentanza di interessi privati, sia perché lo specifico scopo delle dichiarazioni rese esclude la configurabilità dell'animus confitendi"*

In questo ambito, inoltre, dovrà restare fermo il dovere dell'ispettore, prima di iniziare l'esame, di avvertire le persone interrogate delle sanzioni penali in caso di rifiuto di farsi identificare (art. 651 c.p.), di rifiuto di farsi interrogare o di effettuazione di dichiarazioni scientemente false o incomplete (a seconda dei casi: artt. 4, comma 7, della Legge 22 luglio 1961, n. 628, artt. 495-496 c.p.).

Ebbene, le risultanze di questa istruttoria, oltre che costituire fondamento per un eventuale provvedimento amministrativo di carattere sanzionatorio (e per il quale varrà l'ordinario regime di impugnazione giudiziale e amministrativa), dovrà essere messo a disposizione delle parti non appena l'istruttoria stessa sarà dichiarata chiusa.

A questo punto dovrà valere la regola, già sopra proposta, per cui i verbali *de quibus* potranno avere nel processo efficacia probatoria piena quanto ai loro elementi "*intrinseci*", mentre per gli elementi "*estrinseci*" tale efficacia potrà essere acquisita solo previa "conferma" davanti alla d.p.l. appositamente delegata per incombenza dal giudice. Conferma che potrebbe anche non essere necessaria in tutti i casi di non contestazione della veridicità del contenuto delle dichiarazioni verbalizzate, che renderebbe i fatti non controversi e dunque non bisognosi di prova, in ossequio al principio di non contestazione di cui alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 giugno 2004, n. 11353⁴²⁶

In giudizio, peraltro, resterà ferma l'ordinaria disciplina circa la deduzione, l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova.

Il vantaggio, però, sarà che il giudice limiterà i mezzi di prova solo a quelli ritenuti rilevanti e non superflui rispetto a quanto emergente dalla documentazione istruttoria ispettiva.

L'istruttoria processuale in tal modo acquisirà un connotato di necessità, di non irrilevanza, mentre nel regime vigente essa spesso costituisce un'inutile e dispendiosa ripetizione degli stessi accertamenti ispettivi.

Oggi, infatti, avviene che tutto il lavoro svolto dagli ispettori sia sostanzialmente ritenuto poco affidabile, per cui si sente l'opportunità di ripetere dall'inizio tutta l'istruttoria. In parte, questa situazione è comprensibile, per il carattere inquisitorio dell'ispezione che non consente l'esercizio del pieno diritto al contraddittorio da parte del datore di lavoro: proprio in ragione di ciò si è proposto di riconoscere a quest'ultimo il diritto di partecipare agli interrogatori, assistito dal proprio difensore, e di proporre anch'esso e direttamente i propri mezzi di prova, ciò che risulterebbe di fondamentale importanza soprattutto nei casi (come nel licenziamento) in cui l'onere della prova (nel processo) sia a suo carico.

In quest'ottica si utilizzerebbe un soggetto, l'ispettore del lavoro, dotato di una competenza specifica nella materia del diritto del lavoro, terzo ed imparziale, e che oltretutto (a differenza del giudice) avrebbe la possibilità di intervenire tempestivamente, anche accedendo ai locali dell'azienda, a tutto beneficio del maggiore approfondimento dei fatti e della maggiore "attendibilità" delle risultanze istruttorie.

Certo, a tutto ciò potrebbe facilmente obiettarsi che, sovraccaricando il personale ispettivo anche di queste incombenze, non si risolverebbero i problemi, perché anche in questo ambito si registra una cronica mancanza di personale e di mezzi, per cui come sarebbero lunghi i tempi dell'istruttoria processuale sarebbero lunghi anche i tempi dell'istruttoria ispettiva.

Ma questo sarebbe un falso problema, perché non si vorrebbe imporre all'ispettore di effettuare "due ispezioni al posto di una", ma gli si chiederebbe soltanto di svolgere una sola indagine amministrativa secondo maggiori garanzie di difesa e di contraddittorio.

In altri termini, non si raddoppierebbero le ispezioni per ogni singola richiesta di intervento, ma si sfrutterebbe meglio una attività già prevista e programmata.

In una simile prospettiva, l'ispettore del lavoro sarebbe maggiormente responsabilizzato al fine di contribuire alla più celere definizione del processo e conseguentemente al fine della maggiore effettività della tutela stessa del lavoratore.

⁴²⁶ Foro It, 2005, 1, 1135 nota di Fabiani.

Un altro vantaggio (non meno importante del primo) è che attraverso questo sistema sarà possibile ridurre i tempi intercorrenti tra il compimento del fatto e il suo accertamento istruttorio, in modo tale da evitare anche i rischi di emersione di una verità processuale diversa da quella reale.

Insomma, questa soluzione non solo contribuirebbe a ridurre i tempi del processo, ma agevolerebbe il giudice anche nella adozione di una decisione che rispecchi la verità dei fatti.

Orbene, a fronte di questa prospettiva, il lavoratore potrebbe scegliere se usufruire della sola classica istruttoria processuale o attivare l'istruttoria ispettiva pre-processuale.

Ciò determinerebbe la generalizzazione, per tutta l'area del diritto del lavoro, di un "doppio binario", senza peraltro impoverire i poteri istruttori del giudice né comprimere il diritto di difesa delle parti.

Nel binario della tutela amministrativa, inoltre, quest'ultima diverrebbe tutela non solo "sanzionatoria" ma anche "accertativa".

Infatti, accanto alle ipotesi in cui la tutela amministrativa si traducesse in provvedimenti che hanno l'attitudine a procurare la soddisfazione del diritto soggettivo leso (come in materia di salute e sicurezza sul lavoro) si configurerebbero le ipotesi in cui essa si limiterebbe ad un mero "accertamento dei fatti" prodromico al processo.

Lo scopo del tutto sarebbe, come detto, depurare l'istruttoria processuale da tutti gli incumbenti inutili, funzionali solo a perdere tempo, per conformare la stessa in chiave di necessità.

Certo, si potrebbe dire che sottraendo al processo il momento della "conferma", resa sotto giuramento, del verbale ispettivo, si priverebbe il giudice (e con esso le stesse parti processuali) di approfondire i fatti esposti in sede di interrogatorio, di chiedere chiarimenti e di sottoporre nuove domande.

Anche questa però sarebbe una obiezione non condivisibile.

Innanzitutto perché rimarrebbe salva la possibilità delle parti di citare in giudizio come testimoni le stesse persone sentite in sede ispettiva, come resterebbe salvo il potere del giudice di disporre ex art. 421 c.p.c. un nuovo esame di tali soggetti.

In secondo luogo perché, in verità, in queste udienze quello che si fa è ripetere le stesse domande già fatte dagli ispettori, sottoporre chiarimenti del tutto inutili e finalizzati solo a far cadere in contraddizione il testimone. Il "riesame" del teste inoltre è spesso determinato più dall'occasione che dalla necessità (come a dire: "visto che è qui lo reinterrogiamo").

Non v'è chi non veda che la "crisi del processo" debba innanzitutto eliminare le attività inutili come queste.

La proposta qui formulata, intende, realizzare una sorta di filtro contro le richieste istruttorie inutili, mettendo il giudice nella condizione di selezionare solo i mezzi di prova realmente necessari per accertare o approfondire aspetti per i quali non ritenga l'accertamento ispettivo sufficiente.

In caso ad es. di licenziamento "per colpa" se il datore di lavoro deducesse nella propria memoria difensiva capi di prova aventi ad oggetto domande sulle quali il testimone avesse già esaurientemente risposto in sede ispettiva, non si vedrebbe ragione per ripetere in giudizio la stessa identica domanda qualora il teste "confermasse" davanti alla d.p.l. (delegata dal giudice) le dichiarazioni precedentemente rese. Il giudice, pertanto, dovrebbe limitarsi ad ammettere solo i capi di prova che presentassero una qualche novità rispetto a quanto risultante dal verbale.

Ebbene, sono queste le soluzioni che, a mio avviso, potrebbero avere una qualche attitudine a ridurre i tempi del processo.

Credo peraltro che l'ordinamento già in parte si muova in questa direzione: lo si evince dalle numerose materie nelle quali alla tutela giurisdizionale si sovrappone quella amministrativa.

Questa linea evolutiva a mio parere meriterebbe una compiuta realizzazione mediante l'istituzionalizzazione di una fase di indagine (amministrativa) preliminare alla fase processuale vera e propria, finalizzata a limitare l'istruttoria processuale alle sole incombenze realmente necessarie ed utili.

L'ordinamento giuridico, in altri termini, già contempla (anche se in modo vago e disorganico) l'idea di "*procedimento del lavoro*" che unisca il binario della fase amministrativa a quello della fase giurisdizionale.

Occorre dunque dare organicità a questa tendenza, per ricondurla entro schemi normativi generali e non settoriali.

Il nuovo "*procedimento del lavoro*" dovrà servire a semplificare, da un lato, e rendere più celere, dall'altro, l'esercizio dei rimedi previsti dalla legge a protezione dei diritti dei lavoratori, per favorire, in ultima istanza, l'attuazione del generale principio di effettività delle tutele.

Parte Prima

Attuazione e Riparazione del Diritto Violato

1.	Tutela civilistica e processuale dei diritti: la protezione del diritto e la salvaguardia delle libertà inviolabili del debitore»	6
2.	Posizione, interessi e libertà delle parti nel rapporto di lavoro»	19
3.	La tutela sostanziale e quella processuale; la tutela cognitiva e quella esecutiva. La misura della effettività con riguardo alle tutele del lavoro»	22
4.	L'area della satisfattività: i diritti di natura patrimoniale. Le due facce dell'ineffettività: l'ineffettività del rimedio e l'ineffettività del processo»	24
5.	I diritti di natura non patrimoniale: individuazione delle aree di rilevanza del problema»	25
6.	Le tecniche di tutela del diritto del lavoro: la loro struttura combinatoria; l'esperibilità di rimedi comuni e di rimedi speciali; la conciliazione monocratica ex art. 11 d. Lgs. 124/2004 e il potere di disposizione ex art. 14 D. Lgs. 124/2004»	26
6.1	<i>L'esperibilità dei rimedi di diritto comune e di rimedi speciali</i>»	29
6.2	<i>La coercizione indiretta insita nella conciliazione monocratica</i>»	37
6.2.1	<i>(Segue): spunti de iure condendo per una valorizzazione della conciliazione monocratica</i>»	39
6.3	<i>La coercizione indiretta insita nel potere di disposizione ex art. 14 del D. Lgs. 124/2004</i>»	40
6.3.1	<i>(Segue): spunti de iure condendo per una valorizzazione del potere di disposizione</i>»	42
6.4	<i>Il doppio binario nelle tutele del lavoro (cenni)</i>»	42

Parte Seconda

I Rimedi Sostanziali e Processuali del Diritto del Lavoro

1.	La tutela contro il licenziamento illegittimo»	44
1.1	<i>L'esperibilità dei rimedi di diritto comune e di rimedi speciali La distribuzione della tutela specifica nei diversi regimi: il bilanciamento tra il principio di effettività e principio di libertà di autonomia negoziale e organizzativa</i>»	44
1.2	<i>L'effettività nell'area della c.d. "tutela obbligatoria"</i>»	47
1.2.1	<i>(Segue): la questione della risarcibilità dei danni ulteriori nell'ambito della tutela obbligatoria</i>»	48
1.3	<i>L'effettività nella c.d. area della "tutela reale": il problema della reintegrazione in un ambiente ostile</i>»	51
1.3.1	<i>(Segue): l'incoercibilità dell'obbligo alla reintegrazione</i>»	54

1.4	<i>L'unica via d'uscita: "liberare il comma 4 dalle sabbie mobili del comma 5", spunti in prospettiva de iure condendo</i>»	57
2.	L'area dell'amministrazione del rapporto di lavoro la tutela delle mansioni e contro il trasferimento illegittimo; la funzione compulsoria del "danno professionale"»	58
2.1.	(Segue) <i>La tutela contro il distacco illecito</i>»	66
3.	(Segue): la tutela della salute e sicurezza del lavoratore»	66
4.	(Segue): la tutela in forma specifica del diritto alle ferie annuali»	75
5.	(Segue): le violazioni in materia di cassa integrazione guadagni; l'esclusione giurisprudenziale della tutela specifica: rilievi e spunti critici»	79
6.	L'utilizzabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. a fronte della violazione del diritto di precedenza nelle assunzioni»	81
6.1	(Segue): <i>... e dell'obbligo di assunzione in materia di collocamento obbligatorio</i>»	85
7.	L'area della tutela sindacale: l'effettività apprestata dal procedimento per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav.»	88
8.	L'area della tutela contro le discriminazioni»	93
9.	Il problema dell'eccessiva durata del processo del lavoro: le prospettive di riforma»	99
9.1.	Il " <i>polo dell'accesso al processo</i> ": a) la rivisitazione del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione»	101
a).1	(Segue): <i>considerazioni critiche</i>»	103
b)	Incentivazione del procedimento arbitrale»	103
c)	Termini decadenziali per l'introduzione della causa»	105
9.2.	Il " <i>polo della decisione</i> ": a) – Previsione di procedimenti sommari e d'urgenza»	105
a).1	(Segue): <i>rilievi e spunti critici</i>»	107
b)	Le "clausole generali"»	108
b).1.	(Segue): <i>rilievi e spunti critici</i>»	108
c)	La previsione dell'astreinte»	110
c).1.	(Segue): <i>rilievi e spunti critici</i>»	111
9.3	L'attuale progetto di riforma del processo del lavoro: il d.d.l. n. 1167 del 2008»	113
9.3.1.	(Segue): <i>rilievi e spunti critici</i>»	114
10.	Una proposta alternativa: la valorizzazione delle funzioni degli ispettori del lavoro e la generalizzazione del regime "a doppio binario" giudiziale/amministrativo»	117

BIBLIOGRAFIA

- Aa. Vv., Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice, atti del XXII convegno nazionale, Giuffrè, Milano, 2001.
- AA. VV., Nuove dimensioni nei diritti di libertà (scritti in onore di Pado Barile), Cedam, Padova, 1990
- Aa. Vv., Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico, atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Teramo-Silvi Marina, 2004
- Aa. Vv., Il nuovo diritto antidiscriminatorio, in DLRI, m. 99-100, 2003
- Aa. Vv., Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro
- Albi P., Il diritto alla integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore, in Aa. Vv., Tutela in forma specifica., 2004, pag. 283 ss.
- Albi P., Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, in LD, 2003, 4, 675
- Alessandri A. Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p., in RIDPP, 1981, 162 ss
- Alessi C., La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 68/2008, pag. 17, nota 50
- Alleva P. G., Presentazione, in Riv. Giur. Lav., 2007, I, 3 ss
- Alleva P., Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative, 2008, in www.cgil.it
- ANM Comunicato, La Riforma del processo del lavoro nel d.d.l. 1167, in www.associazionemagistrati.it
- Antolisei F., Manuale di diritto penale. Parte speciale II, Giuffrè, Milano, 1986, 958, sub nota 160
- Amoroso G., V. Di Cerbo, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti, Giuffrè, Milano, 1997, 1024
- Amoroso, Ambiente e sicurezza del lavoro, Milano, 1978, pag. 58, nota 18
- Alleva P., Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative, 2008, in www.cgil.it
- Balena, Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso, in Giorn., dir. lav. e rel. Ind., 1995, 421 ss.
- Ballestrero M. V., I licenziamenti, Milano, 1975, 103 ss.
- Ballestrero M. V., Della tutela della parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne, Bologna, 1979
- Ballestrero M. V., Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167, in Lav. Dir., anno XXIII, n. 1, inverno 2009, 3 ss.
- Belsito A., Poteri istruttori del Giudice del Lavoro: abusive limiti, in "Quale riforma del processo del lavoro? Parte III", in www.fmb.unimo.it, 3 ss.
- Barbera M. (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, il quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007

- Bettini, Ancora sulla tutela della salute nei luoghi di lavoro, in *Dir. Lav.*, 1978, II, 165
- Biagi M. e M. Tiraboschi, Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori, 1997, *QDLRI*, 1991, 21, 350 ss.
- Bianchi D'Urso, Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali, *MGL*, 1991, pag. 344
- Bianchi D'Urso, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 195
- Borghesi Domenico, Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater in *Lav. Dir.*, anno XXIII, n. 1, inverno 2009 13 ss.
- Brattoli, il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e i diritti del lavoratore, in *Aa. Vv. Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989, 1989, 347
- Brollo M., La mobilità interna del lavoratore, Mutamento di mansioni e trasferimento, in *Commentario al codice civile diretto da Schlesinger P., Giuffrè*, Milano, 1997
- Brollo M., Le modificazioni oggettive: il mutamento delle mansioni, in *Cester C: (a cura di) Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, II, 1998, 1113
- Brollo M., Il lavoro a tempo parziale tra flessibilità e sicurezza, in (a cura di) Franco Carinci, Michele Miscione, *Il collegato lavoro 2008*, Ipsoa, 2008, in Pag. 303
- Busnelli F. D., Verso una riscoperta delle "pene private"?, in *Resp. civ. e prev.*, 1984
- Cannati Giuseppe, L'applicabilità dell'art. 388 c.p. in funzione compulsiva dell'adempimento degli obblighi datoriali. Incertezze nella norma ed incoerenze del sistema, in *Aa. Vv. La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 255 ss.
- Camoglio L. P., I modelli di garanzia costituzionale del processo, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1991, 675
- Carabelli U., Organizzazione del lavoro e professionalità, una riflessione su contratto di lavoro e posto taylorismo, in *DLRI*, 2008, 13
- Caretti P., i diritti fondamentali, libertà e diritti sociali, Giappichelli, Torino, 2002; sempre Proto Pisani, in termini analoghi
- Carinci, Statuto dei lavoratori e piccola impresa, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, 485
- Carlassare (A cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*. Cedam, Padova, 1988
- Castronovo C., Il risarcimento in forma specifica come tecnica di attuazione dei diritti, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovenne, 1989, 488 ss
- Cendon P., Le misure compulsorie a carattere pecuniario, in *Processo.. cit.*, pagg. 293 ss.
- Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980
- Chiarloni S., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo ... cit.*, pagg. 183 ss.
- Chiarloni S., Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti, da *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 1989b

- Chiovenda Giuseppe, Istituzioni di diritto processuale civile, Roma, 1935, 12.
- Cian G., Riflessioni sul tema del risarcimento in forma specifica, in Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Milano, 1998, 753
- Cicchitti V., Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro, in RDP, 1996, 1187
- Cinelli M., Diritto della previdenza sociale, Giuffrè, Milano, 1994 pagg. 215-217
- Consolo C., Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio di impugnazione del licenziamento, in RTDPC, 1991, 569 ss.
- Crippa M., La riforma del processo: obiettivi simili, ideologie antitetiche, 15 ss.
- Culotta, Profili ricostruttivi del reato previsto dall'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto ad ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore, in RGLm 1983, IV, 46 ss.
- D'Adda, Il risarcimento il forma specifica, Padova, 2002
- Dal Punta R., L'abuso del diritto del lavoro, in Dir. Priv., 1997, 404
- D'Antona, La reintegrazione e il risarcimento del danno, in Opere, Torino, 2000, 332
- D'Antona M., Tutela reale del posto di lavoro, in EGT, XXXI, Istituto Poligrafico e Zœca dello Stato, Roma, 1994, 8
- D'Antona, Legge 11 maggio 1990, n. 108. Disciplina dei licenziamenti individuali, a cura di De Luca Tamajo-D'Antona, NLC, 1991, 163
- De Angelis L., Considerazioni sul al lavoro e sulla sua tutela, in Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 1973, I, 223 ss.
- De Angelis, Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici, in RIDL, 1992, I, 457 ss.
- De Angelis L., Crisi e riforma del processo del lavoro, in RIDL, 2003, 3, 326
- De Angelis L., Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie , in Riv. It. Dir. Lav., 1994, I, pagg. 340 ss
- De Angelis L., Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 59/2007, in www.lex.unict.it/eurolabor
- Dell'Olio M, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in DLRI, 1987, 434
- De Margheriti M. L., Obbligo e diritto d lavorare quale strumento di tutela della professionalità, in Riv. Giur. Dir. lav. e prev. Soc., 2006, n. 2, pagg. 369
- Dini E., A. e Mammone G., I provvedimenti d'urgenza, Giuffrè, 1997
- Di Majo Adolfo, Forme e tecniche di tutela, Processo e tecniche di attuazione de diritti, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989, pagg. 11 ss
- Di Majo Adolfo La tutela civile dei diritti, milano 1987

- Di Majo Adolfo Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo, in Mazzamuto (a cura di), *Il Contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, 2002
- Di Majo A., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1989, 371.
Di Majo A., *Forme e tecniche di tutela*, in Foro it., 1989, V
- Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, 1993, p. 265 ss.
- Di Majo A., *Obbligo a contrarre*, in EGT, XXI, Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, 1990, 518
- Dondi A., *L'astreinte endoprocessuale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, specie 524 ss.
- Enrico C., *Il processo del lavoro e il "giusto processo"*, 368 ss
- Emiliani S. P., *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, in (a cura di) M. Persiani, *La nuova disciplina del Welfare*, Cedam, 2008, pagg. 118-119
- Fallace S., *L'evoluzione dell'orario di lavoro tra riduzioni e flessibilità: dal 1850 ai giorni nostri fra leggi, regolamenti e accordi*, Clueb, 2002, pag. 108
- Fanelli, *Orientamenti giurisprudenziali e nuova disciplina*, in FI, 1990. I, 381; pag. 383
- Ferraro G., *Il contratto a tempo determinato*, in (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro, *Lavoro, competitività, welfare – Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, pag. 97 ss
- Ferraro, *I licenziamenti individuali*, *Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990, 54
- Ferroni L., *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in Aa. Vv., *processo, cit.*, 245 ss.
- Fezzi M., *Le proposte di riforma del processo del lavoro*, in www.dlonline.it
- Fiandaca – Musco, *Diritto Penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1999, 29 ss.
- Fiandaca, *intervento*, in *Processo .. cit.*, pag. 1279
- Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, 1963
- Fornaciari M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2002, 103 ss.
- Franco M., *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Angeli, 1995, 345 ss., Franzoni F., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scaloja-Branca*, 1993, 1099 ss.
- Franzoni M., *La liquidazione del danno alla persona*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1990, 274
- Franzoni M., *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scaloja-Branca*, Bologna, 2004, 681
- Frediani F., *Note sull'effettività delle reintegre nel posto di lavoro*, in RGL 1978, I, 109
- Freni – Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, 43
- Frignani A., *Il mondo dell'astreinte: sviluppi e tecniche recenti e prospettive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovenne, Napoli, 1989, 359 ss

Frignani A., Le Penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese, Riv. Giur. Civ., 1981, I, 506

Frignani A., Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive, in Aa. Vv. Processo...cit

Garilli A., Evoluzione del diritto del lavoro e tecniche di tutela, in Processo e tecniche .. cit., 1170 ss.

Garofalo, D., Disabili e lavoro, profilo soggettivo, in DPL, inserto 1999, n. 27, Id. Disabili e lavoro, profilo oggettivo e sanzioni, in DPL, inserto 1999, n. 38

Garofalo M.G., Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto deilavoratori, in RTDPC, 1975, 574

Garofalo, Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore, Napoli, 1979, 88 e 119 ss.

Ghera E., Le Sanzioni Civili nella tutela del lavoro subordinato, in DLRI, 1979, 310

Ghera E., Esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Jovenne

Ghera E., Conclusioni, La tutela in forma specifica cit., 379 ss.

Ghera E., Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative, in DLRI, 1991, 638 ss.

Ghera E., Lo statuto dei lavoratori (1970-1990) a cura di Garilli e Mazza muto, Napoli, 1992., 320

Ghera E., Diritto del lavoro, Cacucci, Bari, 2002, 211

Ghezzi G., La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Milano, 1965

Ghezzi G., Sul rapporto tra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (a proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di riassunzione), in Irv, It. Dir. Lav., 1968, I, 255

Ghezzi, sub art. 9, in Ghezzi-Mancini-Montuschi-Romagnoli, Statuto dei diritti dei lavoratori, in Commentario del codice civile, a cura di Scaloja Branca, 2° ed., Bologna-Roma, 1979-1981, 158

Giannini M.S., Rilevanza costituzionale del lavoro, in Riv. giur. Lav., 1948, 7

Giammaria F., Osservazioni in tema di danno da dequalificazione, in GI, 1997, I, 926

Giugni, Diritto sindacale, Bari, 1994, 116

Giugni, Introduzione allo studio della autonomia collettiva, Milano, 1960

Giugni G., Fondata sul lavoro ?, Bologna, 1996

Grandi M., Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro, in Arg. dir. lav., 1999

Grandi M., Rapporto di lavoro, in ED, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 337-228

Grandi M., L'attività sindacale nell'impresa, Milano, Angeli, 1976, 150-151

Grasso E., Una tutela giurisdizionale per l'ambiente, in Riv. Dir. e proc. civ., 1987, 525

- Guarriello F., Il ruolo delle istituzioni e della società civile, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007, 471
- Guadagnino A., I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il decreto legislativo n.124/2004, in Lavoro e Previdenza Oggi, 2005, 1, 1 ss.
- Ichino –Rucci, vice Ferie, Digesto disc. Priv. – sez. comm., vol. IV, Torino, 1991, 70 ss.
- Iorio M. R., Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo 398 ss.
- Izzi, Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1994, 517 ss.
- Lai M., La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva, Giappichelli, Torino, 2002
- Lancellotti, voce Sentenza civile, in Noviss. Dig. It., XIV, Torino, 1069, 1143 ss.
- Lanfranchi L., Situazioni giuridiche individuali e rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore, in RGL, 1977, I, 385 ss.
- Lanotte Massimo, L'attività di vigilanza e i poteri di sospensione della attività imprenditoriale, in (a cura di) Basenghi F. – Golzio L. E. – Zini A., La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda, Wolters Kluwer Italia, 2008, pagg. 124 ss.
- Liso V., La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Angeli, Milano, 1982, 34 ss.
- Loy G., La professionalità, (a cura di M. Napoli), Ed. Vita e Pensiero, 2004, 49
- Loy G. (a cura di), La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato, Cedam, Padova, 2000
- Luminoso A., sub art. 1453, Della risoluzione per inadempimento, Commentario del codice civile, diretto da Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1990
- Magnani M., Quale riforma del processo del lavoro, in Dir. Rel. Ind., 2007, n. 2, 349 ss
- Magnani M., I criteri per la rotazione e le sanzioni applicabili, in DPL, 1992, 190
- Magrini S., voce Lavoro (contratto individuale) in Ed, Vd XXIII, 1973, 384 sub nota 79
- Malanetto P., Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino, 383 ss
- Mancini F., sub art. 18, in Romagnoli-Muntuschi-Ghezzi-Mancini, Statuto dei diritti dei lavoratori, in Commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca,, Bologna-Roma, 1972, 302
- Mancini F., Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, 1957, Milano, Vol I
- Mandrioli C., L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, in RTDPC, 1975, 9
- Mandrioli C., Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, in RTDPC, 1976, 1342
- Mandrioli V., Manuale di procedura civile, Napoli, 1979
- Marche M., Commento al disegno di Legge Salvi-Treu, in www.fmb.unimo.it

- Marche M., Commento al disegno di legge n. 1163/2006 a firma Sacconi, Quagliariello, Centaro, Morra, Gentile, Piccone e Novi, in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte III”, in www.fmb.unimo.it, 14 ss.
- Maresca A., Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell’impresa, in Cinelli M., Sandulli P. (a cura di), Diritto del lavoro dei disabili, Commentario alla L. n. 68 del 1999, Giappichelli, Torino, 2000, 27
- Marinelli M., Contratto a termine e cause di giustificazione, in A. Garilli, M. Napoli, (a cura di) Il lavoro a termine in Italia e in Europa, Torino, Giappichelli, 2003, 162 ss.
- Marongiu N., La trasformazione del lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, Riv. Giur. Dir. Lav. Prev. Soc., 2006, 2, 433 ss
- Massi E., La conciliazione monocratica, in La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale, in Monticelli C. L.e M. Tiraboschi (a cura di), cit., Milano, 2004, 195
- Mattarolo M. G., Commento a Sent. Corte di Giustizia Ce, 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, Gerhard Schultz-Hoff (C-350/06), v. Deutsche Rentenversicherung Bund, e Stringer e altri (C-520/06) v. Her Majesty’s Revenue and Customs, in Lag. Giur., 2009/5, 471 ss.
- Matteini P., La conciliazione e l’arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il D. Lgs. n. 80/1998: è stata proprio un fallimento ?, in LD, 2002, 657 ss.
- Mazzamuto Salvatore, La prospettiva civilistica, in Tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 2004
- Mazzamuto Salvatore Problemi e Momenti dell’esecuzione in forma specifica, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989
- Mazzamuto Salvatore L’attuazione degli obblighi di fare, Jovenne, 1978 e L’esecuzione degli obblighi di fare, in Rascigno (diretto da) Trattato di diritto privato, 20, Utet, 1998, pagg. 298 ss.
- Mazzamuto, L’Esecuzione forzata, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, 297
- Mazzamuto S., La tutela dei diritti nel rapporto di lavoro – La prospettiva civilistica, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Milano, 2004, 25 ss.
- Mazziotti F., I licenziamenti dopo la L. 11 maggio 1990 n. 108, Torino, 1991, 110 ss.
- Mazziotti F., i licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, in Giornale dir. lav. e rel ind., 1987, 491.
- Mazziotti F., Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno. In scritti in onore di Giuseppe Suppiej, 2005, Padova, 655
- Mazziotti, Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro, Jovenne, Napoli, 1992, pag. 121
- Mazzotta O., Diritto del lavoro, Giuffrè, 2005, 674
- Mazzotta O., I licenziamenti, Milano, 1999
- Menghini L., Il lavoro a tempo determinato, in (a cura di) Franco Carinci, Michele Miscione Il collegato lavoro 2008, Ipsoa, 2008, pag. 271
- Mengoni L., Intervento, ., Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 122
- Mengoni L., L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, in DLRI, 1990, 6, 5

Mengoni L., Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, Riv. Dir. comm., 1954, 368

Messineo D., La nuova conciliazione monocratica nella riorganizzazione dei servizi ispettivi, in Lav. Giur. 2005, 8, Pag. 721

Messinetti D., vice Oggetto dei diritti, Enc.Dir., Milano Giuffrè, pag. 822

Miani Canevari, Profili civilistici dell'obbligo di sicurezza nella giurisprudenza, DL, 1992, I, 498

Miscione M., Integrazione salariale e eccedenza di personale, GI, 1991, IV, 416

Monteleone, L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale ? Riv. Trim. Dir. e Proc Civ, 2001, 43

Montesano L., La tutela giurisdizionale dei diritti, Utet, Torino, 2004, 125

Montesano L., Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1995, 776 ss

Montesano L., Condanna civile e tutela giudiziaria, Napoli, 1965

Montesano L., voce Obbligo a contrarre, in ED, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979

Montesano L., voce Esecuzione specifica, in ED, Giuffrè, Milano 1966, 533

Montuschi L., I limiti legali nella conclusione del contratto, Giuffrè, Milano 1967

Montuschi, 1987, Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica, *RIDL*, 1987, I,12

Montuschi, Diritto alla salute e organizzazione del lavoro, Milano, 1986, 67..ss.

Montuschi, I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro, Milano, 1967

Mortati C., Il lavoro nella costituzione, in Dir. lav., 1954, I, 153

Muratorio A., Lo stato della giustizia all'inaugurazione dell'anno giudiziario, Lav. Giur., 2009/3, 235 ss.

Napoli M., La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 2004

Napoli M., voce Licenziamenti, in Digesto disc, priv. sez. comm., Torino, 1993, 64 ss.

Napoli M., La stabilità reale del rapporto di lavoro, Angeli, Milano, 1980

Napoli M., Elogio della stabilità, in QDLRI, n. 26, 2002b

Napoli M., Il contratto di formazione e lavoro, in NLCC, 1986, 835

Napoli M., Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative, Riv. Giur. Lav. e della Prev. Soc., 1997, I, 266

Napoli M., La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991, a cura di Carinci, 1991, I, 139.

Napoli M., Contratto e rapporto di lavoro oggi, in Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995

Napoli M., Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme, Relazione tenuta nelle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, 2004, in www.aidlass.it

Nicolini, Diritto del lavoro, Milano, 1992, 469

Nivarra Luca, Diritto al contratto o diritto al servizio: brevi considerazioni in tema di tutela d'urgenza a fronte di obblighi legali a contrarre", in *Processo .. cit., cit.*, pagg. 723 ss.

Nuzzo V., Un'ipotesi di prelazione legale: il diritto di precedenza nelle assunzioni del cessionario, in *MGL*, 2004, n. 5, 401

Orlandi R., Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza, Padova 2003, 162 ss.

Padovani, Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv c.p., in *DL*, 1975, 62 ss

Pagni Ilaria, Tutela specifica e tutela per equivalente, Giuffrè, 2004, artt. 65 ss.

Pagni Ilaria, Diritto del lavoro e tecniche di tutela, in *Riv. It. Dir. Lav.*, Giuffrè, 2005, 4, 489 ss.

Papaleoni, La più recente fase di evoluzione della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990, n. 108, in *DL*, 1990, I, pag. 256

Parisi Mauro e Barbara Broi, in Nuovi istituti e modalità della riforma dell'ispezione 30 giugno 2004, www.guidallavoro.ilsole24ore.com Schiavone R., La conciliazione monocratica, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2007, 5, 731

Pasquini F., La certificazione dei contratti quale strumento deflativo del contenzioso, in "Qualeriforma del processo del lavoro? Parte III", in www.fmb.unimo.it, 17 ss.

Pedrazzoli, I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza, Cedam, Padova, 2004

Pennesi P., La riforma dei servizi ispettivi, in *AA.VV.* (a cura di M. Tiraboschi), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del D.Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. *Il diritto transitorio ed i tempi della riforma*, 1099

Perlingieri Pietro, discussione, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto Salvatore, Jovenne, 1989

Pessi A., Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche, in *ADL*, 2006, 789

Pessi R., Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione, Cedam, Padova, 2008, pag. 37

Petrolati F., Inibitoria e illecito dcivile di pericolo, in *Arch. Civ.*, 1996, 435

Petrucci, voce Condanna, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1960, 713

Pera G., Sul diritto del lavoratore a lavorare, in *RIDL*, 1991, II, 388 ss.

Pera G., voce Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro, Giuffrè, Milano, 211 ss.

Pera G., Riassunzione e penale nella legge sui licenziamenti individuali, in *Riv. it. Dir. lav.* 1968, II, 175

Pera G., Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 1288

Pera, Sub art. 9, in Assanti Pera, Commento allo Statuto dei diritto dei lavoratori, Padova 1972, 113,

Pera, Le rappresentanze costituibili dai lavoratori per la tutela della salute nei luoghi di lavoro, GC, 1981, I, 289

Pera, La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, in RITDL, 1999, I, 359

Pennisi, Controversie individuali e provvedimenti d'urgenza, in DL, 1973, ii, 236

Persiani M., Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico, in ADL, 2000, I, 14 ss.

Persiani, Contratto di lavoro e organizzazione, Cedam, Padova, 1966, 25

Persiani M, Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interessi collettivi e interesse individuale dei lavoratori, PD, 1971, 559-560

Pietrobon V., Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento, 1998, 115 ss., 129 ss., Materiali per la riforma del codice a cura del CRS, Angeli, Milano, 1987, 92 ss

Pisani, La modificazione delle mansioni, Angeli, Milano, 1996, 230

Pisani C., la Modificazione delle mansioni, Milano, 1996, 141

Pivetti M., Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti del lavoratore, in la Tutela in forma specifica cit., 165 ss.

Pivetti M., Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela specifica dei diritti del lavoratore, in Aa Vv. La tutela specifica ..cit., pag. 214

Pizzoferrato G., Giustizia privata del lavoro, Cedam, 2003

Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Jovenne, Napoli, 1999, 49 ss e 143 ss

Proto Pisani, L'attuazione dei provvedimenti di condanna, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Jovenne, Napoli, 1989, 44 ss.

Proto Pisani A., Le tutele giurisdizionali dei diritti, 2003

Proto Pisani, Note sulla tutela civile dei diritti, in La tutela specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, AA VV, Giufrè, Milano, 2004, 35 ss.

Proto Pisani, L'attuazione dei provvedimenti di condanna, in For. It., V, 1988, 177

Proto Pisani, La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela, in For. It., 1990, V, 1

Proto Pisani, I Provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c., Appunti sulla giustizia civile, Bari, 1982, 416-417

Proto Pisani A., Appunti sulla tutela di condanna, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1978, II

Proto Pisani, L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale civile, in DRLI, 1990

Proto Pisani A., L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento alla attuazione della sentenza di condanna, riv, dir. proc..1975, 620 ss.

- Proto Pisani A., Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti, FI, 1990, V, 367
- Proto Pisani A., Procedimento di repressione dell'attività antisindacale, in Studi di diritto processuale del lavoro, Milano, 1979, 267
- Proto Pisani A., Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro, FI, 1982, V 117
- Ramponi R., Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, I co. Stat. Lav. ed art. 388 c.p., in MGL, 1981, 255
- Rapisarda C., Profili della tutela civile in ibitoria, Padova, 1987, 185 ss.
- Rausei P. Il Diritto sanzionatorio del lavoro, parte I, in www.adapt.it
- Rausei P., Diritto Sanzionatorio del Lavoro, dispensa 3 "Le sanzioni nelle esternalizzazioni", in www.ADAPT.it, pagg. 25 ss.
- Renna L., L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione, Cacucci, Bari, 1984, 70
- Rescigno U. Personalità (diritti della), in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990, 2
- Ricci G., Tempi di lavoro e tempi sociali, 2005
- Riverso R., Vizi e virtù della legge sul collocamento dei disabili: analisi della giurisprudenza, in Lav. Giur., 2008/3, pag. 226
- Riverso R., La nuova disciplina delle ferie tra obblighi comunitari e principi costituzionali, in Lav. Giur. 2006/12, pagg. 1163 ss.
- Rodotà S., Modelli e funzioni della responsabilità civile, in Riv. Civ. Dir. Priv., 1984, 597
- Romagnoli U., Principi fondamentali, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, sub art. 1, 1975
- Romagnoli U., Per una rilettura dell'art. 1086 cod. civ., in Riv. Trim.dir. e proc. Civ., 1977, 1053
- Romagnoli Ugo, Commento all'art. 13, in Statuto dei diritti dei lavoratori, in Scialoja e Branca (a cura di), Commentario del Codice Civile, II ed., 1979, Bologna-Roma, 259
- Romano M., Rapporti di lavoro tecniche di tutela e sanzioni penali, in Garilli A. e Mazzamuto S. (a cura di), Lo statuto dei lavoratori, (1970 1990), Jovenne, Napoli, 1992, 391
- Salvi C., La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato, Milano, 2005, 303
- Salvi c., Il risarcimento del danno in forma specifica, in Aa Vv. Processo ..cit., pagg. 563 ss.
- Sandulli, Ferie dei lavoratori, in Enc. Dir., Giuffrè vol. XVII, 1968, 179 ss
- Sandulli – Vallebona – Pisani, La nuova disciplina dei licenziamenti individuali, Padova, 1990, 41
- Scognamiglio R., Il risarcimento in forma specifica, in RTDPC, 1957, 201
- Scognamiglio, Condotta antisindacale, I) Disciplina sostanziale, E.G.I., vol. VIII, Roma, 1988, 1
- Scognamiglio, Considerazioni sull'art. 28 dello statuto dei lavoratori, RGL, 1971, I, 165 ss.

Silvestri – Taruffo, Condotta antisindacale, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, E.G.I., vol. VIII, Roma, 1988, 2

Smuraglia, La costituzione ed il sistema del diritto del lavoro, 1958

Smuraglia, il problema della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori nella legge 20 maggio 1970, n. 300, in Riv. Giur. Lav., 1971, I, 196

Speziale V., Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro, in Aa. Vv., Tutela in forma specifica.. cit., pagg. 88 ss.

Speziale V., Mora del creditore e contratto di lavoro, Cacucci, 1992, 132

Stigliano V. L., “Disegno Sacconi”: specificità e vantaggi nell'utilizzo di strumenti di risoluzione alternativa nelle controversie (A.D.R.) per la risoluzione dei conflitti, in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte III”, in www.fmb.unimo.it, 7 ss.

Suppiej, Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro, RITDL, 1988, I, 447-448

Suppiej, il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro, RITDL, 1988, I, 447

Strazzara D., Discriminazione razziale e diritto, Cedam, 2008, pagg. 98 ss.

Taruffo M., Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione, in RTDPC, 1976, 805

Taruffo M., Reintegrazione nel posto di lavoro (profili processuali), in EGT, XXVI, Istituto poligrafico e secca dello Stato, 1996, 4

Taruffo M. L'attuazione dei diritti: profili comparatistica, in Aa. Vv. , Processo.. cit., 100 ss.

Tatarelli M., Il licenziamento individuale e collettivo, Cedam, Padova, 2006, 68

Tatarelli M., Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, in Guida Lav., 2008/2, pag. 116

Tiraboschi M., Processo del lavoro. Riforma in aula, in “Quale riforma del processo del lavoro? Parte II”, cit., pag. 2

Treu T., Servono conciliazione e arbitrato per migliorare la giustizia del lavoro, in Conquiste del Lavoro, 10 gennaio 2009 nonché in Bollettino Adapt, 14 gennaio 2009, n. 1, www.adapt.it

Treu T., Condotta antisindacale e atti discriminatori, Milano, 1974, 120

Treu T., Commentario alla Legge 903 del 1977, in Le nuove leggi civili commentate, 1978, pagg. 786 ss

Treu T., Politiche del lavoro, Insegnamenti di undecennio, Bologna, 2002, 317 ss

Trisorio Liuzzi, La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro, in Riv. Dir. proc., 2001, 948

Trocker N., Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità Europea, in Aa. Vv., Diritti Fondamentali e Giustizia Civile in Europa, Torino, 2002, 272 ss.

Tucci G., Il danno ingiusto, Napoli, 1968, 70 ss.

- Tursi A., Il diritto al lavoro dei disabili, in Riv. Giur. Lav., 1999, I, p. 797 ss.
- Vallebona A., Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore, Padova, Cedam, 1995, 118
- Vallebona A., L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro, in Mass. Giur. Lav. n. 89/2004
- Vallebona A., Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni, Giorn. Dir. Lav. e rel. Ind., 1992, 138 ss.
- Vallebona A., Ferie non godute; indennità sostitutiva o godimento diferito ?, in ADL, 2001, 633 ss.
- Vallebona, La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie, in MGL, 1999, 476
- Vallebona A., Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori, in L. Montuschi (a cura di), Ambiente, salute e sicurezza, Torino 1997, 206 ss.
- Vallebona A., Verbali ispettivi ed oneri di allegazione e di prova della pretesa contributiva dell'ente previdenziale, in Inf. Prev. 2000, 1221
- Vallebona A., L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro, in Mass. Giur. lav. 2004, 646
- Vallebona A., L'onere della prova degli atti discriminatori, in Lav. Dir., 1989, 333. ss
- Vallebona A., I disegni di riforma del processo del lavoro, in "Quale riforma del processo del lavoro? Parte II", www.fmb.unimo.it, 2 ss.
- Ventura, La legge sulla parità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro, in De Luca Tamajo-Ventura, (a cura di), Il diritto del lavoro dell'emergenza Jovene, Napoli, 1979, 257 ss.
- Verardi C. e M. Ferro, Distorsioni di mercato, pubblicità ingannevole, concorrenza sleale: tecniche di tutela dell'interesse collettivo del consumatore all'informazione non decettiva, in Riv. Trim. dir e proc. civ., 1986, 274
- Vidiri G., inottemperanza alla sentenza di reintegrazione del lavoratore licenziato, in GM, 1981, II, 1027
- Vitaletti M., Danno non patrimoniale e tecniche di tutela del lavoratore, in Lav. Gir. 2006, 12, 1184
- Zaccarelli L., La conciliazione monocratica, in Riv. giur. lav., 2005, 4, nota n. 2, 844
- Zoli C., Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere, in Lav. dir., 1997, 242
- Zoli C., Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro, in Aa. Vv. Tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 2004
- Zuccolini M., L'azione inibitoria come strumento di tutela di interessi diffusi, in Giur. Merito, 1983, 1057