

Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*

Valerio Speciale

1. Introduzione	113
2. La tutela in forma specifica nel diritto del lavoro e l'approccio "ideologico" alla materia	113
3. Gli strumenti di realizzazione della tutela: rimedi generali e speciali	115
4. La reintegrazione nel posto di lavoro	116
5. Segue: il pagamento delle retribuzioni a titolo di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo e quale astreinte	125
6. La repressione della condotta antisindacale	128
7. La tutela antidiscriminatoria	132
8. I rimedi generali previsti dal codice civile	136
9. Il diritto alla salute e la violazione degli obblighi di sicurezza	138
10. Il collocamento obbligatorio	139
11. Il part time	143
12. La dequalificazione e la reintegra nelle mansioni	144
13. Il trasferimento illegittimo del lavoratore	148
14. La cassa integrazione guadagni	149
15. Il risarcimento del danno in forma specifica	151
16. Conclusioni	154
17. Riferimenti bibliografici	156

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 23/2004

1. Introduzione

La tutela specifica nel rapporto di lavoro è un argomento di grande complessità tecnica e di forte interdisciplinarietà, perché coinvolge delicate questioni di diritto civile, diritto del lavoro e diritto processuale civile. Il tema è stato affrontato già in passato in generale²⁸⁵ e con riferimento specifico a norme speciali²⁸⁶. Si tratta di verificare se, in coerenza con la più recente evoluzione normativa e con le profonde modifiche intervenute nei modi di produrre e lavorare, vi siano innovazioni che consentano di pervenire a conclusioni diverse da quelle da tempo espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che vedono nel diritto del lavoro il luogo dove il “dogma” della incoercibilità degli obblighi di fare trova la sua massima espressione.

2. La tutela in forma specifica nel diritto del lavoro e l'approccio “ideologico” alla materia

In un importante saggio degli anni '70 Andrea Proto Pisani sintetizzava in modo efficace le problematiche connesse alla tutela in forma specifica²⁸⁷. L'autore sosteneva che “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 ancora stato distrutto, possa essere ancora 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’ e in tutta la sua parte prima relativa ai ‘diritti e doveri del cittadino’: situazioni soggettive non patrimoniali implicate dai rapporti tra cittadini e Stato, nei rapporti di famiglia, nei rapporti di lavoro ecc. 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”²⁸⁸.

Quando il risarcimento economico del valore leso non è in grado di garantire alcuni diritti fondamentali, si sente l'esigenza di tecniche di protezione di tipo satisfattivo che in qualche misura assicurino la reintegrazione in natura del bene. Quest'esigenza, che è particolarmente sentita in alcuni settori dell'ordinamento giuridico, assume un rilievo particolare nel diritto del lavoro, dove l'adempimento della prestazione lavorativa non è soltanto l'esecuzione di un obbligo nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, ma è anche un mezzo di espressione della personalità del dipendente, che attraverso il lavoro socializza con altri e realizza le proprie capacità intellettuali. Lo svolgimento dell'attività lavorativa, inoltre, è connesso a diritti fondamentali, tra i quali la libertà di espressione nel luogo di lavoro, la libertà di costituire associazioni sindacali, di svolgere attività sindacali e di esercitare i diritti garantiti dallo statuto dei lavoratori. La retribuzione,

²⁸⁵ GHERA, 1979, p. 305 ss.; ID., 1989, p. 1077 ss.; ID., 1991, p. 633 ss.; VALLEBONA, 1995.

²⁸⁶ In relazione alla reintegrazione prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori si rinvia, tra gli altri, a D'ANTONA, 1979, p. 175 ss.; PEDRAZZOLI, 1973, p. 1020 ss.; GAROFALO M.G., 1975, p. 574 ss.; RENNA, 1984, p. 9 ss. (a cui si rimanda per le ulteriori indicazioni bibliografiche); TARUFFO, 1976, p. 804 ss.; ID., 1996, p. 1 ss.; PROTO PISANI, 1982, p. 118 ss.; NAPOLI, 1980; NAPOLI, 1993, p. 71 ss.; CERRETA, 2001, p. 854 ss.

²⁸⁷ Sul tema in generale si vedano PROTO PISANI, 2003a, p. 76 ss.; PROTO PISANI, 2003b, p. 15 ss.; MAZZAMUTO, 1978; ID., 1998, p. 298 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); CHIARLONI, 1980; MONTESANO, 1994; BORRÈ, 1966.

²⁸⁸ PROTO PISANI, 1978, ora 2003a, p. 121.

infine, non è soltanto un corrispettivo contrattuale ma un reddito che incide su bisogni fondamentali del lavoratore (e gli esempi potrebbero continuare).

L'insieme di queste situazioni soggettive attribuisce al lavoro un significato particolare che non può esaurirsi nella mera logica dello scambio contrattuale. Di qui l'importanza di strumenti che assicurino l'effettivo godimento delle situazioni soggettive²⁸⁹.

Prima di analizzare il contenuto di queste tecniche di tutela va detto che nel diritto del lavoro il dibattito è stato fortemente condizionato da opzioni di carattere ideologico. Si è rilevato come si sia assistito, con particolare riferimento all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, a “reazioni scomposte (non meno ‘ideologiche’) in alcuni settori della nostra dottrina processualistica poco usi al necessario *fair play* del dibattito scientifico e più propensi per accreditare le loro tesi alla *cognitio* sommaria che a quella *plena*”²⁹⁰. Questo giudizio può essere tranquillamente esteso anche ai giu-slaboristi. Si ha l'impressione che le forme di tutela specifica che mirino a realizzare l'effettività della prestazione lavorativa vengano considerate come una forma di “espropriazione forzata” dell'azienda, del tutto incompatibile con i valori costituzionali oggi esistenti. Il potere di organizzazione del lavoro e dei fattori produttivi assume per queste interpretazioni un significato “sacrale” che rimanda ad ideologie ottocentesche, lontane dalla nostra Costituzione e dall'assetto giuridico attuale e che configura qualsiasi tentativo di imporre all'impresa dei vincoli giuridici come un attacco proditorio alla “cittadella dell'imprenditore”²⁹¹. In tale ambito, ad esempio, l'imposizione di alcuni obblighi di comportamento in capo al datore di lavoro è stata considerata come lesiva del potere organizzativo “riservato..... all'imprenditore e ai suoi collaboratori gerarchici”²⁹² o come una violazione dell'art. 41 della Costituzione²⁹³. È interessante osservare che quando un imprenditore non paga un proprio fornitore e questi, utilizzando gli strumenti del processo esecutivo, gli “espropria” (nel senso tecnico del termine) i macchinari incidendo in modo penetrante sull'organizzazione produttiva (ed in misura certamente superiore, ad esempio, agli effetti connessi alla reintegrazione nel posto di lavoro), nessuno ha mai affermato che questo tipo di tutela costituisca una violazione della libertà di iniziativa economica privata. In sostanza, gli ordinari strumenti di diritto sostanziale e processuale, che non sono messi in discussione quando consentono la protezione di diritti economici, diventano invece “eversivi” quando vengono applicati al rapporto di lavoro. La comprensione del fenomeno pertanto impone, innanzitutto, di sgombrare il campo da ogni apriorismo ideologico e di svolgere un'analisi che, anche se attenta ai valori costituzionali in gioco, si muova sul piano delle interpretazioni giuridiche del quadro normativo esistente.

Non va dimenticato, inoltre, che nel diritto civile, soprattutto nel settore della produzione di beni e servizi e della tutela del consumatore, si vanno diffondendo, sia a livello comunitario che nella

²⁸⁹ Alcuni tra i diritti indicati, tra l'altro, presuppongono la presenza fisica del dipendente in azienda e rendono, quindi, ancora più forte l'esigenza di una tutela ripristinatoria delle ordinarie modalità di svolgimento del lavoro.

²⁹⁰ MAZZAMUTO, 1998, p. 341, nota 173, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche. Ed il rilievo sul carattere ideologico del dibattito sull'art. 18 è sottolineato anche da DI MAIO, 2001, p. 298.

²⁹¹ MAZZAMUTO, 1978, p. 166 (che peraltro utilizza l'espressione in un contesto del tutto differente).

²⁹² GHERA, 1989, pp. 1084 – 1085.

²⁹³ MENGONI, 1989, pp. 154 – 155.

legislazione nazionale, strumenti di esecuzione in forma specifica. Si è affermato che “il primato della tutela risarcitoria”, propria del modello liberale di mercato, si è rivelato “fallace”. In un mercato regolato, nel caso di inadempimento del produttore, si attribuisce al consumatore la possibilità di chiedere non solo il risarcimento dei danni subiti, ma anche la sostituzione o la riparazione del bene rivelatosi difforme rispetto alle qualità promesse ed al contempo gli è inibito chiedere la risoluzione del contratto se non quando la strada dell’adempimento in forma specifica si sia rivelata inadeguata²⁹⁴.

La prevalenza, nell’ambito della produzione materiale, “dell’azione di adempimento”²⁹⁵ rispetto al mero profilo risarcitorio rende particolarmente attuali le tecniche di tutela in forma specifica che sono proprie del diritto del lavoro. Se, infatti, anche in relazione ai diritti patrimoniali si avverte l’esigenza di promuovere strumenti che garantiscano l’effettiva realizzazione del programma negoziale, a maggior ragione una simile esigenza si pone nel diritto del lavoro, dove l’esecuzione della prestazione coinvolge quei profili relativi alla personalità ed ai bisogni fondamentali del lavoratore già descritti.

3. Gli strumenti di realizzazione della tutela: rimedi generali e speciali

L’analisi sarà concentrata sui profili generali del problema della tutela in forma specifica, senza analizzare tutti gli aspetti di un tema così complesso²⁹⁶. In particolare verranno esaminate le tecniche di coazione diretta od indiretta all’adempimento e del risarcimento del danno in forma specifica. Nel primo ambito sono ricompresi i rimedi finalizzati a garantire l’effettivo adempimento dell’obbligo e non la ricostituzione economica del patrimonio leso, mentre le seconde, pur agendo sempre nella logica risarcitoria, sono dirette ad assicurare non un equivalente pecuniario ma, se è possibile, il ripristino della situazione originaria. In tale contesto cercherò di valutare la posizione delle parti del rapporto di lavoro ed in che limiti le tecniche di tutela prima descritte siano effettivamente utilizzabili.

Una prima distinzione utile è tra i rimedi generali previsti dal codice civile o penale e quelli introdotti da leggi speciali²⁹⁷. Va in primo luogo considerata l’azione di esatto adempimento prevista dall’art. 1453 c.c. Vi sono poi gli artt. 2930 e ss. dello stesso codice, che regolano l’esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di consegna, di fare, non fare, di concludere un contratto²⁹⁸. Non va dimenticato, inoltre, che l’eliminazione del pregiudizio subito può essere realizzata con la reintegrazione del danneggiato (art. 2058 cod. civ.), ferma restando la funzione

²⁹⁴ MAZZAMUTO, 2003, pp. 8 - 9. Il consumatore diventa “agente della razionalità del mercato” (p. 9).

²⁹⁵ MAZZAMUTO, 2003, p. 9.

²⁹⁶ Non esaminerò gli aspetti della tutela in forma specifica connessi al lavoro pubblico o i problemi collegati ai poteri privati (per questi due aspetti rinvio alle specifiche relazioni) o i profili processuali (anche questi oggetto di studi da parte di altri relatori del convegno). Non mi occuperò neanche dell’analisi dettagliata delle norme penali finalizzate a garantire l’attuazione degli obblighi di fare o delle sanzioni amministrative ecc.

²⁹⁷ Il termine “rimedio” è utilizzato da DI MAJO, 2001, p. 54, in coerenza con la tesi di BIANCA, 1999, p. 413, secondo il quale “il principio della generale tutelabilità processuale dei diritti non toglie infatti che l’ordinamento predisponga determinati rimedi contro la violazione dei diritti: alcuni esercitabili in via giudiziale, altri in via stragiudiziale. I rimedi esercitabili in via giudiziale li chiamiamo processuali ma essi sono di natura sostanziale se fanno parte del contenuto del diritto, ampliando le facoltà del suo titolare”.

²⁹⁸ A tali disposizioni si affiancano quella del codice di procedura civile relative alla medesima materia (artt. 612 ss.) e finalizzate proprio a rendere concreta la tutela in forma specifica.

compulsiva che in determinati casi può essere esercitata dal risarcimento del danno (che deve indurre il debitore ad adempiere). Il codice penale prevede due norme (gli artt. 388 e 650) che assolvono una funzione preventiva, di coazione all'adempimento, e repressiva di comportamenti non attuativi di obblighi imposti da una pronuncia giurisdizionale. Tra le norme speciali vanno ricordati gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori, l'art 15, comma 1, della legge n. 903 del 1977, l'art. 4, comma 9, della legge n. 125 del 1990 ed altre ancora.

Si è sostenuto che nel diritto del lavoro vi è una combinazione delle varie tecniche di tutela²⁹⁹ ed in effetti l'osservazione è condivisibile. Infatti la reintegrazione nel posto di lavoro conseguente ad un licenziamento illegittimo è una forma di ricostituzione forzosa della possibilità di eseguire la prestazione lavorativa (e quindi un mezzo di coazione diretta all'adempimento). Inoltre il risarcimento del danno è utilizzato o come strumento di compensazione del pregiudizio patrimoniale subito o come mezzo di coazione indiretta (*astreinte*) finalizzato a garantire l'adempimento di un obbligo scaturente dalla legge e da un ordine del giudice. Le sanzioni penali (utilizzate da alcune norme) realizzano la duplice funzione prima descritta. In sostanza nel diritto del lavoro vi è un'ampia utilizzazione di tutti i rimedi risarcitori e soddisfattivi previsti dall'ordinamento giuridico.

Le diverse tecniche di tutela devono essere analizzate separatamente, iniziando da quelle sulle quali si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

4. La reintegrazione nel posto di lavoro

L'art. 18 dello statuto dei lavoratori prevede che il giudice, qualora accerti l'inefficacia, annullabilità o nullità del licenziamento individuale, "ordina al datore di lavoro... di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro". La norma non si limita a sancire l'inidoneità del recesso invalido/inefficace ad interrompere il rapporto di lavoro (che viene ricostituito con effetto *ex tunc*), ma introduce uno specifico comando giudiziale, che è finalizzato al concreto ripristino del vincolo contrattuale tramite la riadibizione allo svolgimento della prestazione lavorativa³⁰⁰. Sebbene trovi fondamento in una precisa disposizione di legge, si può asserire che, in questo caso, si è in presenza di una obbligazione *anche* di "fonte giudiziale", analogamente a quanto previsto dall'art. 2058 del codice civile³⁰¹.

La norma dello statuto dei lavoratori è quella sulla quale maggiormente si sono concentrati gli interpreti in relazione alla possibilità della tutela in forma specifica e per la quale il carattere ideologico del dibattito ha raggiunto la sua massima espressione. Nel 1980, un'autorevole giurista scriveva che "la tutela è 'reale' nei limiti del possibile, e cioè nei termini sopra riassunti, non certo nel senso che possa prefigurarsi l'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra in servizio, con una soluzione impositiva che è inimmaginabile fin quando le imprese (private o in mano pubblica, non importa) siano rette secondo le regole del diritto privato e non da funzionari *de facto e de jure* di stato"³⁰². Viene qui paventata quell'idea dell'impresa come "cittadella" immune alle forme di

²⁹⁹ NAPOLI, 2003, p. 25 ss.

³⁰⁰ Si vedano, per tutti, D'ANTONA, 1979, p. 115 ss.; NAPOLI, 1993, p. 71; TARUFFO, 1996, p. 3.

³⁰¹ In relazione alla disposizione del codice civile quale obbligazione di fonte giudiziale si rinvia a DI MAJO, 2001, p. 56.

³⁰² PERA, 1980, p. 167.

coazione all'adempimento, che vede nella reintegrazione una sorta di espropriazione per fini pubblicistici del "regno" dell'iniziativa economica privata.

Tornando al diritto, va ricordato che in questo caso l'ordine di reintegra scaturisce dalla sentenza e trasforma il normale onere di cooperazione all'adempimento del datore di lavoro³⁰³ in un obbligo³⁰⁴, senza che vi sia la necessità di far ricorso a quelle interpretazioni, a mio avviso criticabili che configurano in generale un vero e proprio diritto al lavoro con conseguente obbligo di far lavorare³⁰⁵. Si pone, quindi, il problema dell'esecuzione in forma specifica di questa situazione soggettiva. Prima di analizzare questo aspetto, peraltro, è necessario confrontarsi con quelle opinioni, a cui si è già fatto riferimento in precedenza, secondo le quali la tutela satisfattiva della reintegrazione è impedita o dall'art. 41 della Costituzione o dal carattere esclusivo del potere organizzativo dell'imprenditore.

In realtà la norma costituzionale garantisce l'iniziativa economica privata nella sua dimensione fisiologica di attività eseguita nel rispetto della legge (che ne stabilisce i limiti "sociali" e di rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana)³⁰⁶ e non può certo legittimare una sorta di "immunità" dell'imprenditore ad un ordine che scaturisce da una sentenza e che rende effettivo un diritto. L'esecuzione di un comando giudiziale è espressione di un obbligo che, se è costituzionalmente legittimo (e non mi sembra che si possano avere dubbi in proposito)³⁰⁷, non può essere eluso in base ad una disposizione della Costituzione che certamente non è pensata per tutelare l'inadempimento. D'altra parte, vi sono numerose normative che condizionano l'iniziativa economica dell'imprenditore imponendo vincoli e costi all'attività produttiva (come nel caso, ad esempio, delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro) e questi limiti, in larga misura assai superiori a quelli connessi alla reintegrazione nel posto di lavoro, non sono stati considerati di per sé come violativi della libertà garantita dall'art. 41 Cost.³⁰⁸.

Considerazioni analoghe possono essere svolte per la tesi che nega la tutela in forma specifica in base alla pretesa "esclusività" del potere organizzativo dell'imprenditore³⁰⁹. L'organizzazione dell'impresa rientra certamente tra le prerogative manageriali ma non consente di violare obblighi che trovano fondamento nella legge. Quando una A.S.L. rileva che una attività produttiva è effettuata in violazione di normative che proteggono l'ambiente ed obbliga l'imprenditore a

³⁰³ Mi permetto di rinviare, sul punto, a SPEZIALE, 1992, p. 192 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

³⁰⁴ Non vi è quindi il problema, (sollevato da GAROFALO M.G., 1975, pp. 577 e 614) dell'impossibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica di un onere. In senso conforme al testo, v. PIVETTI, 2003, p. 49.

³⁰⁵ V. *infra* § 8, testo e note 126 ss.

³⁰⁶ Sulla norma costituzionale v., in generale, BALDASSARRE, 1971, p. 582 ss.; GALGANO, 1982; OPPO, 1988, p. 309 ss.; MORBIDELLI, 1989, p. 1 ss.

³⁰⁷ La Corte Costituzionale ha più volte esaminato la legittimità dell'art. 18, in genere con riferimento all'art. 3 (ma a volte anche in relazione all'art. 41 Cost.), ed ha sempre escluso la incostituzionalità della disposizione (si rinvia sul punto alla rassegna delle varie sentenze effettuata da AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, 2001, p. 490 ss.).

³⁰⁸ "La tutela della salute (è un) bene primario oggetto di un diritto fondamentale della persona richiedente piena ed esaustiva tutela sia in ambito pubblicistico che in quello dei rapporti di diritto privato..." (C. Cost., 20 dicembre 1996, n. 399, in CS, 1996, II, p. 2090). Se il diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. legittima una "ponderazione" con l'art. 41 tale da condizionare in modo penetrante l'organizzazione dell'impresa (v. *infra* nel testo), ritengo che a conclusioni analoghe si dovrebbe giungere in considerazione del "valore forte" attribuito dalla Costituzione al lavoro ed al fatto che la tutela in forma specifica ha lo scopo primario di rendere effettivi i diritti protetti dalle norme costituzionali.

³⁰⁹ È questa l'opinione di GHERA, 1989, p. 1084 ss.; ID., 1991, p. 635 ss.

rispettare la legge, essa può incidere in modo penetrante sugli assetti organizzativi (imponendo, ad esempio, costose apparecchiature per eliminare fumi o rumori nocivi). Nessuno potrebbe sostenere che l'adempimento di obblighi di tale natura sia illegittimo in quanto condiziona il potere imprenditoriale di organizzazione dei fattori produttivi e le stesse conclusioni possono essere raggiunte per i limiti alla gestione dell'impresa che derivano dall'esecuzione dell'obbligo di reintegra.

Se, dunque, non vi sono ostacoli costituzionali o di altro genere che possono escludere la legittimità di vincoli all'iniziativa economica privata o agli assetti organizzativi dell'impresa, questo non significa che sia consentito "espropriare" l'imprenditore del proprio potere organizzativo³¹⁰. Infatti, qualora l'esecuzione coattiva della reintegra dovesse tradursi in una sostituzione forzosa del titolare dell'impresa, è evidente che si porrebbero delicati problemi di compatibilità con l'assetto giuridico esistente. Tuttavia, come si vedrà, un simile problema non esiste, perché la non surrogabilità di alcune forme di collaborazione del datore di lavoro esclude in radice la possibilità di sottrarre il potere di direzione dell'impresa.

Sgombrato il campo dalle questioni descritte, il problema della tutela in forma specifica deve essere ricondotto al suo ambito più tradizionale della fungibilità o meno dell'obbligo imposto al datore di lavoro. Un'autorevole dottrina ha sottolineato come il concetto di infungibilità "è uno dei più enigmatici dell'intricata materia e non esiste fra gli interpreti alcuna convenzione stipulativa intorno ad esso neppure sul piano strettamente terminologico"³¹¹. Si è rilevato, ad esempio, come spesso questo concetto sia equivalente alla "insostituibilità materiale del comportamento dovuto"³¹², con riferimento ad un concetto di infungibilità "in natura" che, oltre ad essere smentito dallo sviluppo scientifico³¹³, è erroneo, perché "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..."³¹⁴. In tale ambito, si è giustamente osservato come l'esempio di scuola della infungibilità "materiale" (l'obbligo di eseguire un quadro da parte di un famoso pittore, non surrogabile da un altro soggetto) sia in realtà la dimostrazione dell'inesistenza di questa nozione. Infatti, l'insostituibilità della pittura non dipende dalla sua concreta inseguibilità da parte di altri, bensì dal fatto che, se ciò accadesse, vi sarebbe una violazione dell'interesse (artistico) del creditore ad avere quello specifico quadro o dell'interesse economico connesso al diverso valore di mercato del prodotto realizzato da un pittore sconosciuto³¹⁵.

In realtà, si è osservato che "l'infungibilità deve essere valutata in relazione all'interesse creditorio oggettivo nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con il contrapposto interesse debitorio"³¹⁶. Va detto che, se questa opinione fosse accolta, il dibattito sulla infungibilità

³¹⁰ La sottrazione integrale all'imprenditore del potere organizzativo, infatti, potrebbe legittimare i profili di incostituzionalità sollevati da MENGONI (v. *retro* n. 9) e le perplessità sollevate da GHERA (citato nella nota precedente).

³¹¹ MAZZAMUTO, 1998, p. 328.

³¹² MAZZAMUTO, 1998, p. 328.

³¹³ "...la scienza è in grado oggi di proporre manipolazioni sempre più sofisticate dell'agire umano; il rinvio alla natura fu sicuro presidio della libertà del singolo in epoca di giusnaturalismo ma è soltanto un suggestivo relitto nel moderno discorso analitico" (MAZZAMUTO, 1998, p. 329).

³¹⁴ MAZZAMUTO, 1998, p. 329.

³¹⁵ MAZZAMUTO, 1998, p. 329.

³¹⁶ MAZZAMUTO, 1998, p. 330; BORRÈ, 1966, p. 126 ss.; FERRONI, 1983, p. 172 ss.

dell'obbligo di reintegra dovrebbe considerarsi superato, perché esso si fonda, in realtà, sulla pretesa impossibilità di surrogare materialmente il datore di lavoro nelle prestazioni indispensabili a consentire lo svolgimento del lavoro e non su una valutazione dell'interesse creditorio (che in questo caso è quello del lavoratore) e del suo bilanciamento con quello imprenditoriale.

Ma anche nell'ambito dell'opinione tradizionale, secondo la quale l'infungibilità può essere naturale o giuridica³¹⁷, non necessariamente si giunge alla conclusione della non surrogabilità assoluta delle attività necessarie alla reintegrazione nel posto di lavoro. Infatti, già da tempo la dottrina ha sottolineato la possibilità di "scomporre" l'obbligo di reintegra in una serie di obblighi strumentali di *patti* o di fare fungibili³¹⁸ che certamente, in base ai canoni tradizionali, consentono l'esecuzione in forma specifica³¹⁹. Ed è interessante notare che la Cassazione, con una importante sentenza di alcuni anni fa, aveva accolto l'interpretazione descritta³²⁰, anche se vi sono altre decisioni che hanno riaffermato in via generale l'incoercibilità della reintegrazione³²¹. Sulla scia di queste diverse opinioni, una giurisprudenza di merito ormai lontana nel tempo aveva ammesso l'accompagnamento in fabbrica del lavoratore con l'ufficiale giudiziario o con la forza pubblica³²², oppure ha provveduto alla nomina di un commissario *ad acta*, con il compito di porre in essere quanto è necessario per reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro³²³. Altre sentenze hanno confermato questo orientamento³²⁴, anche se non sono mancate opinioni contrarie³²⁵.

Il punto di partenza per una corretta soluzione del problema è quello, già rilevato, del carattere complesso dell'obbligo di reintegra, che è appunto costituito da un insieme di prestazioni di varia natura, per alcune delle quali non vi sono i tradizionali limiti propri della tutela in forma specifica. La reintegrazione, infatti, presuppone, in primo luogo degli obblighi negativi di astensione, che si sottraggono "all'alternativa *fungibilità/infungibilità*"³²⁶. Non vi è dubbio, dunque, che è possibile

³¹⁷ Si rinvia, per tutti a MONTESANO, 1966, p. 533.

³¹⁸ PROTO PISANI, 2003a, p. 116; ID., 1982, p. 117 ss.; TARUFFO, 1976, p. 805; ID., 1996, p. 4; LANFRANCHI, 1977, p. 385 ss.; FREDIANI, 1978, p. 99 ss.; GAROFALO M.G., 1975, p. 574 ss.; MAZZAMUTO, 1978, p. 183 ss.; D'ANTONA, 1979, p. 186 ss.; ID., 1994, p. 9.

³¹⁹ In senso contrario MONTESANO, 1994, p. 209, nota 283 sul presupposto che è "indivisibile il comportamento del datore di lavoro in ordine alla collocazione del lavoratore nell'insieme dell'attività dell'impresa" e sostenendo che la mera reimmissione in azienda non costituisce adempimento parziale, ma, di fatto, un comportamento inattuativo dell'obbligo per il datore di lavoro e privo di interesse per il lavoratore. Sul primo aspetto è lo stesso Montesano ad ammettere che le attività richieste al datore di lavoro per la reintegrazione sono "divisibili per (loro) natura" (superando così il problema dell'art. 1316 cod. civ.). Mentre, per quanto attiene alla seconda questione, è il lavoratore creditore a poter accettare l'adempimento parziale costituito dal semplice reingresso in azienda (visto che l'accettazione di una parte della prestazione dovuta – nel nostro caso l'obbligo di reintegra effettiva – rientra tra le sue facoltà ai sensi dell'art. 1181 cod. civ.: Cass., 15 aprile 1998, n. 3814; RENNA, 1984, p. 32, nota 52). D'altra parte, a volte la mera reimmissione in azienda è sufficiente a ripristinare integralmente la fisiologia del rapporto di lavoro (v. *infra* nel testo). La tesi della "scomposizione" dell'ordine di reintegra è contestata anche da ARANGUREN, 1981; MANDRIOLI, 1975, p. 9 ss.; ID. 1976, p. 1342 ss.

³²⁰ Cass., 20 gennaio 1978, n. 262, in *FI*, I, p. 1489.

³²¹ Cass., 14 ottobre 2000, n. 13727 (seppure in modo implicito); Cass., 14 maggio 1998, n. 4881; Cass., 4 settembre 1990, n. 9125; Cass., 11 gennaio 1990, n. 46; Cass., 11 gennaio 1988, n. 112; Cass., 13 maggio 1987, n. 4431; Cass., 17 settembre 1986, n. 5649 ed altre ancora. Per un'analisi della giurisprudenza si rinvia a PIVETTI, 2003, p. 49 ss.

³²² Pret. Milano, 21 aprile 1972, in *FI*, 1972, I, p. 1441; Pret. Milano, 31 gennaio 1975 e 28 gennaio 1975, in *FI*, 1975, I, p. 736; Pret. Domodossola, 14 aprile 1979 e Pret. Milano 20 febbraio 1979, in *RGL*, 1979, II, p. 682.

³²³ Pret. Roma, 25 agosto 1979, in *FI*, 1979, I, 2132 e le ulteriori sentenze citate da RENNA, 1984, p. 71.

³²⁴ Pret. Roma, 16 febbraio 1982, in *RGL*, 1982, II, p. 181; Pret. Roma, 18 dicembre 1979, in *RGL*, 1979, II, p. 1048.

³²⁵ Pret. Roma, 7 febbraio 1980, in *Temi romana*, 1979, p. 740.

³²⁶ DI MAIO, 2001, p. 289.

imporre all'imprenditore il reingresso del lavoratore in azienda o l'esercizio dei diritti sindacali, che richiedono soltanto un *patti* da parte del titolare dell'organizzazione produttiva. È indiscutibile, inoltre, che sono certamente fungibili (in quanto surrogabili dall'attività di un terzo) una serie di prestazioni di fare, già individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza: il reinserimento coattivo nel luogo di lavoro da parte dell'ufficiale giudiziario o della forza pubblica; la reinscrizione nei libri paga e matricola; la riapertura della posizione previdenziale, la marcatura del cartellino segnato, il pagamento dello stipendio³²⁷. A conclusioni analoghe deve giungersi per quanto attiene alla consegna della materia prima e delle attrezzature, trattandosi di incombenze puramente materiali che possono essere eseguite anche da persone diverse dal datore di lavoro e dai suoi collaboratori e con l'ausilio del lavoratore (che può indicare quali sono le materie prime e gli strumenti di lavoro abitualmente utilizzati).

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, l'attività non surrogabile va ravvisata nell'esercizio del potere direttivo nelle sue varie componenti (assegnazione delle mansioni, definizione delle modalità esecutive della prestazione e dei tempi di lavoro, controllo dell'attività ecc.) che sono espressione del potere organizzativo e che, pertanto, "sono da ritenere necessariamente infungibili"³²⁸. In realtà, si era già rilevato che "quando l'attività produttiva segue ritmi preordinati e ciclici, le varie decisioni da adottare, sia per ciò che riguarda le materie prime e quant'altro occorra per far funzionare l'apparato produttivo, sia per quanto riguarda il personale, si risolvono in procedure automatiche esterne al vertice aziendale. In tal modo cade uno dei punti cardine della teoria della incoercibilità: la insostituibilità dell'individuo datore di lavoro, derivante dal suo *intuitus personae*, per adottare i necessari adempimenti al fine di rendere possibile la reintegra del lavoratore"³²⁹.

Si tratta di verificare se queste considerazioni, pensate in un contesto di produzione fordista, siano oggi ancora valide, nell'era della economia post industriale e della fine della fabbrica tradizionale, ormai sostituita dall'impresa rete e dal decentramento produttivo, in una situazione caratterizzata dalla diffusione delle tecnologie informatiche, oltre che da profonde innovazioni nelle tecniche produttive e nei sistemi di organizzazione del lavoro e della produzione. Va detto, in realtà, che, con riferimento al tema della tutela in forma specifica dell'obbligo di reintegrazione, il mutamento complessivo in precedenza delineato non ha introdotto cambiamenti di rilievo ed anzi, in alcuni casi, ha ulteriormente aumentato il carattere fungibile del potere di coordinamento del lavoro.

Infatti, l'accentuata automazione dei processi produttivi ha creato figure professionali caratterizzate da mansioni ripetitive (di mero "supporto" alla macchina), nelle quali i compiti sono esattamente predefiniti e, dopo la fase di adibizione al lavoro e di avvio dello stesso, non richiedono

³²⁷ Si rinvia, su tali aspetti, a D'ANTONA, 1979, p. 189 ss.; PROTO PISANI, 2003a, p. 115 ss.; RENNA, 1984, p. 73 ss. Nel senso indicato nel testo v. anche Trib. Latina, 5 dicembre 1997, in *FI*, 1999, I, 2117; Pret. Padova, 9 luglio 1980, in *RDP*, 1983, p. 715; Pret. Domodossola, 14 aprile 1979, in *GM*, 1979, p. 1123.

³²⁸ GHERA, 1989, p. 1083. Sull'infungibilità del potere direttivo si veda, per tutti, D'ANTONA, 1979, p. 192 ss. In tale ambito si è detto che l'ordine di reintegra non è suscettibile di esecuzione forzata perché richiede "un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo – funzionale, consistente, tra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione" (Cass., 11 gennaio 1990., n. 46, in *FI*, 1990, I, p. 2908).

³²⁹ RENNA, 1984, p. 70.

ulteriori specificazioni, ma consentono all'operatore di agire in piena autonomia³³⁰. Si può dire che in questo caso "il comando datoriale non si esercita attraverso...la gerarchia dei capi intermedi, ma al più attraverso la forma della incorporazione del sapere nella macchina"³³¹. O, in altro modo, si può sostenere che le direttive sono in qualche misura "imprese" nella stessa organizzazione produttiva, secondo le suggestioni che ci vengono dalla giurisprudenza che ha enucleato questo concetto con riferimento alla distinzione tra autonomia e subordinazione³³².

In senso opposto, le innovazioni nei modi di produrre e lavorare hanno dato vita a mansioni che, come le tradizionali figure dirigenziali, sono caratterizzate da elevata autonomia e nelle quali il lavoratore è in grado di operare in assenza di direttive costanti e dettagliate ed è tenuto più al raggiungimento di obiettivi predefiniti che alla esecuzione puntuale di ordini specifici. Questa, tra l'altro, è sempre stata la caratteristica delle prestazioni ad alto contenuto intellettuale (si pensi all'insegnante o al formatore professionale, al direttore di un giornale)³³³.

In tutti i casi indicati, il semplice reinserimento del lavoratore al proprio posto di lavoro (e la realizzazione degli obblighi negativi o di fare fungibile in precedenza indicati) è in grado di ricostruire pienamente la dimensione fisiologica del rapporto, restituendo il dipendente alla pienezza delle sue funzioni e senza che possa sostenersi un'incompatibilità strutturale tra tutela in forma specifica ed ordine di reintegrazione. Le caratteristiche delle mansioni descritte, infatti, sono tali da consentire al lavoratore di operare semplicemente riprendendo a svolgere i suoi normali compiti e senza che possa affermarsi una pretesa infungibilità della collaborazione del datore di lavoro che, nel caso di specie, si realizza attraverso forme che non richiedono un costante flusso di ordini e prescrizioni sul lavoro da svolgere³³⁴.

In queste ipotesi, inoltre, non vi è alcuna espropriazione del potere organizzativo imprenditoriale. Anzi, la ricostruzione del vincolo obbligatorio e l'effettuazione della prestazione avvengono in piena conformità all'assetto produttivo liberamente scelto e realizzato dal datore di lavoro, che non viene in alcun modo ad essere intaccato dalla tutela in forma specifica, perché il lavoro si svolge "assecondando" le regole organizzative dell'impresa, e senza alcuna sostituzione forzosa delle prerogative manageriali. In sostanza la reintegra non impone modifiche organizzative

³³⁰ Nell'anno 2004, in un'azienda metalmeccanica di quasi 2000 dipendenti appartenente ad una multinazionale, un operaio addetto alla produzione (e che lavora su una pressa) svolge i seguenti compiti: a) preleva una "boccola" (consistente in un piccolo cilindro vuoto) da un contenitore situato sul macchinario e la colloca in una apposita sede della macchina; b) successivamente prende da un altro contenitore un pezzo chiamato "supporto" e lo mette in un'altra sede della pressa che è in posizione opposta e corrispondente a quella in cui è inserita la boccola; c) con una pulsantiera viene quindi messo in moto il macchinario che combina i due pezzi (boccola e supporto), e il manufatto prodotto viene depositato in una scatola; d) successivamente, dopo la realizzazione di un certo numero di pezzi, l'operatore li ordina in fila all'interno della scatola.

³³¹ BARBIERI, 2003, p. 61.

³³² Il riferimento è a quelle decisioni secondo le quali il potere direttivo può "realizzarsi anche attraverso direttive programmatiche soltanto imprese nella struttura aziendale" (Cass., 6 luglio 2001, n. 9167).

³³³ PIVETTI, 2003, p. 53; BARBIERI, 2003, p. 61.

³³⁴ Per tornare all'esempio indicato nella nota 46: chi può dubitare che, in quell'ipotesi, la mera riammissione in azienda dell'operatore sia tale da consentirgli di lavorare in totale autonomia e senza la necessità di ordini dettagliati, con un potere direttivo che in qualche misura è "integrato" nella stessa organizzazione produttiva? In tal senso si è sostenuto che "ai fini dell'esecuzione dell'ordine di reintegrare il lavoratore licenziato nel posto di lavoro, è possibile, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., determinare giudizialmente tutte le misure che non prevedano una specifica e continuativa cooperazione del datore di lavoro, non potendosi ipotizzare una infungibilità astratta ed assoluta della collaborazione del datore soprattutto nell'ipotesi di lavoro di carattere manuale o comunque inquadrato in un ciclo produttivo (nella specie, il pretore ha ordinato che, a cura di ufficiale giudiziario, il lavoratore addetto al mescolatore e al caricamento degli ingredienti nei silos fosse riammesso nello stabilimento e ricevesse le mansioni svolte prima del licenziamento)" (Pret. Milano, 13 ottobre 1983, in *FI*, 1984, I, p. 3040).

diverse dal mero ripristino della situazione preesistente.

Anche dal punto di vista dell'interesse creditorio dedotto nel contratto e del suo bilanciamento con quello debitorio (che, come si è detto, è un parametro di valutazione della fungibilità o meno dell'attività richiesta), la reintegra coattiva, nei casi descritti, ricostruisce la situazione preesistente al licenziamento e, quindi, il complesso dei diritti e doveri gravanti sulle parti (e da essi liberamente scelti al momento di stipula del contratto). La tutela in forma specifica, dunque, non altera o modifica l'interesse del soggetto attivo del rapporto.

L'infungibilità del potere direttivo (e, quindi, l'impossibilità di surrogarlo con comportamenti di terzi o con altre attività sostitutive che, se realizzate, si porrebbero in contrasto con l'assetto giuridico vigente) si manifesta nei confronti di quelle mansioni che richiedono direttive continue e sempre variabili o quando si tratta di introdurre mutamenti rispetto alla situazione esistente (modificando, ad esempio, la struttura organizzativa, i tempi di produzione, gli orari, gli obiettivi aziendali). In questi casi, ovviamente, non sussiste una infungibilità materiale (perché astrattamente anche questi comportamenti potrebbero essere eseguiti da un'altra persona) bensì giuridica: si tratta infatti dell'esercizio di poteri che attengono al "se" ed al "come" organizzare il lavoro e la produzione e che implicano quindi scelte valutative che costituiscono l'essenza specifica dell'iniziativa economica e che non possono che essere esercitate dall'imprenditore³³⁵. Nelle situazioni descritte, ovviamente, la mera riammissione in servizio del lavoratore non è in grado di ripristinare la fisiologia del rapporto di lavoro e, quindi, la reintegrazione nel posto non può essere eseguita in forma specifica se non con la realizzazione degli obblighi strumentali in precedenza indicati (che tuttavia svolgono sempre una importante funzione di pressione psicologica sull'imprenditore, stimolandolo a collaborare per ricostituire interamente il vincolo obbligatorio)³³⁶.

È evidente dunque che, contrariamente all'opinione dominante, non è configurabile un principio generale di ineseguibilità in forma specifica dell'ordine di reintegrazione, sia con riferimento agli obblighi di fare fungibile o di *pati* in precedenza descritti, sia per quelle mansioni (oggi sempre più numerose) dove la semplice riadibizione al lavoro garantisce il normale svolgimento del rapporto. Si tratta, più semplicemente, di un'analisi che deve essere condotta caso per caso ed al di fuori di impostazioni "dogmatiche" che piegano le categorie civilistiche e processuali alla difesa di precise opzioni di politica del diritto (la reintegra quale inammissibile forma di coercizione della libertà imprenditoriale).

Sul piano più strettamente giuridico, si è obiettato che, a parte i problemi connessi alla

³³⁵ In tal senso anche MAZZAMUTO, 2003, p. 10, che sottolinea come l'imposizione di un commissario *ad acta* che pretendesse di sostituirsi all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo sarebbe illegittimo. Mentre, ovviamente, tale problema non si pone qualora il "commissario" venga delegato ad effettuare gli altri obblighi fungibili già indicati nel testo (reiscrizione nel libro matricola, pagamento dei corrispettivi, consegna materiale delle materie prime ecc.).

³³⁶ In questo caso il reinserimento al lavoro non basta a soddisfare l'interesse creditorio ed a ricostruire la situazione preesistente. Occorre un'ulteriore attività di specificazione dell'interesse, che si realizza con il potere direttivo che individua il contenuto delle mansioni. Non mi sembra, al contrario, che possa essere accolta l'interpretazione secondo la quale occorre distinguere tra potere organizzativo (infungibile) e potere direttivo (surrogabile da altri) (BARBIERI, 2003, pp. 61 – 62). A parte, infatti, che nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio si riflette una frazione dell'organizzazione (il cui coordinamento è prerogativa imprenditoriale alla stessa stregua dell'intera organizzazione produttiva), va detto che, in ogni caso, soltanto il titolare dell'interesse creditorio può coordinare la prestazione (specificandone il contenuto) in modo tale da soddisfare l'interesse dedotto: si tratta, come si è già detto, di un'attività surrogabile dal punto di vista materiale, ma non da quello giuridico.

incoercibilità di determinati obblighi collegati alla reintegrazione, la tutela in forma specifica si rivela inadeguata alla realizzazione dei suoi fini perché sia la riammissione del lavoratore in azienda, sia la collaborazione necessaria per rendere possibile l'esecuzione della prestazione lavorativa sono obbligazioni continuative e non ad esecuzione istantanea. Pertanto si è affermato che "...a nulla varrebbe che in via spontanea o coattiva il lavoratore ottenga un giorno il rientro nello stabilimento, se l'ingresso il giorno dopo gli sia impedito dal datore di lavoro, senza che questo alleggi a giustificazione del suo comportamento alcun fatto nuovo – sopravvenuto alla riammissione in fabbrica – che integri gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento..."³³⁷.

Va detto, che, in realtà, il limite indicato è tipico di qualsiasi strumento di tutela in forma specifica (a parte quelli che si sostanziano in un'attività che, quando è portata a compimento, si esaurisce immediatamente, come ad esempio la consegna o il rilascio di un bene mobile od immobile). Si è sottolineato, infatti, che, nel caso di violazione di un obbligo di non fare (ad esempio in relazione alla edificazione di un fabbricato), nulla impedisce, che, dopo aver ottenuto la demolizione del bene, il soggetto obbligato costruisca nuovamente³³⁸. È evidente che, una volta ottenuta la reintegrazione, il datore di lavoro può, con attività ulteriori, impedire concretamente al lavoratore di svolgere le sue prestazioni (impedendogli, ad esempio, l'accesso al posto di lavoro), ma tale situazione non si discosta da molte altre nelle quali la tutela in forma specifica non è in grado di incidere su eventi successivi alla attuazione coattiva dell'obbligo.

Tra l'altro, quando il dipendente viene riadibito ai suoi compiti (ed è in grado di svolgerli in piena autonomia senza necessità di ulteriori forme di collaborazione del datore di lavoro), l'esecuzione in forma specifica della reintegrazione si è interamente compiuta, perché essa consiste nella reimmersione del lavoratore in azienda e nella riattivazione forzosa del vincolo obbligatorio. Tutte le vicende successive (anche quelle che, per ipotesi, si verificano pochi minuti dopo l'inizio del lavoro) non attengono più alla tutela coattiva dell'obbligo di reintegrare (che è stato realizzato), ma alla dinamica ordinaria del rapporto di lavoro. Pertanto se, dopo aver consentito al dipendente reinserto nel posto di lavoro di svolgere nel primo giorno le sue ordinarie mansioni, nel giorno successivo gli si impedisce l'ingresso in azienda, si tratterà di una ipotesi di mora del creditore e non di inattuazione dell'obbligo di reintegrazione, che è stato ormai eseguito. E, in questa ipotesi, il lavoratore non potrà attivare nuovamente gli strumenti previsti per la tutela in forma specifica, ma dovrà far ricorso alla disciplina prevista dagli artt. 1206 e segg. del cod. civ. (intimazione a ricevere le prestazioni e, in caso di mancato accoglimento dell'invito, diritto alle retribuzioni, al risarcimento del danno ecc.).

La situazione, tra l'altro, non cambierebbe neanche se il dipendente, dopo aver ricominciato a lavorare, potesse vantare un vero e proprio diritto al lavoro, con conseguente obbligo del datore di lavoro di fargli eseguire la prestazione³³⁹. In questo caso, infatti, la tutela in forma specifica (sicuramente attivabile ai sensi delle norme del codice di procedura) troverebbe fondamento non

³³⁷ PROTO PISANI, 2003a, p. 115, nota 97. In senso conforme D'ANTONA, 1979, p. 186; RENNA, 1984, p. 79, nota 125 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

³³⁸ MAZZAMUTO, 2003, p. 12.

³³⁹ Sul punto v. *infra* § 8 testo e note 126 ss.

nell'obbligo di reintegra a seguito di un licenziamento illegittimo (che si è esaurito con il reingresso in azienda e la ripresa dell'attività lavorativa), bensì nella disposizione in tema di adempimento del contratto (art. 1453 cod. civ.), che imporrebbe al datore di lavoro l'esecuzione del programma negoziale (che prevede appunto l'obbligo di far lavorare il dipendente).

La interpretazione descritta non trova ostacolo nel carattere inibitorio dell'ordine di reintegrazione³⁴⁰. È vero, infatti, che il provvedimento giurisdizionale inibitorio ha la finalità di "prevenire l'illecito, piuttosto che riparare gli effetti"³⁴¹ e che la reintegra "è rimedio che si proietta verso il futuro e si lega tipicamente a situazioni giuridiche *durevoli*"³⁴². Tuttavia l'inibitoria continua a produrre i suoi effetti fino a quando la ricostituzione forzosa del vincolo obbligatorio non sia stata completamente realizzata³⁴³ e, in questi casi, l'eventuale rifiuto del datore di lavoro potrebbe essere represso sempre facendo ricorso al "comando" (inattuato) contenuto nell'art. 18 ed alle forme dell'esecuzione in forma specifica (nei limiti, già descritti, dell'impossibilità di surrogare alcune prestazioni infungibili). Ma se, per le caratteristiche dell'organizzazione produttiva e/o delle mansioni svolte, la semplice riammissione in servizio del dipendente è tale da ripristinare la fisiologia del rapporto di lavoro, gli eventi successivi che impediscono l'esecuzione della prestazione non sono più reprimibili con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, perché "reintegrare effettivamente significa riammettere il lavoratore in azienda per utilizzarne normalmente la prestazione: nulla di più e nulla di meno"³⁴⁴. In questi casi il rifiuto del lavoro sarà riconducibile alla *mora credendi* (o alle disposizioni in tema di adempimento contrattuale se si ritiene, con un'opinione non condivisibile, che esista un vero e proprio diritto allo svolgimento della prestazione).

Si potrebbe obiettare che, poiché l'inibitoria ha la funzione di imporre di "astenersi in futuro dal ripetere determinati atti..."³⁴⁵, i comportamenti successivi di "disposizione" del rapporto (ad esempio, impedire l'ingresso in azienda o intimare al lavoratore di stare a casa) costituiscono una violazione dell'ordine del giudice contenuto nella sentenza e dovrebbero, quindi, essere repressi con l'art. 18. In realtà si può replicare che l'inibitoria produce i suoi effetti fino a quando continui, anche dopo la sentenza (e, quindi per il futuro), la perpetuazione dello stesso illecito o quando venga reiterato un *diverso* comportamento illegittimo che abbia "un'identità di genere e specie" con quello precedente³⁴⁶. Mentre, quando l'illecito viene a cessare e venga realizzato un successivo atto o fatto contrario alla legge ma differente da quello originario (perché non appartenente

³⁴⁰ Si vedano, tra gli altri, D'ANTONA, 1979, p. 115 ss.; Id., 1990, p. 364 ss.; NAPOLI, 1993, p. 71 ss.; TARUFFO, 1996, p. 3.

³⁴¹ RAPISARDA, TARUFFO, 1989, p. 1.

³⁴² D'ANTONA, 1979, p. 125.

³⁴³ D'ANTONA, 1979, p. 192 ss.

³⁴⁴ D'ANTONA, 1990, p. 362.

³⁴⁵ Cass., 25 luglio 1995, n. 8080, in *Dir. ind.*, 1996, p. 774.

³⁴⁶ "In tema di concorrenza sleale, la funzione essenziale e tipica dell'azione inibitoria di cui all'art. 2599 c.c. è quella di apprestare una tutela giurisdizionale preventiva, attuantesi nella pronuncia contenente l'ordine rivolto ad una parte del processo di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione degli obblighi di non fare previsti dall'art. 2598 c.c. Pertanto, anche la pronuncia inibitoria, sebbene non suscettibile di attuazione diretta nelle forme dell'esecuzione forzata, può costituire oggetto di giudicato, consentendo di acquisire ad un eventuale secondo giudizio di cognizione l'accertamento, compiuto nel primo giudizio, dell'illiceità dell'atto ex art. 2598 c.c. I principi sui limiti oggettivi di tale giudicato sono rispettati se fra i due comportamenti (quello considerato nella pronuncia inibitoria e quello successivamente realizzato) sussista un'identità di genere e specie, all'interno della quale le eventuali variazioni meramente estrinseche e non caratterizzanti non possono fare escludere l'operatività della pronuncia medesima" (Cass., 25 luglio 1995, n. 8080, cit.).

allo stesso “genere e specie”), è evidente che il provvedimento inibitorio non è più utilizzabile e, per la sua eliminazione, occorrerà fare ricorso ad un altro provvedimento giurisdizionale³⁴⁷. Nell’ambito dell’art. 18, una volta che la reintegrazione sia stata “consumata” (con il ripristino dell’ordinaria attuazione del rapporto), il successivo comportamento del datore di lavoro (ad esempio l’ordine di restare a casa) non ha la stessa identità di genere e specie del precedente (il licenziamento illegittimo) e, pertanto, non può essere represso con l’inibitoria contenuta nella sentenza, e comporterà l’applicazione di un diverso istituto giuridico (la *mora credendi*).

Si può concludere, dunque, che l’esecuzione coattiva della reintegrazione ha spazi di applicazione assai superiori a quelli che gli vengono comunemente attribuiti, in una situazione dove i mutamenti intervenuti nei sistemi di produzione hanno addirittura aumentato le sue potenzialità di intervento rispetto al 1970, quando fu emanato l’art. 18 dello statuto dei lavoratori. A parte le comprensibili resistenze ideologiche, non vi è dubbio, peraltro, che l’esecuzione in forma specifica della reintegra ponga diversi problemi. Essi peraltro, non sono identificabili nel fatto che l’ottemperanza del comando giudiziale sarebbe “inopportuna per i ‘costi’ che provocherebbe in ordine alla libertà di iniziativa imprenditoriale incisa da ‘ordini’ giudiziali non sapientemente dosati”³⁴⁸. I costi a cui si fa riferimento sono di gran lunga inferiori a quelli imposti da vincoli previsti dall’ordinamento a tutela dell’adempimento o a protezione di interessi fondamentali della collettività (la sicurezza del lavoro, la tutela dell’ambiente ecc.).

In realtà il problema principale, oltre alla impossibilità di ottenere l’esecuzione forzata delle forme di collaborazione imprenditoriale 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 manageriali, con ulteriore radicale ed irreversibile compromissione del vincolo fiduciario (già minato dalle ragioni che hanno indotto a procedere al licenziamento).

Proprio in considerazione di tali aspetti, la legge ha pragmaticamente previsto strumenti alternativi alla reintegrazione coattiva, con la previsione del risarcimento del danno sino alla effettiva reintegrazione quale mezzo di stimolo all’adempimento spontaneo dell’obbligo, o, per evitare al dipendente di tornare a lavorare in un ambiente indesiderato, l’indennità sostitutiva della reintegra. Tuttavia queste soluzioni normative, che rispondono ad esigenze pratiche e che sono certamente condivisibili, non escludono la piena utilizzazione della tutela in forma specifica nei limiti in precedenza descritti.

5. Segue: il pagamento delle retribuzioni a titolo di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo e quale astreinte

L’analisi delle forme di tutela specifica deve estendersi anche al quarto comma dell’art. 18 che

³⁴⁷ Se, dunque, con un provvedimento di inibitoria si è proibito l’uso di segni distintivi idonei a produrre confusione (art. 2598 cod. civ.) e realizzati per mezzo della stampa, l’ordine del giudice si estende anche ad eventuali comportamenti successivi diversi da quello che ha dato origine al giudizio, ma che abbiano la stessa natura (deve sempre trattarsi di “segni distintivi” illegittimi) ed a prescindere dalle “variazioni meramente estrinseche e non caratterizzanti” (ad esempio l’utilizzazione di internet).

³⁴⁸ Di MAJO, 2001, p. 298.

prevede il risarcimento del danno nella misura di “un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal momento del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione”.

Non vi è dubbio che il risarcimento, in questo caso, assolve a funzioni diverse. Per il periodo che va dal licenziamento alla sentenza ha la finalità di reintegrare il lavoratore dei pregiudizi subiti in conseguenza dell’illegittimità del licenziamento. Per il periodo successivo la pronuncia del magistrato sancisce un obbligo di risarcimento che è soltanto eventuale (visto che immediatamente dopo la lettura del dispositivo il datore di lavoro potrebbe invitare il dipendente a riprendere il lavoro) e che in ogni caso, essendo riferito ad un evento che non si sa se accadrà o meno (l’ottemperanza dell’ordine di reintegrazione), ha lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire il *dictum* della sentenza³⁴⁹.

Si è in presenza quindi di una tipica *astreinte* “consistente nell’imposizione al debitore, condannato all’adempimento *in natura*, del pagamento di una somma di denaro, ove esso non dia esecuzione all’obbligo arrecato dalla condanna” e che rappresenta “una misura coercitiva indiretta, tendente ad indurre il debitore ad adempiere”³⁵⁰. Il danno, dunque, per il periodo successivo alla sentenza ha una funzione compulsiva (“fidando che la rappresentazione delle conseguenze dell’inottemperanza determini l’obbligato ad adempiere”: così Cass. 4 marzo 1978 n. 1094)³⁵¹, e si trasforma soltanto in un secondo momento in una sanzione per l’inadempimento (oltre che nel risarcimento forfettizzato del pregiudizio subito)³⁵². Tra l’altro questa finalità compulsiva trova fondamento nel nesso tra risarcimento ed “effettiva” reintegrazione contenuto nella nuova formulazione dell’art. 18 dello statuto (dopo la riforma del 1990), perché la legge dimostra che l’indennità ha anche lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire la reintegra ed è quindi uno strumento diretto a realizzare il ripristino fattuale (e non solo giuridico) del vincolo obbligatorio³⁵³.

Una simile interpretazione non è smentita dal fatto che il risarcimento è “commisurato” alla retribuzione globale di fatto, con una formulazione che lascia intendere che – a parte le 5 mensilità dovute “in ogni caso” - il corrispettivo sia soltanto un parametro del pregiudizio subito (con

³⁴⁹ Per l’analisi di tale problematica e per le indicazioni bibliografiche degli autori in materia, mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 1992, p. 328 ss. (in particolare p. 333 ss. per la questione indicata nel testo). Non mancano, ovviamente diverse opinioni sulla funzione del risarcimento del danno previsto nell’art. 18 e per un accurato esame delle diverse interpretazioni v. MAZZOTTA, 1999, p. 826 ss.

³⁵⁰ DI MAJO, 2001, p. 273. Va ricordato che “il criterio di determinazione dell’*astreinte* non viene messo in relazione con il presumibile danno provocato al creditore dall’inadempimento ma con le capacità finanziarie del debitore e con la presumibile capacità di resistenza di esso nell’ostinarsi a non adempiere” (DI MAJO, 2001, p. 273). Inoltre è possibile che la somma venga “aumentata a misura che il ritardo si prolunga” (D’ANTONA, 1979, p. 227, nota 92). Infine l’*astreinte*, a differenza del risarcimento che “copre il pregiudizio fin dal momento in cui esso si è prodotto”, può valere soltanto “per il futuro”, e può essere liquidato anche in assenza di un’effettiva perdita di utilità economiche (CENDON, 1989, p. 298).

Sull’*astreinte* in genere si vedano CENDON, 1989, p. 298 ss.; TARUFFO, 1989, p. 86; FRIGNANI, 1989, p. 364; LIBERTINI, 1989, p. 315 ss.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 6 ss.; CARPI, 2002, p. 381 ss. (particolarmente i § 5 e 6, con analisi comparatistica ed ampi riferimenti bibliografici). Sull’art. 18 dello statuto quale *astreinte* v. GHERA, 1989, p. 1088 (in relazione alla vecchia formulazione della norma) e ID., 1991, p. 638 ss. (con riferimento alla nuova disposizione).

³⁵¹ In *FI*, 1978, I, p. 599 ss. (particolarmente p. 566).

³⁵² L’attitudine “plurifunzionale” del danno previsto dall’art. 18 era stata sostenuta dalla giurisprudenza anche in relazione al risarcimento previsto dalla norma antecedente alla riforma del 1990. Per le citazioni v. SPEZIALE, 1992, p. 332, nota 152. Tale attitudine è confermata, per la nuova formulazione dell’art. 18 dello statuto, anche da GHERA, 1991, p. 641; D’ANTONA, 1994, p. 8.

³⁵³ SPEZIALE, 1992, p. 334 (con indicazione, nelle note 158 e 163 a p. 334, degli autori che sottolineano l’importanza del termine “effettiva”). V., sul punto, anche MAZZOTTA, 1999, p. 829 ss.

possibili variazioni in aumento o diminuzione) e non un elemento fisso ed invariabile a cui il giudice si deve rapportare per la determinazione dell'importo dovuto³⁵⁴. Si potrebbe sostenere, infatti, che la possibilità di variare discrezionalmente il contenuto della indennità, nella parte in cui svolge la funzione di coazione indiretta, è incompatibile con l'*astreinte*.

Tuttavia, va ricordato che è nelle caratteristiche dell'*astreinte* la possibilità di una modifica equitativa del suo ammontare da parte del giudice in relazione alle condizioni economiche dell'obbligato o ad altre valutazioni (in particolare "la presumibile capacità di resistenza... nell'ostinarsi a non adempiere")³⁵⁵. Si è sottolineato, infatti, che "la somma di denaro è commisurata non ai danni che può subire il creditore, ma all'entità ritenuta dal giudice idonea a privare l'obbligato dell'interesse all'inadempimento ed a spingerlo all'adempimento spontaneo"³⁵⁶. Pertanto, se la natura particolare del risarcimento in funzione compulsiva esclude la possibilità di dedurre dall'indennità eventuali altri redditi percepiti dal lavoratore in base al principio del danno effettivo³⁵⁷, tuttavia il giudice ha la possibilità di variare l'entità della somma dovuta "commisurandola" alle reali esigenze di coazione indiretta che essa deve svolgere.

In tale ambito, si è osservato che il comportamento del datore di lavoro che si rifiuti di ottemperare all'ordine di reintegra è sicuramente doloso e che il dolo è una componente che aggrava il quantum del risarcimento³⁵⁸. Il principio, sicuramente condivisibile, consentirebbe al giudice di incrementare l'entità dell'indennità prevista dall'art. 18 proprio in relazione alla reiterazione nel tempo del comportamento omissivo del datore di lavoro. Tra l'altro una simile conclusione trova conferma proprio nelle caratteristiche dell'*astreinte*, che "può essere aumentata a misura che il ritardo (nell'adempimento) si prolunga"³⁵⁹ e che può consistere nella "minaccia di dover subire una condanna pecuniaria via via crescente"³⁶⁰.

Va detto, ovviamente, che la particolare funzione svolta dall'indennità risarcitoria va coordinata con la tutela reale in forma specifica realizzabile nei limiti indicati nel precedente paragrafo. Se, a seguito della semplice riammissione in azienda, il lavoratore è effettivamente reintegrato nel proprio posto di lavoro, il risarcimento svolgerà la sua funzione di "stimolo" ad adempiere soltanto fino al momento in cui materialmente il dipendente non avrà ripreso la sua ordinaria attività lavorativa. Nei casi in cui, al contrario, la reintegrazione presuppone una collaborazione del datore

³⁵⁴ Sul termine "commisurare" (che assume il significato illustrato nel testo) e sul dibattito dottrinario sul punto v. SPEZIALE, 1992, p. 329 (con ampie citazioni bibliografiche). Si veda anche D'ANTONA, 1994, p. 7; MAZZOTTA, 1999, p. 830 ss. (con altre indicazioni di dottrina).

³⁵⁵ DI MAJO, 2001, p. 273. Considerazioni analoghe sono svolte anche da TARUFFO, 1989, pp. 93 – 94; GAROFALO M.G., 1990, p. 195.

³⁵⁶ PROTO PISANI, 2003a, p. 122.

³⁵⁷ Per l'analisi di tale aspetto e per indicazioni bibliografiche degli autori lavoristi e civilisti v. SPEZIALE, 1992, p. 326 ss., p. 332 ss. (ed anche le note 153 a p. 333 e 165 a p. 335). Cfr. inoltre D'ANTONA, 1994, p. 8 (con ulteriori citazioni) e MAZZOTTA, 1999, p. 831 ss.

³⁵⁸ MAZZAMUTO, 2003, p. 10. Tra l'altro, nell'ambito del diritto del lavoro, il principio è stato espressamente codificato dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 215/2003, in base al quale "il giudice tiene conto, ai fini della liquidazione del danno di cui al comma 4, che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziaria ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". Si tratta, in questo caso, dell'applicazione legislativamente tipizzata del principio generale indicato nel testo, con possibilità di aggravare l'entità del risarcimento a fronte di comportamenti ritorsivi intenzionalmente finalizzati a "punire" chi intende far valere il proprio diritto.

³⁵⁹ D'ANTONA, 1979, p. 227, nota 92.

³⁶⁰ DI MAJO, 1994, p. 4.

di lavoro che si sostanzia in attività realmente infungibili (oggi meno frequenti che in passato per le ragioni già spiegate), il risarcimento svolgerà una finalità di coazione indiretta che servirà proprio a surrogare l'impossibilità di utilizzare strumenti che garantiscano direttamente l'adempimento dell'obbligo.

Una funzione analoga a quella descritta è realizzata dall'ultimo comma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, il quale prevede che, nel caso di mancata reintegra del dirigente della rappresentanza sindacale, il datore di lavoro "è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore". La disposizione, infatti, ha sicuramente lo scopo di indurre il debitore ad adempiere spontaneamente (ed è, quindi, un'*astreinte*)³⁶¹ e, in caso di non esecuzione della reintegrazione, ha valore di sanzione pecuniaria afflittiva, assimilata al modello anglosassone del *contempt of the court* (condanna connessa alla disobbedienza ai provvedimenti del giudice o per disprezzo dell'autorità giudiziaria), anche se, rispetto al sistema inglese, la differenza sta nel fatto che "della pena pecuniaria non beneficia mai il privato"³⁶². La norma esaminata, peraltro, nella sua duplice finalità compulsiva e sanzionatoria, può anche richiamare tecniche di tutela proprie del sistema tedesco ed austriaco, con una caratterizzazione più pubblicistica³⁶³, a riprova di come l'esigenza di garantire l'effettivo adempimento degli obblighi di fonte legale (e non il mero risarcimento del danno) sia un'esigenza comune anche ad altri ordinamenti giuridici contemporanei.

6. La repressione della condotta antisindacale

L'art. 28 dello statuto dei lavoratori prevede che, qualora il datore di lavoro ponga in essere un comportamento antisindacale, il Tribunale, sollecitato da un ricorso presentato dalle associazioni sindacali, "ordina al datore di lavoro... la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti". Inoltre il datore di lavoro che non ottempera il provvedimento giurisdizionale "è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale"³⁶⁴.

Da tempo si è sottolineato come la condanna del Tribunale abbia la funzione repressiva di eliminare gli effetti della violazione compiuta e quella preventiva di inibire la continuazione del comportamento vietato, oltre che lo scopo di "ottenere l'adempimento (futuro) spontaneo da parte del datore di lavoro degli obblighi di fare e non fare che la Costituzione, la legge 300 del 1970 e la contrattazione sindacale gli impongono a tutela della libertà ed attività sindacale, nonché del diritto di sciopero"³⁶⁵. L'art. 28, come è noto, non tipizza i comportamenti antisindacali (e si limita ad indicare i "beni" protetti)³⁶⁶, e la lesione può riguardare sia un interesse esclusivo del sindacato

³⁶¹ La tesi è sostenuta, tra gli altri, da MAZZOTTA, 1999, p. 1011; DELL'OLIO, 1987, p. 467 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

³⁶² PROTO PISANI, 2003a, p. 125.

³⁶³ PROTO PISANI, 2003a, p. 124. In relazione alla normativa vigente in Germania si vedano anche le osservazioni di DI MAJO, 2001, p. 266.

³⁶⁴ Sull'art. 28 dello statuto, v., tra gli altri, GAROFALO M.G., 1979; TREU, 1974; SCOGNAMIGLIO, 1988.

³⁶⁵ PROTO PISANI, 2003a, p. 113. Sulla funzione inibitoria di questa disposizione v. RAPI SARDA, TARUFFO, 1989, p. 6.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 7 ss.; GHERA, 1989, p. 1092; Id., 1991, p. 645 ss.

³⁶⁶ GAROFALO M.G., 1979, p. 78 ss.; TREU, 1974, p. 120; GHERA, 1989, p. 1092; Id., 1991, p. 466.

che un interesse individuale del lavoratore (che direttamente o indirettamente lede anche quello sindacale).

In tale ambito è importante rilevare che il provvedimento giurisdizionale ha effetto “*costitutivo* degli obblighi inibitori – cessazione – e ripristinatori (rimozione degli effetti) del comportamento illegittimo per violazione dei diritti sindacali individuali dei singoli lavoratori, o collettivi delle organizzazioni sindacali”³⁶⁷. Il decreto o la sentenza del giudice, pertanto, creano, a carico del datore di lavoro, tutta una serie di obblighi di dare, fare, non fare, *patti* che sono indispensabili per rimuovere definitivamente le conseguenze del comportamento illegittimo³⁶⁸ e che incidono sulle posizioni giuridiche delle parti nel rapporto obbligatorio. Si è in presenza, quindi di situazioni giuridiche passive di fonte giudiziale, che a volte coincidono con quelle previste dalla legge (come, ad esempio, la reintegrazione del lavoratore licenziato o le attività dirette a consentire lo svolgimento di un’assemblea)³⁶⁹ ma, in molti altri casi, trasformano il normale onere di cooperazione del datore di lavoro in un vero e proprio obbligo ed aprono la strada, quindi, alla possibile tutela in forma specifica. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi della dequalificazione o del trasferimento illegittimi perché motivati da discriminazioni antisindacali: in questi casi la rimozione degli effetti si traduce nella creazione di obblighi di riadibizione del dipendente alle sue mansioni o al luogo originario di svolgimento della prestazione, rispetto alle quali il lavoratore è creditore di attività strumentali al raggiungimento dello scopo che, nei limiti che si analizzeranno, potranno essere imposte coattivamente³⁷⁰.

Si è affermato che, in relazione alla “*costituzione* degli obblighi a carico del datore di lavoro, alla regola della atipicità della condotta fa riscontro, in termini simmetrici, una eguale atipicità di comportamenti (atti materiali o negoziali) vincolanti alla restituzione del diritto sindacale leso³⁷¹. E si è sostenuto, tuttavia, che “gli obblighi di fare attivo o astensivo imposti dall’art. 28 sono necessariamente *infungibili*: la loro imposizione vincola, infatti, i poteri organizzativi dell’imprenditore...” e, pertanto, la norma dello statuto dei lavoratori “non consente.... il ricorso a forme di esecuzione forzata alternativa alla coercizione dell’obbligato per l’adempimento dell’ordine esecutivo del giudice”³⁷². In realtà si è già spiegato che la titolarità del potere organizzativo in capo all’imprenditore non gli garantisce *di per sé* una “immunità” rispetto al comando giudiziale, che deve essere eseguito anche se condiziona in modo penetrante le prerogative manageriali, con l’unico limite della impossibilità di eseguire in forma specifica soltanto quelle prestazioni realmente infungibili che costituiscono il “nucleo duro” del potere organizzativo e che non possono essere effettivamente surrogabili con altre attività³⁷³.

Non esiste, dunque, una infungibilità generale degli obblighi a carico del datore di lavoro ed

³⁶⁷ GHERA, 1989, p. 1092; ID., 1991, p. 646.

³⁶⁸ PROTO PISANI, 2003a, p. 113.

³⁶⁹ Gli obblighi indicati nel testo, infatti, trovano fondamento negli artt. 18 e 20 dello statuto dei lavoratori.

³⁷⁰ La situazione descritta nel testo è applicabile a tutte le situazioni, individuali o collettive, che non trovano fondamento in obblighi di fonte legale. Va detto, peraltro, che le ipotesi indicate – dequalificazione, trasferimento illegittimo – sono tutelabili in forma specifica anche al di fuori dell’ambito dell’art. 28 dello statuto dei lavoratori: v. *infra* § 12 e 13.

³⁷¹ GHERA, 1989, p. 1093; TREU, 1974, p. 120; GAROFALO M.G., 1979, p. 88 ss. e 119 ss.

³⁷² GHERA, 1989, pp. 1097 – 1098; ID., 1991, p. 646.

³⁷³ V. *retro* § 2 (testo e note 7 ss.) e § 4 (testo e note 21 ss. e 26 ss.).

occorre, ancora una volta, procedere ad un'analisi differenziata delle singole situazioni per verificare se ed in che misura sia possibile la tutela esecutiva in forma specifica. La "atipicità" dei comportamenti imposti all'imprenditore può sostanziarsi in obblighi di fare (reintegrazione nel posto di lavoro o nelle mansioni di lavoratori licenziati, trasferiti o collocati in cig; trattative con il sindacato; attività strumentali – concessione di locali, di spazi per affissione, di permessi – all'esercizio dei diritti sindacali), in obblighi di dare (pagamento di contributi o di retribuzioni), in obblighi di tolleranza (della riunione o indizione di assemblee o di altri modi di svolgimento dell'attività sindacale, consistenti nel volantinaggio o in azioni di proselitismo o propaganda) ed in obblighi di non fare (non modificare turni o sistemi di lavoro, non applicare accordi sindacali separati)³⁷⁴.

Per quanto attiene agli obblighi di *patti* o di non fare non si pone un problema di infungibilità, che è strettamente connesso a comportamenti attivi imposti al debitore. Va detto, peraltro, che l'art. 2933 cod. civ. prevede che "se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo". Si è sostenuto che la norma fa riferimento ad obblighi che "in caso di inadempimento" impongono "una modificazione del mondo esterno che sia suscettibile di rimozione forzata. Gli obblighi negativi di pura attività, infatti, consentono soltanto una tutela preventiva o meramente sanzionatoria e non certo il ripristino *manu militari* dello *status quo ante*"³⁷⁵. Si tratta di confrontare tale affermazioni con gli obblighi imposti al datore di lavoro che si sostanziano, appunto, in un mero contegno passivo.

Per quanto riguarda l'esercizio di alcuni diritti sindacali (la partecipazione all'assemblea, lo svolgimento di propaganda e proselitismo sindacale) la semplice riammissione del lavoratore in azienda (che, come si è visto, è obbligo pienamente surrogabile e coercibile) consente di attuare pienamente le situazioni soggettive descritte, perché "l'obbligo del datore è 'fungibile'.... rispetto a singoli atti di esercizio delle libertà sindacali, cui potranno corrispondere altrettanti episodi esecutivi..."³⁷⁶. D'altra parte, la presenza fisica del dipendente è sufficiente a consentire l'esercizio dei diritti indicati e non richiede forme ulteriori di cooperazione del datore di lavoro.

Per quanto attiene alla violazione di obblighi di non fare, vi è concordanza sul fatto che la loro lesione implica, al fine di ripristinare la situazione di legittimità, la realizzazione di obblighi positivi, consistenti nella distruzione del bene illegittimamente realizzato o anche in obblighi diversi (come nel caso della violazione del divieto di immissioni di cui all'art. 844 cod. civ., che può essere risolta con l'imposizione di impianti che possano rendere tollerabili le emissioni di fumo, calore, rumore ecc.)³⁷⁷. In questo caso, dunque, la tutela in forma specifica sarà possibile soltanto per gli obblighi di fare fungibili che devono eliminare l'inadempimento di quelli negativi.

Se il datore di lavoro era tenuto a non modificare determinati turni di lavoro ed ha violato il divieto, si dovrebbe procedere coattivamente al ripristino della situazione anteriore. In questo caso tuttavia si tratterebbe di sostituire il potere organizzativo del datore di lavoro che è incoercibile non dal punto di vista materiale (nulla vieta che, tenendo conto delle prassi esistenti e dell'organizzazione data, un terzo proceda alla effettiva ridefinizione dei turni) bensì da quello giuridico,

³⁷⁴ GHERA, 1989, p. 1096.

³⁷⁵ MAZZAMUTO, 1998, p. 345; conf. DI MAJO, 2001, p. 290.

³⁷⁶ MAZZAMUTO, 1978, p. 183.

³⁷⁷ MAZZAMUTO, 1998, p. 344 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza); DI MAJO, 2001, p. 289.

perché la predeterminazione dei tempi di lavoro attiene a profili attinenti all'organizzazione dell'impresa che non possono che essere definiti dal suo titolare. Mentre la violazione dell'obbligo di non applicare accordi separati che hanno comportato la erogazione di determinati benefici economici potrebbe sostanziarsi, ad esempio, nel recupero delle somme di denaro corrisposte, realizzata con trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori (che è un'attività certamente fungibile). In queste, come in altre ipotesi, dunque si tratterà di valutare la natura dell'obbligo di fare che deve porre rimedio alla violazione del contegno negativo, individuando la surrogabilità o meno del comportamento dovuto in base ai caratteri già esaminati³⁷⁸.

Per gli obblighi di dare consistenti nel pagamento di somme (e che presuppongono l'effettuazione di altre attività materiali), la fungibilità è sicuramente rinvenibile nel caso in cui si disponga di denaro contante, mentre l'emissione di assegni o l'effettuazione di operazioni bancarie presuppone necessariamente la persona autorizzata al loro svolgimento e non né quindi surrogabile³⁷⁹.

Alcuni degli obblighi di fare in precedenza descritti (ed imposti dalla decisione del giudice) sono stati già analizzati (come nel caso della reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di un licenziamento illegittimo)³⁸⁰. Le conclusioni raggiunte sono estensibili a molte altre ipotesi simili, come ad esempio, la reimmissione in servizio di dipendenti illegittimamente collocati in cassa integrazione o la riadibizione alle mansioni originarie di lavoratori dequalificati o trasferiti in violazione dell'art. 2103 cod. civ., nella misura in cui la ripresa dell'attività lavorativa possa svolgersi con il semplice ingresso in azienda e con l'effettuazione di tutte le operazioni strumentali (e fungibili) già prese in considerazione.

Lo svolgimento delle trattative sindacali è chiaramente incoercibile, perché presuppone valutazioni e decisioni connesse al merito del confronto con le organizzazioni sindacali che possono essere effettuate soltanto dal titolare dell'impresa (e degli interessi giuridici ed economici coinvolti). Mentre le attività strumentali all'esercizio dei diritti sindacali (messa a disposizione di locali e spazi per affissione, concessione di permessi) sono tutte surrogabili, perché si sostanziano in operazioni materiali che possono essere compiute da chiunque e non comportano scelte o valutazioni organizzative riservate soltanto all'imprenditore³⁸¹.

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, la varietà delle situazioni che si possono verificare impedisce di effettuare un'analisi esaustiva di tutti i possibili obblighi nascenti dal provvedimento

³⁷⁸ In questi casi, dunque, non opera il limite (enucleato dalla dottrina: cfr., per tutti, MAZZAMUTO, 1998, p. 345) relativo alla impossibilità di rimuovere "gli obblighi negativi di pura attività" (v. *retro* testo e nota 91). Infatti, tutti i comportamenti violativi di obblighi di non fare indicati nel testo hanno determinato "una modificazione del mondo esterno" e sono successivamente rimuovibili anche con obblighi di fare. Va detto, tra l'altro, che il limite del pregiudizio all'economia nazionale (contenuto nel secondo comma dell'art. 2933) è eccezionale e si riferisce soltanto agli obblighi di distruzione di una "res indebitamente edificata" (MAZZAMUTO, 1998, p. 349).

³⁷⁹ Soltanto il diretto interessato può firmare un assegno. Lo stesso può dirsi per la realizzazione di un bonifico bancario, che presuppone sempre una firma, o altra attività equivalente, certamente non surrogabile. E questo vale anche nel caso che la persona autorizzata ad effettuare le operazioni indicate sia diversa dal titolare dell'impresa.

³⁸⁰ V. *retro* § 4 (testo e note 33 ss.).

³⁸¹ Mettere a disposizione un locale – che presumibilmente già esiste e nel quale sono state compiute in precedenza altre assemblee - o una bacheca per le affissioni, o concedere permessi (tra l'altro non sindacabili nel contenuto dall'imprenditore) non incide sul *proprium* delle prerogative manageriali perché non influenza il potere di organizzazione dell'impresa o la definizione di scelte strategiche sul "se", "come" e "quando" produrre.

giurisdizionale, la cui coercibilità o meno, comunque, potrà essere determinata in base ai criteri in precedenza descritti.

Inoltre, per i problemi connessi al carattere inibitorio della tutela accordata dall'art. 28 e per i riflessi che si determinano su eventuali comportamenti del datore di lavoro successivi all'emanazione del provvedimento giurisdizionale, è sufficiente rinviare alle riflessioni svolte sull'art. 18 dello statuto, perché si tratta di situazioni del tutto analoghe³⁸². In tale ambito si è affermato che la condanna all'adempimento in futuro dell'obbligo originario – la cd. inibitoria – “può essere attuata solo attraverso il ricorso alla tecnica delle misure coercitive e mai in via di esecuzione forzata...”³⁸³. Indubbiamente la condanna in futuro solleva i problemi delineati da questa autorevole dottrina ma in linea di principio non vedo una difficoltà nel contrastare l'inattuazione della inibitoria con la reiterazione degli strumenti propri dell'esecuzione forzata. In sostanza, l'indubbia difficoltà di dover usare gli artt. 612 e ss. c.p.c., non esclude che il comportamento antisindacale compiuto dopo la pronuncia del giudice ed in violazione del “comando” di cessare l'attività illegittima possa (se si tratta d'obbligo fungibile) essere coattivamente imposta con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

In considerazione della quantità e qualità degli obblighi imposti al datore di lavoro e della difficoltà (o, in alcuni casi, della vera e propria impossibilità) di procedere all'esecuzione forzata, il legislatore ha previsto, in caso di violazione del decreto o della sentenza del giudice, l'applicazione dell'art. 650 del codice penale. In questo caso la sanzione penale esercita una funzione compulsiva all'ottemperanza spontanea al comando giudiziale (e, quindi, è una forma di coazione indiretta all'adempimento) e di repressione della condotta illecita (ed ha, quindi, natura sanzionatoria)³⁸⁴. E, nel caso di obblighi infungibili, essa è uno strumento alternativo alla inidoneità della tutela in forma specifica³⁸⁵.

7. La tutela antidiscriminatoria

Le disposizioni finalizzate ad escludere le discriminazioni fondate sulla razza, sul sesso, sulla religione, sulla lingua, sulle convinzioni politiche o sindacali e su altre ragioni costituiscono ormai un *corpus* normativo di rilevante importanza. Alla graduale estensione dei diritti fondamentali protetti (si pensi alla tutela contro le discriminazioni fondate sull'handicap, sull'età, sulle convinzioni personali, sulla nazionalità, sull'etnia, sul colore, sull'orientamento sessuale, sulla provenienza geografica ecc.) si affiancano strumenti processuali che sono diretti a rendere effettivi i diritti e che si muovono nel solco già tracciato dall'art. 28 dello statuto dei lavoratori.

³⁸² V. *retro* § 4, testo e note 53 ss.

³⁸³ PROTO PISANI, 2003a, p. 113.

³⁸⁴ PROTO PISANI, 2003a, p. 113 ss. Sulle caratteristiche della norma penale e sulle questioni connesse alla sua applicazione (che non possono essere esaminate in questa sede) si vedano D'ANTONA, 1979, p. 241 ss.; SILVESTRI, TARUFFO, 1989, p. 13 ss. (a cui si rinvia per un'analitica ricostruzione di tutte le problematiche coinvolte e per ulteriori indicazioni bibliografiche).

³⁸⁵ Proto Pisani (2003a, p. 113) sottolinea l'importanza svolta dalla norma penale sul presupposto, da me criticato, dell'impossibilità di utilizzare le forme dell'esecuzione forzata per imporre l'inibitoria. A me sembra, in realtà, che l'unico limite sia rinvenibile nella infungibilità (o impossibilità) degli obblighi da realizzare. Il che non esclude, peraltro, che, a fronte della difficoltà di utilizzare gli strumenti propri del codice di procedura civile, la norma penale svolga una funzione dissuasiva e compulsiva della massima importanza (e, a volte, sicuramente più effettiva della esecuzione forzata).

Il giudice, infatti, accertato il comportamento antidiscriminatorio, ordina la sua cessazione e la rimozione degli effetti (oltre eventualmente alla liquidazione del danno, anche non patrimoniale)³⁸⁶. Inoltre il magistrato, in determinati casi, può ordinare all'autore dell'illecito di "definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate" e di attuare il piano medesimo³⁸⁷. L'inottemperanza del provvedimento giurisdizionale prevede, poi, l'applicazione di sanzioni penali (in particolare quelle previste dagli artt. 650 e 388 del codice penale)³⁸⁸, o la revoca di determinati benefici economici (incluse le agevolazioni finanziarie e creditizie). Sono stabilite, inoltre, anche la esclusione per un tempo definito dalla concessione delle medesime agevolazioni, o dagli appalti ed infine la condanna al pagamento di una somma di denaro, da versarsi in apposito fondo, per ogni giorno di ritardo³⁸⁹.

La struttura "aperta" delle varie disposizioni (che non tipizzano i comportamenti illeciti ed a volte si limitano ad indicare, a titolo meramente esemplificativo, le situazioni in cui si possono verificare le discriminazioni)³⁹⁰ e del provvedimento adottabili dal magistrato (la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti) consente di rinviare alle osservazioni già svolte in relazione all'art. 28 dello statuto dei lavoratori. Alcune delle singole situazioni in cui può concretarsi la discriminazione sono state già studiate (ad esempio il licenziamento illegittimo) ed altre verranno successivamente esaminate (la dequalificazione o il trasferimento). In questa sede ci si limiterà soltanto ad analizzare alcune ipotesi particolari nelle quali si pone il problema della tutela in forma specifica, senza poterle considerare tutte, anche per la varietà delle forme in cui la discriminazione si può realizzare³⁹¹.

Va subito osservato, peraltro, che, in questa materia, il risarcimento del danno non assume la funzione di *astreinte*, bensì soltanto quella di ripristino del pregiudizio economico subito. E tale conclusione è fondata sulla struttura delle varie disposizioni che si occupano di tale aspetto, dove è evidente il carattere meramente riparatorio del danno, che non ha lo scopo di indurre il destinatario ad evitare il compimento di comportamenti illegittimi³⁹². Le norme penali applicate in

³⁸⁶ Si vedano, ad esempio, l'art. 15 della l. n. 903/1977; l'art. 4, comma 10, della l. n. 125 del 1991; l'art. 44, comma 1, del d.lgs. 286 del 1998; l'art. 4, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 215/2003 e l'art. 4, comma 2, del d.lgs. 216/2003. Il risarcimento del danno è espressamente previsto dall'art. 44, comma 7, del d.lgs. n. 286/1998, dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215 del 2003 e dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216 del 2003.

³⁸⁷ Art. 4, commi 8, 9 e 10, della l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 10, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215 del 2003; art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216 del 2003.

³⁸⁸ Art. 15 l. n. 903/1977; art. 4, comma 11, l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 215 del 2003; art. 4, comma 2, del d.lgs. 216 del 2003.

³⁸⁹ Art. 4, comma 11, l. n. 125 del 1991; art. 44, comma 11, del d.lgs. n. 286 del 1998; art. 4, comma 1, del d.lgs. 215 del 2003; art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2003.

³⁹⁰ È questo il caso, ad esempio, dell'art. 44, comma 9, del d.lgs. n. 286 del 1998, che, ai fini della discriminazione, afferma che il giudice può dedurre elementi di fatto "anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e delle qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione di carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

³⁹¹ A volte è la legge stessa ad indicare le possibili aree in cui la discriminazione si può realizzare. Gli artt. 3 dei d.lgs. n. 215 e 216 del 2003, ad esempio, fanno riferimento all'accesso all'occupazione – ivi inclusi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione –, all'accesso all'orientamento e formazione professionale, alle affiliazioni ed attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro, agli atti di gestione del rapporto di lavoro e ad altre ipotesi ancora.

³⁹² Le norme analizzate prevedono che "con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale" (art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/2003) ed analoga previsione è contenuta nell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216/2003 e nell'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215/2003 ("con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice,

caso di inottemperanza all'ordine del giudice (art. 650 e 388 c.p.) hanno invece la finalità di coazione indiretta a non porre in essere atti o comportamenti discriminatori e funzione sanzionatoria dell'illecito compiuto. Lo stesso può dirsi per la condanna al pagamento, a favore di uno specifico fondo, di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo (e su tali aspetti si rinvia a quanto già detto). In tale ambito vanno ricondotte anche quelle disposizioni che prevedono la revoca dei benefici economici già concessi, o l'esclusione dalle agevolazioni finanziarie e creditizie o dagli appalti, perché del tutto simile è la funzione perseguita (scoraggiare, in via preventiva e con la prospettiva di perdite economiche, i comportamenti vietati e sanzionare successivamente la violazione della legge).

In base all'art. 15 della legge n. 903/1977, qualora sia stata disposta un'assunzione fondata sulla discriminazione sessuale, il giudice dispone la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. In sostanza ne deriva la nullità del contratto di lavoro fondato su ragioni discriminatorie e la necessità di procedere all'assunzione del soggetto discriminato³⁹³. In che limiti è possibile eseguire in forma specifica la estinzione del precedente vincolo contrattuale e la costituzione del nuovo rapporto?

Per quanto attiene alla prima ipotesi, la nullità del contratto (e la conseguente applicazione dell'art. 2126 cod. civ.) richiede semplicemente la comunicazione dell'inesistenza del vincolo contrattuale e l'allontanamento del lavoratore dall'azienda. Queste attività possono essere esercitate in forma espressa o con comportamento concludente e sono certamente surrogabili da parte di terzi, a meno di non ritenere che si sia in presenza di poteri manageriali *sempre* infungibili: una tesi questa che si è già avuto occasione di confutare in precedenza³⁹⁴.

La costituzione forzosa del nuovo rapporto di lavoro è stata contestata in base ad un principio generico di tutela dell'autonomia privata (che non potrebbe essere compressa sino a giungere alla conclusione autoritativa di un rapporto di lavoro)³⁹⁵ o in considerazione del fatto che si sarebbe in presenza di prerogative imprenditoriali non esercitabili da terzi³⁹⁶. A quest'ultima obiezione si è già replicato e non occorre aggiungere altro. Quanto alla compressione dell'autonomia privata, va detto che essa, a determinate condizioni, è surrogabile da un provvedimento giudiziario, che sostituisca la mancanza di consenso dell'interessato (art. 2932 cod. civ.). Ne deriva che,

oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno..."). Si confronti tale formulazione con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori (il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno "stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione...") o con gli artt. 66, comma 2, R.D. 21 giugno 1942, n. 929 (sui marchi) e 86, comma 1, del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 (sulle invenzioni). Queste ultime disposizioni (che sono universalmente riconosciute come introduttive di *astreintes*) (v., per tutti, DI MAIO, 1994, p. 4; RAPISARDA, TARUFFO, 1989, p. 13) prevedono che il giudice, con la sentenza che liquida il risarcimento dei danni, "può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente contestata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa". Mi sembra evidente che la legge, quando vuole attribuire al danno una finalità compulsiva utilizzi formulazioni che espressamente attribuiscono al risarcimento la funzione di coazione e di penalità per la mancata osservanza del provvedimento del giudice. Di tali espressioni non vi è traccia nelle disposizioni in materia di tutela antidiscriminatoria, dove il danno è disciplinato per garantire la reintegrazione dei pregiudizi subiti (*contra* ZOLI, 2003, p. 25, il quale, peraltro, giunge alla conclusione opposta in relazione al possibile effetto che la liquidazione del danno può svolgere e trascurando il contenuto letterale delle disposizioni).

³⁹³ CICCHITTO, 1996, p. 1190.

³⁹⁴ V. *retro* § 2 (testo e note 8 ss.) e § 4 (testo e note 23 ss.).

³⁹⁵ ISENBURG, 1984, pp. 121 – 122.

³⁹⁶ GHERA, 1979, p. 354.

in linea generale, non sussiste una preclusione alla costituzione forzosa di un vincolo negoziale. Nel caso di specie, tra l'altro, non vi sono i limiti particolari che sono stati sollevati proprio in relazione all'applicazione della disposizione del codice civile sulla esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto³⁹⁷. Infatti il nuovo rapporto di lavoro con il soggetto discriminato potrà avere contenuto identico a quello dichiarato invalido per quanto attiene gli elementi essenziali (la tipologia, l'inquadramento, le mansioni, l'orario di lavoro, l'apposizione di un eventuale patto di prova e così via). Non vi è, quindi, un problema di indeterminatezza del contenuto del contratto, né di "espropriazione forzosa" della volontà contrattuale del datore di lavoro, che verrebbe in questo caso replicata in misura del tutto conforme alla sua originaria manifestazione.

Per quanto attiene alle discriminazioni sindacali è sufficiente rinviare all'analisi svolta in relazione all'art. 28 dello statuto, ricordando che il ripristino della situazione di legalità può comportare tutta una serie di obblighi positivi o negativi a carico dell'imprenditore, la cui concreta eseguibilità in forma specifica deve essere esaminata caso per caso ed è certamente realizzabile in molte situazioni³⁹⁸.

L'ordine del giudice di predisporre ed attuare un piano di rimozione delle discriminazioni pone delicati problemi. Una sentenza del Tribunale di Catania ha stabilito che "la società che ha posto in essere la condotta discriminatoria sessuale indiretta ha l'obbligo di predisporre, entro il termine di tre mesi, un piano di rimozione delle discriminazioni, mediante un criterio che faccia riferimento alla valutazione della professionalità pregressa ed escludendo ogni riferimento al possesso di diploma di scuola superiore"³⁹⁹. L'obbligo è chiaramente infungibile per la parte in cui richiede un'attività valutativa connessa alla professionalità, che presuppone un giudizio sul contenuto e lo svolgimento delle mansioni che, anche se astrattamente eseguibile da altri, implica una valutazione sull'idoneità dell'adempimento a soddisfare l'interesse creditorio che non può che essere esercitata dal titolare dell'interesse medesimo.

In tale ambito ed in presenza di procedure per la selezione del personale (per l'accesso al lavoro o per la promozione), la discriminazione che ha impedito l'assunzione o l'acquisizione della qualifica superiore potrà essere rimossa (con la costituzione del vincolo o l'attribuzione del superiore inquadramento conseguente alla sentenza o all'ordine del giudice). La tutela in forma specifica (in relazione all'art. 2932 cod. civ. per la stipula del contratto ed all'art. 2931 cod. civ. per quanto attiene all'obbligo di attribuire la qualifica superiore) sarà possibile quando il risultato della selezione potrà essere determinato in base all'applicazione di requisiti oggettivi (procedure standardizzate di valutazione o positivo superamento di prove selettive già eseguite) e non sarà indispensabile una valutazione discrezionale da parte del datore di lavoro sulle caratteristiche personali o sulle capacità professionali del dipendente. In quest'ultimo caso, infatti, il giudizio soggettivo è infungibile, perché è strettamente connesso all'idoneità del lavoratore a svolgere una attività che sia tale da soddisfare l'interesse creditorio, che è di esclusiva pertinenza del suo titolare⁴⁰⁰.

³⁹⁷ V. *infra* il § 10 sul collocamento obbligatorio.

³⁹⁸ V. *retro* il § 6.

³⁹⁹ Trib. Catania, 22 novembre 2000, in *FI*, 2001, I, p. 1778.

⁴⁰⁰ In linea generale la tutela in forma specifica, nella misura in cui impone coattivamente l'adempimento, condiziona l'interesse creditorio a ricevere la prestazione. Tuttavia, in questi casi l'esecuzione garantisce la realizzazione di obblighi già definiti dalle parti nel

Nel caso di discriminazione relativa alla assegnazione di determinate mansioni, la materiale adibizione del dipendente allo svolgimento di compiti specifici sarà surrogabile quando essa non comporti modifiche organizzative che sono di stretta pertinenza dell'imprenditore (come, ad esempio, la necessità, per realizzare l'ordine del giudice, di sottrarre le mansioni ad altri, o di ripartirle in modo diverso tra i lavoratori esistenti o di dovere trasferire altri ecc.)⁴⁰¹.

Gli esempi potrebbero continuare. Va rilevato, comunque, che, come si è già sottolineato parlando della reintegrazione, la esecuzione in forma specifica dell'obbligo derivante dalla sentenza riguarda soltanto la stretta realizzazione del comando giudiziale (la costituzione del contratto di lavoro, la materiale assegnazione a determinate mansioni o al proprio posto di lavoro ecc.) e non le vicende successive al completamento della fase esecutiva. Se, dopo essere stato adibito alle mansioni imposte dalla pronuncia giurisdizionale (e che il dipendente è in grado di svolgere autonomamente in base alle proprie competenze ed alla struttura organizzativa dell'impresa), al lavoratore venga impedito di eseguire la prestazione, si tratterà di vicende connesse alla normale dinamica del rapporto di lavoro e non alla tutela esecutiva che si è ormai compiutamente realizzata⁴⁰². Infine, per quanto attiene ai profili della tutela inibitoria connessa alle disposizioni analizzate, è sufficiente rinviare alle osservazioni già svolte sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

L'art. 16 della legge n. 300 del 1970 vieta l'erogazione di trattamenti economici di maggior favore che hanno carattere discriminatorio. In questo caso il giudice, su richiesta del lavoratore discriminato, ordina al datore di lavoro il pagamento al fondo di adeguamento pensioni di una somma pari all'importo delle somme illegittimamente erogate per un periodo massimo di un anno. A parte l'evidente funzione compulsiva e sanzionatoria di tale previsione, è chiaro che, in caso di inattuazione dell'obbligo di pagamento, l'esecuzione in forma specifica sarà possibile nei limiti in precedenza indicati⁴⁰³.

Il problema si pone diversamente per quanto riguarda il divieto, sancito dalla pronuncia giurisdizionale, di continuare ad erogare trattamenti discriminatori. Si è in presenza di un obbligo di non fare, che si sostanzia in una "modificazione del mondo esterno che (è) suscettibile di rimozione forzata"⁴⁰⁴. In questo caso la tutela in forma specifica potrà realizzarsi con il recupero coattivo delle somme erogate (in modo simile a quanto già analizzato in relazione alla violazione dell'obbligo di non applicare accordi separati)⁴⁰⁵.

8. I rimedi generali previsti dal codice civile

Oltre alle norme speciali in precedenza analizzate, la tutela in forma specifica può essere

piano dell'obbligazione e, quindi, idonei a soddisfare l'interesse del soggetto attivo del rapporto. Nella ipotesi indicata nel testo, al contrario, l'interesse creditorio non è ancora esattamente definito e richiede un'ulteriore attività che, anche se astrattamente surrogabile in base a criteri oggettivi, implica una valutazione che può essere esercitata soltanto dal creditore.

⁴⁰¹ In questa ipotesi, l'esecuzione in forma specifica richiede modifiche organizzative *diverse* dal mero ripristino della situazione preesistente e, quindi, incide sull'iniziativa economica privata dell'imprenditore che, per le ragioni già spiegate, non è surrogabile da altri. Tali modifiche, inoltre, di fatto impongono attività che si sostanziano nell'ulteriore specificazione dell'interesse creditorio (sotto il profilo della quantità e qualità) a ricevere determinate prestazioni. Si tratta, dunque, di una situazione del tutto simile a quella indicata nella precedente nota 116 ed è sufficiente rinviare alle conclusioni ivi espresse.

⁴⁰² Anche in questo caso le sanzioni penali o le altre forme di coazione hanno la finalità pratica di evitare i problemi che nascono dalla gestione del rapporto dopo la realizzazione della tutela esecutiva.

⁴⁰³ V. *retro* § 6 (testo e nota 95), in relazione alla possibilità di surrogare l'obbligo nel pagamento di una somma di denaro.

⁴⁰⁴ MAZZAMUTO, 1998, p. 345.

⁴⁰⁵ V. *retro* § 6 (testo e nota 94).

realizzata con gli strumenti previsti dal codice civile.

Va ricordata, in primo luogo, l'azione di esatto adempimento prevista dall'art. 1453, in base alla quale il contraente non inadempiente chiede l'esecuzione dell'obbligazione dedotta in contratto e non la sua risoluzione. Gli artt. 2930 e seguenti sono espressamente dedicati all'esecuzione forzata in forma specifica di obblighi di diversa natura (tra cui quelli di fare, nei quali va inclusa la prestazione di lavoro). L'art. 2058, infine, consente al danneggiato di ottenere la reintegrazione della situazione antecedente all'evento lesivo invece del risarcimento per equivalente monetario.

Gli istituti indicati implicano questioni giuridiche di enorme rilievo, che hanno impegnato generazioni di studiosi, e che ovviamente non possono essere affrontate in questa sede. Ai fini che qui interessano, ed anche in relazione agli orientamenti giurisprudenziali in materia, vengono accolte alcune conclusioni a cui è pervenuto il dibattito civilistico. Ad esempio, la non necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed obblighi non suscettibili di esecuzione forzata⁴⁰⁶ e l'utilizzazione degli artt. 2930 e ss. anche per i diritti di credito (e non solo per i diritti di proprietà o di godimento su cose mobili ed immobili)⁴⁰⁷ e per l'esecuzione di obblighi non nascenti dal contratto⁴⁰⁸. Infine vi è piena concordanza sulla possibilità di attivare gli strumenti indicati soltanto per la realizzazione di obblighi fungibili, con riproposizione quindi di tutti i problemi già analizzati.

Le forme di tutela descritte presuppongono l'esistenza di un diritto azionato dal suo titolare e di un obbligo di cui si chiede la esecuzione. L'obbligo può derivare da una fonte negoziale o di diversa natura o può anche essere il frutto di un provvedimento giurisdizionale, che crei un'obbligazione di fonte giudiziale (come nel caso dell'art. 2058 cod. civ.)⁴⁰⁹. Nell'ambito del rapporto di lavoro, dunque, occorre verificare se il lavoratore sia titolare di una situazione soggettiva attiva, che gli consenta di azionare gli strumenti sostanziali e processuali (artt. 612 ss. c.p.c.) che l'ordinamento pone a disposizione, con un'analisi che deve essere effettuata caso per caso.

Il problema potrebbe dirsi risolto se venisse accolta la tesi secondo la quale il lavoratore ha il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa, in quanto strumento di realizzazione della sua personalità⁴¹⁰. Questa interpretazione si fonda sulla esistenza di interessi del dipendente "alla realizzazione dei valori professionali e personali inerenti alla prestazione lavorativa"⁴¹¹, che lo vedrebbero non più come soggetto obbligato a lavorare ma anche come titolare di un vero e proprio diritto al lavoro.

Il tema è di tale complessità da non poter essere affrontato in questa sede. In realtà, ho già

⁴⁰⁶ PROTO PISANI, 2003a, p. 102 ss.

⁴⁰⁷ DI MAJO, 2001, p. 270 ss., a cui si rinvia per la critica alla contraria opinione di SATTI, 1963, p. 8 e MONTESANO, 1994, p. 207 ss. In senso favorevole alla tesi espressa nel testo si veda LUISSO, 1989, p. 2 ss. (a cui si rimanda per la ricostruzione del dibattito in materia e per le indicazioni bibliografiche).

⁴⁰⁸ MAZZAMUTO, 1998, p. 334, che riferisce come questa sia l'opinione "dominante".

⁴⁰⁹ V., sul punto, *retro*, nota 17.

⁴¹⁰ SCOGNAMIGLIO, 1994, p. 217 ss.; ID., 2003, p. 137. Per quanto attiene al "diritto al lavoro" del prestatore (fondato su diverse argomentazioni e fonti normative) mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 1992, p. 204 ss. (con ampie indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali). In giurisprudenza si vedano, tra le altre, Cass., 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGL*, 2003, I, p. 311; Cass., 14 novembre 2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, p. 175.

⁴¹¹ SCOGNAMIGLIO, 2003, p. 137.

cercato di spiegare⁴¹² che la presenza di interessi del lavoratore all'esecuzione della prestazione tipica di alcuni rapporti⁴¹³ o connessi alla valorizzazione della professionalità e del lavoro quale strumento di espressione della personalità umana non modifica la struttura fondamentale del contratto del rapporto di lavoro (basata sulle obbligazioni di lavorare e di retribuire) e non crea a favore del lavoratore un vero e proprio diritto al lavoro (a cui corrisponderebbe uno speculare obbligo di far lavorare a carico del datore di lavoro). Gli interessi positivi del lavoratore all'adempimento sono tutelati dalla legge con sanzioni specifiche⁴¹⁴ e/o con quella generale del risarcimento del danno, ma la loro lesione non configura l'inadempimento di un obbligo la cui attuazione può essere coattivamente realizzata mediante la tutela in forma specifica.

La possibilità di utilizzare gli istituti in precedenza descritti, dunque, deve basarsi su presupposti diversi dalla esistenza di un generico diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa.

9. Il diritto alla salute e la violazione degli obblighi di sicurezza

L'interpretazione assolutamente prevalente qualifica l'obbligo previsto dall'art. 2087 cod. civ. come un'obbligazione autonoma a carico del datore di lavoro, nella quale il lavoratore è creditore di sicurezza⁴¹⁵. Il titolare dell'organizzazione produttiva è tenuto ad adottare tutte le cautele tecniche che servano a prevenire e tutelare l'integrità fisica e psichica del dipendente, apprestando gli strumenti e le apparecchiature necessarie a tale scopo, imposte dalla legislazione speciale (nota: citare), oltre che dalla "particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica"⁴¹⁶.

La violazione dell'obbligo, oltre a comportare il risarcimento del danno (anche non patrimoniale), consente la tutela in forma specifica per quanto attiene "la sola installazione di accorgimenti ossia una sottoprestazione fungibile del più ampio obbligo di conformare l'attività produttiva a criteri di salvaguardia della salute dei lavoratori"⁴¹⁷. In sostanza realizzare o ripristinare i macchinari che garantiscono la sicurezza e salubrità dell'ambiente è un obbligo che può essere surrogato da terzi, in quanto:

- a) richiede l'applicazione di regole tecniche o scientifiche e di norme giuridiche conoscibili da chiunque abbia esperienza in materia e che non sono certo prerogativa esclusiva del datore di lavoro;
- b) comporta l'esecuzione di attività materiali (riparare il macchinario non funzionante,

⁴¹² SPEZIALE, 1992, p. 210 ss.

⁴¹³ Come, ad esempio, nei rapporti a contenuto formativo o di apprendimento professionale, in quelli artistici, giornalistici, nel rapporto di lavoro in prova (v., sul punto, SPEZIALE, 1992, p. 195).

⁴¹⁴ Si veda, ad esempio, la "conversione" del contratto di formazione in un rapporto a tempo indeterminato nel caso in cui la mancata esecuzione della prestazione sia imputabile al datore di lavoro e configuri una violazione dei suoi obblighi formativi.

⁴¹⁵ Rinvio, sul punto, a SPEZIALE, 1992, p. 32 (in particolare agli autori citati alla nota 101). In senso contrario MONTUSCHI, 1986, p. 67 ss. che colloca l'art. 2087 c.c. nell'ambito della cooperazione creditoria. La tesi è stata da me ampiamente criticata (SPEZIALE, 1992, p. 132, nota 105).

⁴¹⁶ Si vedano, tra gli altri, MONTUSCHI, 1986, p. 49 ss.; *Id.*, 1987, p. 87 ss.; BIANCHI D'URSO, 1980, p. 41 ss.; MARINO, 1990, p. 71 ss.; NICOLINI, 1991; BALANDI, 1994, p. 79 ss.

⁴¹⁷ MAZZAMUTO, 1998, p. 336, nota 144. In senso conforme anche Ghera, secondo il quale "non vi è nessuna ragione per ritenere infungibile l'obbligo – che è tipicamente un obbligo di protezione, anche se autonomo e non integrativo di (quello di) prestazione – di provvedere alla introduzione ed alla manutenzione delle misure" necessarie a prevenire o ad evitare danni alla salute fisica e psichica, con possibilità, quindi di utilizzare gli strumenti processuali (art. 612 ss. cpc) "per imporre l'introduzione in fabbrica delle misure di prevenzione idonee" (*Id.*, 1979, p. 333).

installarne uno specifico che tuteli la salute dei lavoratori) che possono essere realizzate da personale tecnico specializzato;

c) non implica scelte organizzative relative alle modalità di esecuzione del lavoro o alla realizzazione dell'attività produttiva.

Da tale punto di vista, non vi è dubbio che l'imposizione di apparecchiature a garanzia della salute o della sicurezza incide sugli assetti organizzativi dell'impresa. Tuttavia tale condizionamento è in primo luogo giustificato dalla tutela di interessi fondamentali come quello alla salute che riguardano la persona umana e che necessariamente prevalgono sul diritto al libero svolgimento dell'attività produttiva. Inoltre, in linea generale la tutela in forma specifica in molti casi necessariamente condiziona l'organizzazione produttiva, senza che tale aspetto possa costituire un impedimento alla utilizzabilità degli strumenti giuridici posti a disposizione dall'ordinamento. Il limite, già in precedenza indicato, è quello della impossibilità di surrogare giuridicamente l'imprenditore nelle scelte organizzative che attengono al "se" e al "come" produrre. Ed è evidente che l'introduzione di un depuratore che impedisca il diffondersi di fumi pericolosi o di misure che riducano l'impatto acustico di alcuni macchinari, pur condizionando la produzione (ad esempio sotto il profilo dei costi), non incide sul potere organizzativo dell'imprenditore nel senso sopra indicato⁴¹⁸.

10. Il collocamento obbligatorio

La disciplina relativa all'assunzione degli invalidi è stata sempre considerata come un ambito di possibile intervento della tutela in forma specifica. L'esistenza di una normativa che impone la costituzione del rapporto di lavoro ha indotto la dottrina⁴¹⁹ ed una parte della giurisprudenza⁴²⁰ ad utilizzare la sentenza costitutiva di cui all'articolo 2932 cod. civ. In senso contrario si è formato un consistente orientamento della Cassazione, secondo il quale la norma indicata non sarebbe utilizzabile, perché la disciplina in materia "lasciando all'autonomia delle parti la determinazione concreta di molteplici ed essenziali elementi" del contratto, non consentirebbe al giudice di sofferire alla volontà dei contraenti nella individuazione degli elementi fondamentali del rapporto⁴²¹.

In linea generale si potrebbe obiettare, in primo luogo, che l'art. 2932 è utilizzabile soltanto in relazione al contratto preliminare (per rimediare alla mancata stipulazione del definitivo) e non per gli obblighi legali a contrarre (tra i quali può certamente ascriversi anche quello relativo alle assunzioni obbligatorie)⁴²². Va detto, peraltro, che la dottrina prevalente⁴²³ e la giurisprudenza

⁴¹⁸ Il condizionamento indicato nel testo, infatti, non influenza il *proprium* delle prerogative manageriali relative alle scelte strategiche dell'attività imprenditoriale. In questo caso, tra l'altro, l'obbligo potrà essere eseguito anche a spese dell'obbligato ai sensi dell'art. 2931 cod. civ.

⁴¹⁹ PERA, 1965, p. 211 ss.; MONTUSCHI, 1967.

⁴²⁰ Trib. Milano, 20 novembre 1991, in *RCDL*, 1992, p. 380; Pret. Milano, 30 luglio 1991, in *NGL*, 1991, p. 561; Trib. Milano, 21 giugno 2000, in *LG*, 2001, p. 88; Pret. Milano, 13 luglio 1998, in *LG*, 1988, p. 866; Pret. Milano, 21 gennaio 1999, in *RCDL*, 1999, p. 340.

⁴²¹ Cass., 7 marzo 1990, n. 1770, in *NGL*, 1990, I, p. 334; Cass., 16 maggio 1998, n. 4953, in *NGL*, 1998, p. 502; Cass., 25 ottobre 1996, n. 9319, in *LG*, 1997, p. 422; Cass., 3 marzo 1992, n. 2568; Cass., 24 ottobre 1991, n. 11284, in *DPL*, 1991, p. 3337 e molte altre.

⁴²² La tesi secondo cui l'art. 2932 cod. civ. non è utilizzabile per gli obblighi legali a contrarre è sostenuta da MONTESANO, 1979, p. 518.

⁴²³ DI MAJO, 1990, p. 10 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

sono di diverso avviso⁴²⁴, ritenendo che la disposizione del codice abbia portata più ampia (e sia quindi estensibile anche agli obblighi a contrarre di fonte legale).

Per quanto attiene alla presunta indeterminatezza degli elementi essenziali del contratto, va ricordato che l'orientamento giurisprudenziale contrario si è formato sulla vecchia legge n. 482 del 1968, e si tratta quindi di verificare se l'obiezione indicata sia ancora attuale alla luce della recente riforma introdotta dalla l. 12 marzo 1999 n. 68. La nuova disciplina, infatti, ha introdotto significative innovazioni che, a mio giudizio, consentono una soluzione completamente diversa del problema.

In base alla nuova normativa⁴²⁵, il datore di lavoro soggetto al collocamento obbligatorio deve inviare un prospetto riepilogativo contenente tutta una serie di dati essenziali relativi al proprio organico ed ai soggetti da assumere, tra cui i posti di lavoro e le mansioni disponibili⁴²⁶. La richiesta di assunzione può coincidere con l'invio del prospetto descritto o può consistere in un atto ulteriore (con indicazione anche nominativa del lavoratore) in cui deve essere specificata la qualifica, intesa come descrizione generica delle mansioni a cui sarà adibito l'interessato⁴²⁷. Inoltre al lavoratore avviato deve essere applicato il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi (art. 10, comma 1, l. n. 68/1999).

È evidente che, nei casi in cui il rifiuto di assunzione sia privo di elementi giustificativi, l'obbligo a contrarre potrà essere realizzato con la sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., che assume, in questo caso, anche una funzione determinativa del contenuto del contratto in coerenza con le caratteristiche proprie di questa disposizione⁴²⁸. Il giudice, infatti, potrà utilizzare gli elementi desumibili dai riscontri documentali prima indicati, oltre che dalla disciplina inderogabile di legge e/o di contratto collettivo. Non va dimenticato che, in connessione con la tipologia di obblighi che si sta analizzando, il magistrato "potrà avvalersi per l'individuazione dell'oggetto e della disciplina, delle previsioni inderogabili di fonte legale o amministrativa... delle condizioni generali di contratto (alla cui adozione l'imprenditore è tenuto)..."⁴²⁹ e quindi, in relazione al rapporto di lavoro, di tutte le disposizioni che concorrono alla sua concreta regolamentazione. Va detto, peraltro, che, in base ad un diverso orientamento dottrinario, l'intervento del giudice presuppone un rapporto il cui contenuto sia esattamente definito e dove il giudice deve procedere soltanto alla

⁴²⁴ Si veda, ad esempio, Cass., 22 gennaio 1979, n. 497, secondo la quale l'art. 2932 cod. civ. "non distingue fra l'obbligo di derivazione contrattuale o legale". Conf. Cass., 12 giugno 1982, n. 3592, in *GI*, 1983, I, 1, p. 50.

⁴²⁵ Si rinvia, tra gli altri, a GAROFALO D., 1999a; *Id.*, 1999b; CIUCCIOVINO, 2000, p. 1403 ss.; VALLEBONA, 1999, p. 476 ss.; CIMAGLIA, 1999, p. 11 ss.; TURSI, 1999, p. 764 ss.; MARESCA, 2000, p. 27 ss.

⁴²⁶ Si vedano l'art. 9 della l. 12 marzo 1999, n. 68 ed il Decreto Ministeriale 22 novembre 1999.

⁴²⁷ Una conferma della tesi sostenuta nel testo è ricavabile dal comma 2 dell'art. 9 della l. n.68/1999, dove, in caso di impossibilità di avviare i lavoratori richiesti, si fa riferimento all'invio di soggetti con qualifiche simili e "previo addestramento e tirocinio". È evidente che non avrebbe senso parlare di addestramento in relazione alle qualifiche, intese come astratte descrizioni di gruppi di mansioni contenute nei contratti collettivi, mentre il termine ha un significato solo se le "qualifiche" altro non sono che le mansioni. D'altra parte, se nei prospetti riepilogativi si parla di "mansioni disponibili" ed è rispetto ad esse che gli uffici competenti devono soddisfare le richieste, è chiaro che i due termini sono utilizzati dal legislatore come sinonimi.

⁴²⁸ Sul contenuto determinativo della sentenza v. DI MAJO, 1990, p. 10; MAZZAMUTO, 1998, p. 417. La possibilità di utilizzare l'art. 2932 cod. civ. per il collocamento obbligatorio dopo la riforma del 1999 è sostenuta da GAROFALO D., 1999b, p. XVIII; TURSI, 1999, p. 767.

⁴²⁹ MAZZAMUTO, 1998, p. 417.

individuazione dell'oggetto della prestazione dovuta⁴³⁰.

A me sembra, peraltro, che, nella nuova disciplina del collocamento obbligatorio, la sentenza sia in grado di realizzare la costituzione coattiva del contratto in relazione ad entrambe le interpretazioni in precedenza descritte.

In effetti, dalle fonti legali e contrattuali collettive e dalle stesse dichiarazioni fornite dal datore di lavoro è possibile individuare la qualifica, le mansioni, la posizione lavorativa, il trattamento retributivo e normativo applicabile, con riferimento, quindi, a tutti gli elementi essenziali del contratto, superando quel profilo di indeterminatezza che aveva orientato in senso negativo la precedente giurisprudenza⁴³¹. Tra l'altro, gli eventuali elementi mancanti o non hanno caratteri di essenzialità (come nel caso dell'eventuale apposizione di un patto di prova)⁴³² o si riferiscono a modalità quantitative della prestazione (ad esempio il tempo pieno o il part time) che, quando non sono desumibili dalla stessa richiesta del datore di lavoro, non sono certo tali da incidere sulle caratteristiche fondamentali del rapporto⁴³³. D'altra parte, non va dimenticato che un obbligo a contrarre come quello indicato è finalizzato a garantire l'inserimento di soggetti svantaggiati in coerenza con principi di grande importanza (introdotti dagli artt. 4 e 38 Cost.) e che, proprio con l'attuazione di queste disposizioni costituzionali, esso rispecchia l'esigenza di "rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica e sociale del paese" (art. 3, comma 2, Cost.)⁴³⁴. Pertanto, sembra che la compressione dell'autonomia privata (sotto il profilo della sottrazione alle parti della possibilità di individuare elementi del contratto come quelli in precedenza indicati) sia in questo caso del tutto giustificata⁴³⁵.

In base all'interpretazione più restrittiva prima descritta, il giudice deve procedere alla determinazione dell'oggetto del contratto, mentre gli altri elementi dell'accordo devono già essere

⁴³⁰ In tal senso, ad esempio, LIBERTINI, 1981, pp. 310 – 311.

⁴³¹ Su tali aspetti, oltre a GAROFALO e TURSÌ citati nella precedente nota 144, si rinvia anche a NUZZO, 2004, p. 6. In senso contrario BIANCHI D'URSO, VIDIRI, 2000, p. 736, secondo i quali l'utilizzazione dell'art. 2932 sarebbe in contraddizione con l'impianto globale della legge, che non intenderebbe imporre soluzioni coattive. Si tratta, peraltro, di considerazioni che non tengono minimamente conto delle innovazioni normative introdotte dalla l. 68/1999 e dei principi civilisti in tema di esecuzione specifica.

⁴³² Secondo Cass., 16 maggio 1998, n. 4953 (in GC, 1999, I, p. 1501) il patto di prova costituirebbe un elemento essenziale. La tesi tuttavia è smentita dal fatto che l'apposizione del patto di prova è meramente eventuale e non obbligatoria.

⁴³³ "Nell'ipotesi in cui sia riconosciuto il diritto del lavoratore a tempo parziale alla trasformazione del rapporto in contratto a tempo pieno, in relazione al diritto di precedenza previsto dall'art. 5, comma 3 bis, della l. n. 863 del 1984, il corrispondente obbligo del datore di lavoro può trovare attuazione mediante lo strumento di cui all'art. 2932 c.c., posto che gli elementi del contratto da concludere risultano sufficientemente specificati sulla base del precedente assetto negoziale, modificato solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite e alla loro distribuzione temporale" (Cass., 2 giugno 1998, n. 5415, in NGL, 1998, p. 424). Questa decisione conferma che il tempo del lavoro non è elemento essenziale del contratto.

⁴³⁴ La Corte Costituzionale (sentenza del 1 aprile 1998, n. 88, in GC, 1998, I, p. 1794) ha recentemente confermato che le norme sul collocamento obbligatorio "trovano base e giustificazione nel disposto di cui all'art. 38 della Costituzione, e (sono pertanto) coerenti sia con il dettato del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione – in quanto dirette a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione sociale del Paese – 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, che siano in possesso di attitudini lavorative e professionali, l'inserimento nell'ambiente del lavoro dal quale altrimenti potrebbero restare escluse (sentenza n. 38 del 1960)".

⁴³⁵ D'altra parte, sempre con riferimento agli invalidi, i limiti all'autonomia privata nella scelta del contraente ed i condizionamenti all'iniziativa economica con l'imposizione delle assunzioni erano stati già considerati legittimi dalla Corte (sentenza 15 giugno 1960, n. 38, in MGL, 1960, p. 136 ss.), che ha dichiarato conformi alla Costituzione vincoli ben più penetranti di quelli indicati nel testo (sulla sentenza della Corte e su quelle successive, si veda l'ampia analisi di PERA, 1988, p. 1 ss.).

definiti. Nel contratto di lavoro l'oggetto deve essere identificato nella prestazione lavorativa e nella retribuzione⁴³⁶ e, per quanto attiene la prima, essa è facilmente desumibile dalle mansioni che devono essere indicate dal datore di lavoro, mentre la seconda è ricavabile dal contratto collettivo che, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 68 del 1999, è fonte del rapporto. In questo caso, dunque, l'individuazione dell'oggetto determina la struttura fondamentale del contratto e la rilevanza degli interessi costituzionali in gioco è tale da giustificare la mancata esatta predeterminazione di altri elementi (ad esempio l'orario di lavoro) che, secondo questa teoria, dovrebbero già essere definiti nel dettaglio⁴³⁷.

Una situazione simile è rinvenibile in altre ipotesi, riferite a diverse categorie di invalidi, dove addirittura il grado di specificazione delle prestazioni da effettuare è superiore (in relazione anche al tempo di lavoro)⁴³⁸.

Una strada alternativa a quella indicata è stata individuata nel "riconoscimento al lavoratore di un diritto potestativo alla costituzione del rapporto con il soggetto legalmente obbligato a contrarre (e non direttamente alla conclusione del contratto) da attuarsi per mezzo di una sentenza determinativa del contenuto del rapporto ex artt. 1346 e 1374 c.c."⁴³⁹. La tesi, mutuata da autorevole dottrina civilistica⁴⁴⁰ e che prescinde dal rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., consente di giungere alle stesse conclusioni già descritte (con definizione, da parte del giudice, della qualifica, delle mansioni, della retribuzione ecc.) in base al quadro legale e contrattuale collettivo oggi esistente (che fornisce tutti gli elementi necessari alla determinazione in via integrativa del contenuto del rapporto).

Ma quale sarà la sorte del contratto coattivamente costituito in base alla sentenza del giudice? Sarà possibile una tutela in forma specifica che garantisca la concreta esecuzione della prestazione lavorativa? In realtà il problema non sembra possa sorgere. La legge n. 68/1999 garantisce soltanto il diritto all'assunzione e non all'esecuzione della prestazione lavorativa. La sentenza che sostituisce il consenso del datore di lavoro crea un regolare contratto di lavoro, ma non determina la nascita di un obbligo di far lavorare, che dovrebbe trovare fondamento in una diversa fonte legale o giudiziale (come nei casi in precedenza descritti in relazione all'art. 15, 18 o 28 dello statuto dei lavoratori). Soltanto la configurazione di un generale diritto al lavoro, basato sulla legge o sul contratto, potrebbe legittimare una tutela di esecuzione in forma specifica, ma si è già

⁴³⁶ In tal senso MAGRINI, 1973, p. 398 e nell'ambito dell'interpretazione che vede nell'oggetto del contratto la "prestazione dedotta nel negozio per il raggiungimento dell'assetto di interessi voluto dalla legge" (SPEZIALE, 1998, p. 312, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche degli autori civilisti).

⁴³⁷ In linea generale, tra l'altro, la giurisprudenza sembra confermare che, quando vi sia un obbligo legale a contrarre, il giudice, in base all'art. 2932 cod. civ., abbia un forte potere determinativo del contenuto del contratto. Si veda, ad esempio, Cass., 6 dicembre 1968, n. 3914 (in *GI*, 1969, I, 1, p. 2048 ss., particolarmente p. 2049) che, sempre in applicazione della norma indicata, ha confermato la sentenza di merito che specificava in modo assai dettagliato il contenuto e i limiti di potenza, di durata e di ore giornaliere di una fornitura di energia elettrica imposta ad un monopolista legale ed in attuazione dell'art. 2597 cod. civ. Questa interpretazione conferma ulteriormente la tesi sostenuta nel testo, perché consentirebbe al giudice del lavoro un potere di integrazione del contenuto del rapporto che andrebbe ben al di là della mera determinazione del suo oggetto.

⁴³⁸ L'art. 11 della l. n. 68 del 1999 prevede che per gli invalidi psichici o per quelli ordinari sono possibili convenzioni che devono "indicare dettagliatamente le mansioni attribuite al lavoratore disabile e le modalità di svolgimento" dell'attività lavorativa, con evidente riferimento, quindi, anche all'orario di lavoro.

⁴³⁹ GHERA, 1989, p. 1108.

⁴⁴⁰ MONTESANO, 1979, p. 524 ss.

detto che questa interpretazione non può essere accolta⁴⁴¹ e quindi non è configurabile la sussistenza di un obbligo ineseguito da realizzare coattivamente. Pertanto, l'eventuale rifiuto del datore di lavoro di consentire al lavoratore che abbia ottenuto la sentenza prevista dall'art. 2932 cod. civ. di svolgere la prestazione sarà disciplinato dalle regole generali in tema di mora del creditore.

11. Il part time

L'art. 5 della legge n. 863 del 1984 riconosceva ai lavoratori con contratto *part time* il diritto di precedenza in caso di assunzione di personale a tempo pieno. La giurisprudenza riteneva che, in caso di rifiuto da parte del datore di lavoro, fosse possibile utilizzare la tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., perché "la modificazione dell'assetto negoziale è limitata alla sola quantità delle prestazioni e alla loro distribuzione temporale"⁴⁴², con sufficiente specificazione del contenuto del contratto di lavoro⁴⁴³.

Il problema si è posto in modo diverso a seguito della riforma introdotta dall'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, secondo il quale, se è violato il diritto di precedenza, il lavoratore "ha diritto al risarcimento del danno in misura corrispondente alla differenza tra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio a tempo pieno nei sei mesi successivi al passaggio"⁴⁴⁴. Si è sostenuto, infatti, che la previsione descritta "rappresenterebbe l'unica sanzione prevista dal legislatore ed escluderebbe qualsiasi possibilità di ottenere la costituzione *ope iudicis* del rapporto a tempo pieno"⁴⁴⁵. In realtà è facile replicare che la disposizione si limita a predeterminare l'entità del danno risarcibile in caso di violazione del diritto di precedenza (sottraendo al giudice il compito di individuare l'esatta entità del pregiudizio subito)⁴⁴⁶ e non incide minimamente sulla possibile tutela specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Questa norma, infatti, introduce una tecnica finalizzata ad assicurare l'attuazione coattiva di obblighi legali o fondati sul contratto (ed è, quindi, uno strumento di garanzia della realizzazione dell'adempimento) e non ha nulla a che vedere con il risarcimento del danno (diretto a ristorare il danneggiato del pregiudizio patrimoniale subito). D'altra parte, anche l'art. 18 dello statuto dei lavoratori prevede il risarcimento commisurato alle retribuzioni in funzione compulsiva e sanzionatoria⁴⁴⁷ e, tuttavia, nessuno ha mai pensato che tale previsione escludesse la possibilità della tutela in forma specifica di un obbligo di fonte legale e giudiziale, a riprova della netta distinzione tra il piano della coazione all'adempimento e quello risarcitorio.

⁴⁴¹ V. *retro* § 8 (testo e note 126 ss.).

⁴⁴² NUZZO, 2004, p. 7.

⁴⁴³ Cass., 28 agosto 2003, n. 12648, in *RIDL*, 2004, II, p. 83; Cass., 2 giugno 1998, n. 5415, in *NGL*, 1998, p. 816; Pret. Milano, 20 febbraio 1998; Pret. Milano, 3 luglio 1992, in *OGL*, 1993, p. 67.

⁴⁴⁴ Per un commento alla disposizione si rinvia a BOLEGO, 2001, p. 186.

⁴⁴⁵ NUZZO, 2004, p. 7, nota 13 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁴⁴⁶ Il danno, infatti, potrebbe in teoria anche coincidere con tutte le retribuzioni dovute sino alla maturazione della pensione o con un importo molto inferiore se si ritiene che la violazione del diritto di precedenza costituisce soltanto una perdita di *chance*. La disposizione, quindi, ha solo la finalità di togliere ogni discrezionalità al magistrato predeterminando il *quantum* dovuto per la lesione del diritto.

⁴⁴⁷ V. *retro* il § 5.

Superata l'obiezione descritta, il problema, peraltro, deve essere affrontato oggi in modo in parzialmente diverso, perché, a seguito del d.lgs. n. 276 del 2003, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000 affida esclusivamente all'autonomia individuale la possibilità di introdurre il diritto di precedenza. La violazione del diritto, oltre alla sanzione economica già analizzata, consente certamente di attivare l'art. 2392 del codice civile. Si è visto, infatti, che questa disposizione si riferisce ad obblighi a contrarre di origine legale o convenzionale. In questo caso il diritto di precedenza ed il connesso obbligo a contrarre (condizionato alla volontà di instaurare un nuovo rapporto di lavoro) si basa sull'effetto combinato della previsione legislativa (che ha funzione autorizzatoria) e di quella contrattuale. Se il datore di lavoro si rifiuta di assumere il lavoratore a tempo parziale sarà quindi possibile utilizzare la disposizione del codice sull'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto⁴⁴⁸. Senza contare che l'art. 2932, nella sua formulazione letterale, è riferibile a qualsiasi obbligo a contrarre di origine negoziale, senza possibilità di limitarne l'applicazione alla sequela contratto preliminare/definitivo ed è quindi estensibile anche a quel particolare obbligo che scaturisce dal diritto di precedenza contenuto nel contratto di lavoro⁴⁴⁹.

La concreta utilizzazione dell'art. 2932, inoltre, è suffragata dalla giurisprudenza già esistente, che, proprio in relazione alla trasformazione del contratto da *part time* a *full time*, ritiene sufficientemente specificati gli elementi essenziali del contratto ed affida al giudice soltanto il compito di definire l'entità quantitativa delle prestazioni e la loro distribuzione temporale⁴⁵⁰. In sostanza, anche dal punto di vista materiale, non vi sono particolari problemi alla possibilità di ottenere una sentenza del giudice che costituisca un rapporto di lavoro a tempo pieno.

Per quanto attiene le vicende successive del rapporto, va detto che, in considerazione dell'inesistenza di un diritto al lavoro come caratteristica generale della subordinazione, la concreta esecuzione delle prestazioni lavorative non potrà essere realizzata con le tecniche dell'esecuzione in forma specifica (perché non vi è un obbligo giuridico da imporre coattivamente). In questo caso, infatti, analogamente per quanto accade nel collocamento obbligatorio, la sentenza del magistrato si limiterà a costituire un valido contratto di lavoro, ma non a determinare un obbligo di far lavorare che dovrebbe trovare un diverso fondamento che è in realtà inesistente.

12. La dequalificazione e la reintegra nelle mansioni

L'art. 2103 del codice civile garantisce al lavoratore l'adibizione alle mansioni per le quali è stato assunto e, successivamente, la possibilità di essere assegnato soltanto allo svolgimento di attività con contenuti professionali superiori o equivalenti. La disposizione è stata interpretata come espressiva di un vero e proprio diritto al lavoro⁴⁵¹, la cui violazione consentirebbe, oltre al

⁴⁴⁸ In questo caso, infatti, il diritto all'adempimento si fonda sia sulla legge che sull'autonomia individuale.

⁴⁴⁹ Non va dimenticato che l'art. 2932, c.c. è riferito "a qualunque altra fattispecie dalla quale sorga un obbligo a prestare il consenso al fine del trasferimento o costituzione di un diritto..." (Cass., 12 giugno 1982, n. 3592, cit. a nota 140). D'altra parte non pone alcun problema la circostanza che il diritto ad essere assunto è condizionato alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro. Infatti, quando la condizione (consistente nella volontà di assumere) si è verificata, sarà possibile attivare la tutela in forma specifica.

⁴⁵⁰ V. *retro* testo e note 149 e 159.

⁴⁵¹ Si vedano gli autori citati in SPECIALE, 1992, p. 207, nota 72, a cui *adde* SCOGNAMIGLIO, citato *retro* nella nota 126.

risarcimento del danno⁴⁵², anche la tutela in forma specifica, connessa al fatto che la disposizione creerebbe un vero e proprio obbligo di far lavorare.

In realtà ho già espresso l'opinione che la norma si limita a stabilire che "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) "e non determina un obbligo a ricevere le prestazioni perché non incide minimamente sulla facoltà del datore di lavoro di non utilizzare il dipendente"⁴⁵³. D'altra parte, anche se si volesse adottare una diversa interpretazione che, dilatando gli ambiti della disposizione, arrivi a fondare su essa un vero e proprio interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione, questa tesi non avrebbe conseguenze particolari per quanto attiene alla tutela in forma specifica. Infatti, l'esistenza dell'interesse del dipendente allo svolgimento del lavoro non sarebbe tale da configurare un vero e proprio diritto al lavoro (ed un correlativo obbligo di far lavorare), ma determinerebbe soltanto una posizione soggettiva tutelabile, in questo caso, con il diritto al risarcimento del danno per dequalificazione, e che non incide sulla struttura dell'obbligazione (evitando così il paradosso del lavoratore che è allo stesso tempo obbligato a lavorare ed è... titolare di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa!)⁴⁵⁴.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha ritenuto di poter utilizzare, in via analogica, l'art. 18 dello statuto dei lavoratori⁴⁵⁵. In questo caso, tuttavia, è facile replicare che la disposizione indicata è norma eccezionale, non estensibile al di fuori delle ipotesi in cui la legge espressamente la contempla e, quindi, non applicabile in materia di mansioni⁴⁵⁶. Si è seguito un differente iter interpretativo, ritenendo che all'accertamento della dequalificazione del lavoratore consegue "la condanna del datore di lavoro ad adibire nuovamente il dipendente alle precedenti mansioni", in quanto il titolare del rapporto è "obbligato a rimuovere gli effetti dell'atto illegittimo", con conseguente condanna "ad un *facere*, sia pure in concreto non coercibile". Si è aggiunto che "si tratta di obbligo derivante da quello di dare attuazione al contratto di lavoro, anche se privo del più pregnante contenuto reale dell'ordine di reintegrazione previsto dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300"⁴⁵⁷. La decisione, che si sottolinea per l'estrema esiguità della motivazione su tale aspetto, sembra fondare l'obbligo di reintegrare nelle mansioni sul principio dell'adempimento del contratto previsto dall'art. 1453 cod. civ. e fornisce alcuni utili spunti di riflessione.

Non vi è dubbio, infatti, che il lavoratore possa chiedere la nullità del provvedimento di dequalificazione del datore di lavoro per contrasto con norma inderogabile, a cui affiancare, oltre alla

⁴⁵² Cass., 27 agosto 2003, n. 12553; Cass., 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGI*, 2003, p. 311; Cass., 1 giugno 2002, n. 7967, in *NGL*, 2002, p. 761 e molte altre.

⁴⁵³ SPEZIALE, 1992, p. 208. Si vedano anche le ulteriori riflessioni ivi svolte nelle note 77 e 78 a pp. 208 – 209.

⁴⁵⁴ V., sul punto, *retro* § 8, testo e note 128, 129 e 130.

⁴⁵⁵ In tal senso, ad esempio, Pret. Monza, 20 aprile 1983, in *Tributi*, 1983, p. 696. Parlano genericamente di "reintegrazione", senza far riferimento all'art. 18, Cass., 14 maggio 2002, n. 6992, in *RIDL*, 2003, II, p. 326; Cass. 29 gennaio 1993, n. 931, *ivi*, 1994, II, p. 149.

⁴⁵⁶ In tal senso numerose decisioni che, pur ritenendo che il lavoratore debba essere reintegrato nelle precedenti mansioni, escludono l'applicabilità dell'art. 18, perché l'ordine ivi contenuto ha "il carattere della tipicità e dell'eccezionalità" (Cass., 27 aprile 1999, n. 4221; Cass., 29 settembre 1998, n. 9734; Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, in *MGL*, 1997, p. 580 ss.).

⁴⁵⁷ Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, in *MGL*, 1997, p. 580 ss., con nota di Enrico Ravera (la seconda parte della citazione è a p. 589). Conf. Cass., 27 aprile 1999, n. 4221.

domanda di risarcimento del danno, anche quella di condanna alla riadibizione alle mansioni originarie⁴⁵⁸. Infatti, se è vero che il lavoratore non ha il diritto di svolgere la prestazione, egli, qualora gli venga consentito di lavorare, ha diritto ad essere adibito alle stesse attività a cui era adde- detto prima di essere dequalificato, in coerenza con quanto previsto dall'art. 2103 cod. civ. (che certamente obbliga il datore di lavoro, che intenda ricevere le prestazioni, a consentire al dipen- dente di svolgere le mansioni di assunzione o quelle coerenti con la sua professionalità)⁴⁵⁹. La sentenza, dunque, in accoglimento, della domanda ed al fine "di rimuovere gli effetti dell'atto illegittimo" impone la "condanna ad un *facere*"⁴⁶⁰, che apre la teorica possibilità della tutela in forma specifica. In questo caso, infatti, il diritto garantito dall'art. 2103 cod. civ. (ed il correlativo dovere del datore di lavoro) viene "concretizzato" dalla richiesta di ripristinare la situazione sog- gettiva lesa e dalla condanna a realizzare l'obbligo violato.

L'obbligo, ovviamente, non si sostanzia nell'imporre al datore di lavoro il ricevimento della pre- stazione, bensì, se intenda farlo lavorare, nel consentirgli lo svolgimento di determinate mansioni e presuppone che il lavoratore si attivi per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'ordine contenuto nella sentenza. La concreta realizzazione coattiva del provvedimento giurisdizionale è strettamente connessa al tipo di attività che il dipendente svolgeva prima della dequalificazione. L'alto grado di automazione dell'organizzazione produttiva ed il contenuto esattamente prede- terminato dei compiti assegnati o, al contrario, la forte autonomia delle attività da svolgere con- sentiranno al lavoratore che venga reinserito al proprio posto di eseguire la sua attività senza necessità di ulteriore cooperazione da parte del datore di lavoro e tutti gli obblighi strumentali al conseguimento di tale risultato (accompagnamento in azienda, reinserimento nel posto di lavoro, consegna della materia prima ecc.) sono sicuramente fungibili e surrogabili da terzi. Soltanto per le mansioni che richiedono un costante esercizio del potere direttivo o quando si tratta di intro- durre mutamenti rispetto alla situazione esistente (modificando, ad esempio, la struttura orga- nizzativa, i tempi di produzione, gli obiettivi aziendali), si potrà parlare di infungibilità giuridica dei comportamenti richiesti, in coerenza con quanto già sottolineato in precedenza⁴⁶¹.

È stato obiettato che la coercibilità sarebbe esclusa dalla possibilità, concessa dall'art. 2103, di riadibire il lavoratore dequalificato non alle mansioni originarie, bensì ad altre equivalenti⁴⁶². Si è sottolineato, peraltro, che si tratta di una "evenienza soltanto possibile, successiva alla

⁴⁵⁸ In tal senso, ad esempio, Cass., 27 aprile 1999, n. 4221, secondo la quale la violazione dell'art. 2103 determina "la nullità del provvedimento datoriale di assegnazione a mansioni non equivalenti", con possibilità per il giudice di condannare il datore di lavoro "a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione alle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente". Conf. Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, cit.; Cass., 20 gennaio 1987, n. 491. Di nullità del provvedimento e di mero effetto risarcitorio parlano invece GHERA, 1989, p. 1103 (Id. 1979, p. 335 ss., dove ritiene che una "tutela ripristinatoria quasi reale" sia possibile soltanto nei casi in cui la contrattazione collettiva garantisca al lavoratore, dopo un periodo di tempo, l'attribuzione di mansioni superiori); Cass., 29 settembre 1998, n. 9374; Cass., 7 settembre 1981, n. 5052.

⁴⁵⁹ Ovviamente la insussistenza di un diritto al lavoro non significa che il comportamento del datore di lavoro che rifiuta le prestazioni senza motivo legittimo sia conforme alla legge. In questo caso, infatti, si verterà in una situazione di *mora credendi*.

⁴⁶⁰ Cass., 14 luglio 1997, n. 6381, cit., p. 589.

⁴⁶¹ Su tali aspetti si veda *retro* il § 4 (testo e note 51 e 52). Tra i mutamenti organizzativi a cui si fa riferimento nel testo sono ricomprese anche la soppressione delle mansioni originarie e la necessità, quindi, per utilizzare il lavoratore, di sottrarre mansioni ad altri, o di ripartirle in modo diverso tra i lavoratori esistenti (e così via), perché si tratta di vicende dei rapporti individuali che hanno un *neces- sario* riflesso sulla organizzazione del lavoro e dell'attività dell'impresa.

⁴⁶² In tal senso, ad esempio, Cass., 7 dicembre 1991, n. 13187, in *GI*, 1992, I, 1, p. 1492; Cass., 20 settembre 1990, n. 9584.

fattispecie, e soprattutto fondata su una nuova e diversa situazione di fatto⁴⁶³. Ed in effetti l'ordine del giudice riguarda la riassegnazione alle mansioni originarie e, in mancanza di diversa determinazione del datore di lavoro, è in relazione a tale tipo di attività che deve essere valutata la possibile tutela in forma specifica e non ad un potenziale evento successivo che, se si verificasse, muterebbe indubbiamente i termini del problema.

In realtà la questione si pone diversamente qualora, per l'impossibilità di poter svolgere le attività professionali originarie o per effetto di una precisa disposizione del datore di lavoro che eserciti lo *jus variandi*, si intenda imporre coattivamente l'adibizione del lavoratore a mansioni equivalenti che tuttavia il datore di lavoro non abbia ancora specificato. Si pensi al caso in cui quest'ultimo, dopo la sentenza che ha accertato la dequalificazione, manifesti espressamente la volontà che il lavoratore non sia adibito alle attività originarie ma ad altre mansioni che egli si riserva di specificare in un secondo momento⁴⁶⁴. Successivamente, peraltro, egli non indica quali sono i nuovi compiti da svolgere e vi è quindi il problema della esecuzione specifica del provvedimento giurisdizionale.

Infatti, la individuazione delle nuove attività professionali da attribuire coattivamente richiede un giudizio sulla professionalità dell'interessato, sul contenuto delle mansioni e sugli assetti organizzativi dell'impresa nel cui contesto le mansioni debbono essere svolte. Si è in presenza di una tipica attività valutativa materialmente surrogabile ma giuridicamente infungibile. Essa, infatti incide sulla migliore combinazione dei fattori produttivi e sulla professionalità del dipendente (e, quindi, sull'idoneità dell'adempimento a soddisfare l'interesse creditorio), venendo quindi ad influenzare aspetti che sono di stretta pertinenza del datore di lavoro⁴⁶⁵.

Va detto, peraltro, che la impossibilità per il lavoratore di agire esecutivamente non sarà indefinita. Infatti, se il datore di lavoro comunica le nuove mansioni equivalenti (e poi non consente al lavoratore di eseguirle), l'interessato potrà attivare la tutela in forma specifica per ottenere l'assegnazione ai nuovi compiti (ovviamente nei limiti indicati in precedenza). Se, invece, il titolare del rapporto non indichi per lungo tempo le nuove attività lavorative, il dipendente potrà agire per richiedere l'adibizione a quelle originarie specificate nella sentenza. In caso contrario l'inerzia del datore di lavoro diventerebbe un mezzo per eludere l'ordine del giudice e priverebbe l'interessato della possibilità di ottenere la tutela giurisdizionale, che è considerata dall'ordinamento come un bene di valore assoluto.

Da questo punto di vista particolare rilievo assumono gli artt. 388 e 650 del codice penale (che reprimono i comportamenti che eludono o violano i contenuti di provvedimenti giurisdizionali) e che dimostrano il rilievo attribuito dal sistema giuridico all'attuazione concreta del comando

⁴⁶³ Cass., n. 6381/1997, cit., p. 588.

⁴⁶⁴ Infatti, se il datore di lavoro determina immediatamente le nuove mansioni da espletare, il problema si pone nei termini usuali già esaminati.

⁴⁶⁵ La valutazione della professionalità è in questo caso diversa rispetto a quella che il giudice effettua per verificare se vi è stata una dequalificazione. In questo caso, infatti, il datore di lavoro ha già assegnato il dipendente a determinate mansioni ed ha quindi individuato l'interesse creditorio ed al magistrato si chiede solo di verificare se è stato rispettato il criterio dell'equivalenza. Nella ipotesi descritta nel testo, invece, il giudizio sulla professionalità è funzionale alla individuazione di nuove mansioni non ancora identificate, la cui concreta specificazione da parte del giudice significherebbe sostituirsi al datore di lavoro nella determinazione dell'interesse creditorio.

giudiziale. Senza contare, poi, che l'art. 24 della Costituzione è stato interpretato come diretto a garantire non solo l'accesso al giudizio ma anche l'effettività della tutela dei diritti ed interessi legittimi, che trova nella piena realizzazione del provvedimento giurisdizionale un momento di vitale importanza⁴⁶⁶ e che può quindi considerarsi come un principio di carattere costituzionale.

Inoltre il datore di lavoro non può paralizzare l'attività esecutiva del lavoratore finalizzata ad imporre coattivamente l'obbligo ad essere riadibito alle mansioni originarie. Si pensi al caso in cui, dopo la lettura della sentenza, il titolare del rapporto manifesti espressamente la volontà di non voler riammettere il dipendente nelle attività professionali svolte in precedenza e gli comunichi di restare a casa o emetta un provvedimento ulteriore di gestione del rapporto (ad esempio di sponga un trasferimento). La condanna giudiziale al *facere* infatti (nei confronti della quale il datore di lavoro assume la veste di debitore) è del tutto autonoma rispetto agli atti di gestione del rapporto, che potranno concretamente essere operativi solo *dopo* la piena esecuzione del comando giudiziale (che, altrimenti, non potrebbe mai essere eseguito e che sarebbe sempre possibile "svuotare" di contenuto attraverso una semplice manifestazione di volontà contraria). L'elusione dell'ordine del giudice, infatti, si pone in contrasto con il particolare rilievo (già esaminato) che l'ordinamento attribuisce alla sua concreta realizzazione. Soltanto quando il provvedimento giurisdizionale è stato attuato il datore di lavoro potrà "disporre" del contratto, impedendo l'effettuazione delle prestazioni (con un'ipotesi di *mora accipiendi*) o trasferendo il dipendente e così via⁴⁶⁷.

In sostanza, la combinazione tra la sentenza che ordina la reintegrazione nelle precedenti mansioni e l'impossibilità di eludere il contenuto della pronuncia giurisdizionale con atti di rifiuto o di disposizione della prestazione consentirà al lavoratore il ripristino della situazione antecedente alla dequalificazione (e con l'unico limite, più volte esaminato, della effettiva coercibilità o meno dell'obbligo). In concreto, quindi, l'insieme di tali elementi garantirà, in questo caso, un vero e proprio diritto a riprendere il lavoro, da non confondere con il diritto alla esecuzione della prestazione (che non attiene al solo momento di ricostituzione forzosa della statuizione contenuta nella sentenza, ma esprime una posizione soggettiva stabile, che si proietta sull'intero rapporto di lavoro), la cui esistenza in generale è stata già contestata.

13. Il trasferimento illegittimo del lavoratore

La sentenza che accerta che lo spostamento da un'unità produttiva ad un'altra è avvenuto in assenza delle comprovate ragioni tecniche ed organizzative abilita il lavoratore a richiedere di tornare a lavorare nell'originario posto di lavoro.

⁴⁶⁶ RAPISARDA, TARUFFO, 1989, pp. 8 - 9; RAPISARDA, 1987, p. 77 ss.; PROTO PISANI 2003a, pp. 160 - 161; DI MAJO, 2001, p. 108 ss., p. 132 ss.

⁴⁶⁷ Una conferma della tesi sostenuta nel testo è rinvenibile in quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, dopo l'ordine di reintegrazione ai sensi dell'art. 18 l. 300/1970, "il datore di lavoro deve in via *prioritaria* ammettere il dipendente nel posto di lavoro - non potendo egli sottrarsi all'effetto ripristinatorio proprio della sentenza che contiene tale ordine - esclusivamente nel luogo in cui si era precedentemente svolto" (Cass., 23 novembre 1993, n. 11578, in *NGL*, 1994, p. 189 ed altre ivi citate; conf. Cass., 2 luglio 1999, n. 6847) (il corsivo è stato da me inserito). Pur se riferito ad un'ipotesi diversa, non vi è dubbio che la decisione sottolinea la priorità anche temporale dell'esecuzione del comando giudiziale che non può essere aggirato con un provvedimento - come il trasferimento - di gestione del rapporto di lavoro.

Alcuni orientamenti giurisprudenziali ritengono utilizzabile, anche in questo caso, l'art. 18 dello statuto dei lavoratori⁴⁶⁸, con possibilità di disporre la reintegra nel posto di lavoro di colui che è stato trasferito in violazione dell'art. 2103 cod. civ. Tuttavia, è facile obiettare che la norma indicata è espressamente riferita al licenziamento illegittimo e che la sua estensione oltre gli ambiti indicati, significa forzarne il contenuto (oltre che negarne il carattere eccezionale e la sua non applicabilità in via analogica)⁴⁶⁹.

In realtà, anche in questo caso la possibilità della tutela in forma specifica è legata al diritto sostanziale violato (il mutamento di sede senza l'osservanza dell'art. 2103 cod. civ.) ed al tipo di provvedimento che viene emesso dal magistrato. Il lavoratore, oltre a chiedere l'accertamento dell'illegittimità del trasferimento, può domandare anche di essere riadibito a svolgere le sue prestazioni nel luogo originario di adempimento. Infatti, l'invalidità del provvedimento del datore di lavoro riattribuisce al dipendente, quale effetto giuridico "fisiologico", il diritto a svolgere la prestazione lavorativa nella precedente sede da cui è stato spostato in violazione della legge. In questa situazione la sentenza, se accoglie la domanda, impone la "condanna ad un *facere*"⁴⁷⁰, che consente la tutela in forma specifica, perché impone al datore di lavoro un obbligo di fonte legale (fondato sull'ultimo comma dell'art. 2103) che, anche in tale ipotesi, viene realizzato con l'accoglimento di una richiesta finalizzata a ripristinare la situazione preesistente.

La decisione del giudice non crea, a carico del datore di lavoro, un obbligo a far lavorare, ma impone al titolare del rapporto, se intende ricevere le prestazioni lavorative, di consentire al dipendente di effettuarle in un determinato luogo ed il lavoratore può chiedere l'esecuzione coattiva. Ovviamente, la concreta possibilità di essere forzatamente riadibito al lavoro è strettamente connessa al tipo di mansioni svolte, alla struttura organizzativa dell'impresa ed agli elementi già in precedenza esaminati ed è quindi sufficiente rinviare a quanto già detto (anche in relazione all'impossibilità per il datore di lavoro di paralizzare il provvedimento del giudice con atti di disposizione del rapporto che eludano il comando giudiziale).

14. La cassa integrazione guadagni

Il problema della tutela specifica sussiste anche in relazione alla sospensione dal lavoro ed alla collocazione in cassa integrazione dei dipendenti interessati⁴⁷¹. La questione si è posta in particolare per la scelta dei lavoratori da mettere in c.i.g. e, nel caso di violazione dei criteri selettivi, per l'effettiva possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di essere riadibiti al lavoro. La giurisprudenza si è in alcuni casi espressa in forma negativa, in base al principio che la riammissione in servizio ordinata dal giudice non potrebbe essere imposta coattivamente, per "l' 'inammissibilità' di una condanna ad un '*facere*' infungibile e (per) l' 'incoercibilità' dell'ordine medesimo in sede di esecuzione forzata"⁴⁷² con una tesi che non può essere accolta, perché

⁴⁶⁸ Cass., 24 novembre 1993, n. 11578, cit., p. 189; Cass., 19 novembre 1996 n. 10109, in *MGL*, 1997, p. 39 ss.

⁴⁶⁹ A questa ipotesi sono estensibili le considerazioni già svolte in relazione al mutamento di mansioni (v. *retro* il § 12 (testo e note 171 ss.).

⁴⁷⁰ Cass., n. 6381/1997, cit. nella precedente nota 176.

⁴⁷¹ GHERA, 1989, p. 1110 ss.

⁴⁷² Cass., 1 febbraio 1993, n. 1178, in *GC*, 1993, I, p. 2443 ss.

sembra presupporre un generale principio di non attuazione della tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro che, in coerenza con quanto già detto, è priva di fondamento.

In relazione ai criteri di scelta dei lavoratori da collocare in c.i.g. ed alla eventuale “rotazione” dei dipendenti interessati, il potere unilaterale di sospensione potrebbe trovare fondamento in un accordo sindacale⁴⁷³, per mezzo del quale il datore di lavoro si “autolimita”, accettando di sospendere alcuni dipendenti con determinate caratteristiche e/o assumendo l’obbligo di garantire l’alternanza tra coloro che lavorano e quelli sospesi. In questa ipotesi, la violazione del diritto del lavoratore a non essere allontanato dal lavoro o a rientrare quando sia il suo turno implica una responsabilità per inadempimento contrattuale⁴⁷⁴. In sostanza, il lavoratore che non doveva subire la c.i.g. (e che invece è stato illegittimamente sospeso) o al quale viene impedito di tornare al lavoro è titolare di un diritto, fondato sull’accordo aziendale, a riprendere l’attività lavorativa, a cui corrisponde un correlativo obbligo del datore di lavoro eseguibile in forma specifica.

Per la cassa integrazione straordinaria l’art. 1, commi 7 ed 8, della l. n. 223 del 1991 individua un diritto alla rotazione, che può essere derogato soltanto in presenza di “ragioni di ordine tecnico – organizzativo connesse al mantenimento dei normali livelli di efficienza”, la cui violazione può comportare la possibilità di ottenere ripristino della funzionalità del rapporto. Infatti il lavoratore ha diritto a rientrare al lavoro e l’obbligo a carico del datore di lavoro, se non è eseguito e la mancata esecuzione non è basata su valide cause giustificative, può concretizzarsi in una condanna ad un *facere* che può essere coattivamente imposta.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che, nella individuazione dei lavoratori da porre in cassa integrazione, il potere di scelta del datore di lavoro è soggetto a limiti esterni, correlati al divieto di discriminazione di cui all’art. 15 della l. n. 300 del 1970 ed ai principi di correttezza e buona fede, ed a limiti interni connessi all’osservanza di criteri obiettivi, razionali e coerenti con le finalità specifiche dell’istituto⁴⁷⁵. La violazione dei limiti interni e degli art. 1175 e 1375 cod. civ. comporta, sempre per la giurisprudenza indicata, l’annullabilità della sospensione ed il risarcimento del danno. La lesione del divieto di discriminazione, invece, determina la nullità delle sospensioni con effetti ripristinatori⁴⁷⁶.

Nel caso di discriminazione, vietata dall’art. 15 della l. n. 300 del 1970 e dalla ulteriore disciplina emanata in materia⁴⁷⁷, la tutela specifica è azionabile in primo luogo per effetto del provvedimento del giudice che, disponendo la “rimozione degli effetti”, concretizza il diritto a non subire la discriminazione, creando un vero e proprio obbligo di fonte giudiziale al ripristino della situazione preesistente. Va detto, peraltro, che alla stessa conclusione si perviene nel caso in cui il lavoratore non azioni i procedimenti speciali previsti dalla normativa antidiscriminatoria. Infatti, se la sospensione dal lavoro è conseguenza della violazione dei divieti previsti dalla legge, il

⁴⁷³ GHERA, 1989, p. 1112.

⁴⁷⁴ In tal senso Cass., 4 marzo 2000, n. 2468, che, in relazione all’ipotesi indicata nel testo, afferma il principio della responsabilità contrattuale, anche se limita gli effetti dell’inadempimento al risarcimento del danno.

⁴⁷⁵ Cass., 24 gennaio 1991, n. 670; Cass., 27 dicembre 1991, n. 13941; Cass., 6 giugno 1995, n. 6338, in *GI*, 1996, I, 1, p. 796; Cass., 11 maggio 2000, n. 302; Cass., 23 dicembre 2002, n. 18296 e molte altre.

⁴⁷⁶ Per le indicazioni giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a COSIO, 2004, p. 1257 ss.

⁴⁷⁷ V. *retro* il § 7.

lavoratore, che non doveva essere sospeso per ragioni di razza, sesso religione ecc., ha altresì il diritto alla ricostituzione della situazione preesistente lesa dal comportamento illegittimo, che trova fondamento in una posizione sostanziale espressamente tutelata dalla legge a cui corrisponde un obbligo del datore di lavoro di rimuoverla mediante la cessazione della sospensione dal lavoro e la reintegra nell'attività lavorativa.

La situazione è diversa quando il diritto a non essere sospeso non trovi fondamento in obbligo contrattuale o legale (come quelli descritti), ma scaturisca dalla violazione della disciplina generale della c.i.g. (ad esempio per il diniego della concessione del provvedimento di autorizzazione o per violazioni di tipo procedurale) o dal mancato rispetto degli artt. 1175 e 1375 cod. civ.⁴⁷⁸ In questi casi, infatti, le disposizioni violate incidono sul diritto del datore di lavoro a procedere alla sospensione ma non garantiscono una posizione soggettiva piena al lavoratore a cui corrisponde un obbligo di ripristino delle condizioni preesistenti. In questo caso, in definitiva, a differenza di quanto accade nelle ipotesi in cui legge o autonomia contrattuale diversamente dispongano (attribuendo all'interessato uno *specifico* diritto a non essere sospeso o a rientrare al lavoro), la violazione della normativa c.i.g. determina soltanto una illegittima sospensione del rapporto di lavoro con la conseguente applicazione della disciplina della *mora accipiendi* (e senza che vi sia spazio per la tutela coattiva).

In tutte le ipotesi in cui la legge o il contratto tutelino direttamente il lavoratore, il dipendente non avrà il diritto ad eseguire la prestazione lavorativa, ma solo quello ad essere reinserito nel contesto produttivo ed a riprendere la sua normale attività, con le problematiche già analizzate in precedenza. Inoltre, dopo avere individuato le posizioni soggettive tutelabili, è sufficiente rinviare alle osservazioni già svolte in relazione alla concreta eseguibilità coattiva degli obblighi (distinguendo, tra l'altro, la vera e propria reintegra nel posto di lavoro dall'esercizio dei diritti sindacali da parte dei cassa integrati) ed alla impossibilità di "paralizzare" il provvedimento del giudice che impone il rientro al lavoro con atti del datore di lavoro di disposizione del rapporto finalizzati ad eludere l'ordine del magistrato⁴⁷⁹.

15. Il risarcimento del danno in forma specifica

Nell'ambito dei rimedi generali previsti dal codice civile, l'analisi non può prescindere dall'istituto previsto dall'art. 2058 del codice civile. Il risarcimento del danno in forma specifica è un tema di tale complessità da impedirne un adeguato approfondimento in questa sede (anche limitatamente ai soli aspetti connessi al diritto del lavoro)⁴⁸⁰. Per evidenti ragioni pratiche si dovrà pertanto rinviare ai risultati interpretativi acquisiti dai prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali.

L'istituto disciplinato dalla norma del codice, applicabile anche nell'ambito della responsabilità

⁴⁷⁸ Si rinvia, sul punto, alle sentenze citate da COSIO, 2004, p. 1256 ss.

⁴⁷⁹ Su tali aspetti, v. *retro* i §§ 4, 6 e 7.

⁴⁸⁰ Sul tema, e senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano SCOGNAMIGLIO, 1957, p. 201 ss.; TUCCI, 1968, p. 70 ss.; FRANZONI, 1993, p. 1079 ss.; CIAN, 1998, p. 753 ss.; D'ADDA, 2002.

contrattuale⁴⁸¹, ha la finalità di garantire al danneggiato, in alternativa o insieme al risarcimento pecuniario per equivalente monetario, la “riparazione in natura” del pregiudizio subito, consistente nella “prestazione di una cosa uguale a quella distrutta,... nella riparazione materiale delle avarie cagionate alla cosa” o “...nell’eseguire a spese dell’obbligato le opere necessarie a ricondurre la cosa nello stato primitivo”⁴⁸². In tempi più recenti, inoltre, si è affermato che la reintegrazione in natura si potrebbe tradurre anche in forme di tutela inibitoria. In sostanza, con l’art. 2058 cod. civ., oltre alla riparazione del danno già subito, si potrebbe ottenere una pronuncia che determini la cessazione dell’attività illecita, attribuendo alla norma la funzione di reprimere condotte a carattere continuativo ed iterativo che, oltre ad avere già provocato dei danni, siano tali da potere arrecare ulteriori pregiudizi anche in futuro⁴⁸³. Un’altra possibile variante di questa forma di tutela è stata rinvenuta nella possibilità di attribuire al danneggiato una somma di denaro corrispondente ai costi affrontati per il ripristino della situazione preesistente (ed in questo caso si è parlato di “risarcimento pecuniario in forma specifica”)⁴⁸⁴. L’applicazione della disposizione del codice, comunque, è condizionata al duplice limite della possibilità (totale o parziale) della reintegrazione in natura e del fatto che essa non sia eccessivamente onerosa per il debitore⁴⁸⁵.

Nell’ambito del diritto del lavoro, l’art. 2058 è stato di recente utilizzato per regolare mancato godimento delle ferie, ritenendo che la disposizione indicata consenta al lavoratore di usufruire del periodo feriale anche al di fuori dell’anno di riferimento, a condizione che non vi siano “concrete esigenze aziendali ostative al recupero” del riposo annuale⁴⁸⁶.

Il risarcimento del danno regolato dalla norma del codice civile ha, nel rapporto di lavoro, ambiti applicativi che coincidono con i risultati a cui è pervenuta la riflessione civilistica in materia e che potrebbero aprire spazi di intervento in parte riconducibili alla tradizione ed in parte di carattere innovativo. Si pensi al caso di una dequalificazione che, oltre a determinare un consistente danno alla professionalità, produca uno stato depressivo tale da ledere la salute (e che richieda costose cure presso una clinica privata). Il lavoratore, invece di rivendicare il risarcimento economico connesso al pregiudizio alla professionalità ed a quello biologico, potrebbe reclamare una tutela ripristinatoria. Ad esempio, potrebbe pretendere che la professionalità persa venga ricostruita tramite un corso di riqualificazione, visto che il risarcimento in forma specifica “è attività che mira a rimettere il danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato senza la commissione dell’illecito dannoso”⁴⁸⁷. Inoltre potrebbe richiedere che le spese mediche necessarie per il

⁴⁸¹ D’ADDA, 2002, p. 5 nota 9 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Ma si veda anche FRANZONI, 1993, p. 1099 ss., il quale, pur rilevando come la giurisprudenza sia orientata nel senso indicato nel testo (ad es. Cass., 29 maggio 1995, n. 6035; Cass., 25 luglio 1997, n. 6985), solleva perplessità sul punto.

⁴⁸² Cass., 3 agosto 1960, n. 2269, in *GI*, 1962, I, 1, p. 472. Le manifestazioni tipiche di questa forma di tutela “si rinverrebbero nella condanna alla restituzione della cosa illecitamente sottratta, nella prestazione di cosa uguale a quella distrutta, nella distruzione di quanto illecitamente fatto, nel rifacimento di quanto illecitamente disfatto” (D’ADDA, 2002, p. 25).

⁴⁸³ D’ADDA, 2002, pp. 43 ss. e 306 ss. (che sottolinea come la giurisprudenza utilizzi l’art. 2058 in funzione inibitoria particolarmente nell’ambito della tutela della salute ed a cui si rinvia per l’esame delle sentenze in materia).

⁴⁸⁴ D’ADDA, 2002, p. 60 ss. (a cui si rimanda per le indicazioni giurisprudenziali).

⁴⁸⁵ Si veda sul punto, per tutti, FRANZONI, 1993, pp. 1124 ss. e 1130 ss.

⁴⁸⁶ Cass., 21 marzo 2001, n. 2569, in *ADL*, 2001, p. 695 ss., qui p. 698, con osservazioni di VALLEBONA, 2001, p. 633 ss.

⁴⁸⁷ D’ADDA, 2002, p. 58.

ricovero e le cure siano pagate direttamente dal datore di lavoro⁴⁸⁸. Ovviamente le pretese risarcitorie indicate dovrebbero sempre soddisfare il requisito della “possibilità” (e, negli esempi indicati, non vi sono problemi particolari) e quella della non eccessiva onerosità (con una valutazione da effettuare caso per caso).

In sostanza, quando si può richiedere un danno risarcibile non forfettizzato dalla legge esclusivamente con una somma di denaro⁴⁸⁹ o ulteriore rispetto a quello espressamente previsto per equivalente pecuniario⁴⁹⁰, vi sarà spazio per l'applicazione dell'art. 2058 cod. civ. nei limiti previsti dalla stessa norma⁴⁹¹.

Per quanto attiene alle ferie non godute, si è obiettato che la questione non può essere risolta in base ai principi del risarcimento in forma specifica, ma in coerenza con quelli in tema di adempimento tardivo. Infatti “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 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”⁴⁹². In realtà, in base ai principi generali, il creditore (lavoratore) potrebbe rifiutare l'adempimento tardivo anche quando esso, pur se possibile (in relazione alle esigenze organizzative dell'impresa) sia tale da non soddisfare più il suo interesse al godimento del periodo di riposo al di fuori dell'anno di riferimento e potrebbe quindi denunciare l'inadempimento e chiedere il risarcimento del danno⁴⁹³. Il pregiudizio subito, tra l'altro, potrebbe anche eccedere l'entità dell'indennità sostitutiva⁴⁹⁴. Tuttavia, non vi potrebbe essere mai spazio per la tutela in forma specifica (il godimento effettivo delle ferie), perché, se il lavoratore rivendica il diritto a fruire del riposo annuale in un periodo successivo a quello contrattualmente previsto, in sostanza ammette di avere un concreto interesse all'adempimento tardivo il quale, se materialmente realizzabile, deve essere soddisfatto con l'esecuzione dell'obbligo contrattuale senza poter ricorrere alla tecnica

⁴⁸⁸ Anche in questo caso, comunque, vi sarebbe la possibilità del cumulo tra risarcimento pecuniario e quello in forma specifica.

⁴⁸⁹ Si pensi all'indennità risarcitoria per il licenziamento ingiustificato predeterminata in un minimo e massimo dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966.

⁴⁹⁰ Come nel caso dei danni aggiuntivi (e diversi dalla semplice perdita della retribuzione) conseguenti ad un licenziamento illegittimo nell'area di applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

⁴⁹¹ Ad esempio se, in conseguenza di un licenziamento ingiustificato e della perdita della retribuzione, il lavoratore ha dovuto contrarre un mutuo, egli potrà chiedere la condanna del datore di lavoro a pagare direttamente gli interessi convenzionali, sempre che tale esborso non sia eccessivamente oneroso per il debitore.

⁴⁹² VALLEBONA, 2001, p. 633.

⁴⁹³ Infatti il rifiuto di ricevere la prestazione tardiva da parte del creditore che non ha ancora agito per l'inadempimento sarà legittimo non solo nel caso in cui la mancata esecuzione della prestazione si è protratta oltre un termine essenziale, ma ogni volta che il ritardo debba considerarsi inadempimento grave per essere venuto meno l'interesse del creditore a ricevere la prestazione in conseguenza del lungo tempo trascorso (Cass., 6 giugno 1997, n.5086, in *FI*, 1997, I, p. 2446; Cass., 9 luglio 1997, n. 6224; Cass., 8 maggio 1996, n. 4260; Cass., 28 ottobre 1995, n. 11279 e molte altre. In dottrina si vedano SACCO, 1993, p. 601; CARNEVALI, 1990, p.93 ss., particolarmente p. 98 ss.).

⁴⁹⁴ Infatti, a prescindere dalla qualificazione retributiva o risarcitoria dell'indennità sostitutiva, il mancato godimento delle ferie potrebbe produrre danni ulteriori (come, ad esempio, un danno alla salute per eccessivo stress da lavoro).

ripristinatoria prevista dall'art. 2058 cod. civ.⁴⁹⁵. Mentre se la concessione tardiva del periodo di riposo annuale non è più possibile per ragioni organizzative o di altro genere (escludendo l'adempimento da parte del datore di lavoro oltre l'anno di riferimento), il risarcimento in natura non potrebbe comunque essere richiesto, perché esso è sempre condizionato al requisito della "possibilità" previsto dalla norma del codice civile⁴⁹⁶.

L'art. 2058, dunque, si presta ad essere utilizzato nelle ipotesi risarcitorie prima indicate (e con i limiti già analizzati). Per quanto attiene, invece, al possibile uso del risarcimento in forma specifica quale strumento per garantire effetti ripristinatori o di carattere inibitorio, la situazione è diversa. In alcuni casi, la cessazione dell'illecito per il futuro o la ricostituzione della situazione preesistente è garantita da norme speciali (ad es. l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) che non lasciano spazio ad altri istituti giuridici. In altri casi il lavoratore dispone di strumenti processuali molto più efficaci, come nell'ipotesi dell'art. 28 dello statuto o delle disposizioni a tutela delle discriminazioni, che attraverso l'ordine di cessazione dell'illecito e la rimozione degli effetti sono certamente tali da garantirgli il risultato atteso (in mancanza, oltretutto, dei limiti dell'art. 2058, in relazione alla "possibilità" e "non eccessiva onerosità"). Senza contare, tra l'altro, l'effetto dissuasivo (prima) e sanzionatorio (poi) realizzato con la previsione, da parte delle norme speciali prima indicate, di *astreinte* o di norme penali.

Infine vi è un'ulteriore considerazione: i rimedi consistenti nella coazione all'adempimento di obblighi contrattuali (la cui attuazione viene realizzata tramite sentenze di condanna ed il relativo processo esecutivo), se pongono i consueti problemi di fungibilità/infungibilità dei comportamenti da imporre (in misura analoga alla "possibilità" della reintegrazione prevista dall'art. 2058), non presentano l'ulteriore limite della eccessiva onerosità per il debitore e si prestano, quindi, ad una utilizzazione più ampia e più favorevole per il lavoratore.

16. Conclusioni

L'ampia analisi svolta dimostra come l'esecuzione in forma specifica abbia spazi di intervento assai più estesi di quelli nei quali è stata confinata dai prevalenti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, anche perché le innovazioni tecnologiche ed organizzative nei modi di produrre e lavorare hanno in molti casi valorizzato l'autonomia operativa del lavoratore ed hanno quindi ridotto l'ambito dei poteri imprenditoriali "infungibili" che hanno costituito il principale ostacolo alla reale utilizzazione di questa forma di tutela. Tra l'altro, le eventuali obiezioni sui limiti connessi ai provvedimenti inibitori (che spesso caratterizzano gli strumenti processuali previsti dall'ordinamento) o alla possibilità di paralizzare il comando giudiziale con atti di disposizione del rapporto possono essere superate in base alle considerazioni in precedenza svolte. Senza contare, inoltre, che la legge o l'autonomia collettiva e/o individuale garantiscono un'ampia serie di diritti e di specifici procedimenti giurisdizionali che aprono la strada ad una diffusa utilizzazione della tutela

⁴⁹⁵ La richiesta di usufruire delle ferie, infatti, dimostra che a giudizio del lavoratore il ritardo nel godimento non è così grave da legittimare il rifiuto dell'adempimento tardivo e che egli ha ancora interesse all'esecuzione della prestazione (v. *retro* la dottrina e la giurisprudenza citate nella nota 209).

⁴⁹⁶ Se il periodo annuale di godimento delle ferie dovesse essere ritenuto un termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) vi sarebbero le seguenti alternative: o il lavoratore, entro i tre giorni previsti dalla norma del codice, manifesta il suo interesse all'adempimento tardivo ed allora l'art. 2058 non sarebbe utilizzabile per le ragioni già spiegate. Oppure, se il dipendente tace e si verifica un inadempimento definitivo, si apre la strada al risarcimento del danno, che potrà essere realizzato in forma specifica soltanto se vi sarà la "possibilità" (esclusa, quando vi siano esigenze organizzative o di altro genere che impediscano il godimento ultrannuale).

in forma specifica.

In realtà l'atteggiamento negativo delle interpretazioni dominanti sul tema studiato è influenzato, in primo luogo, da impostazioni di tipo tradizionale che, in un'ottica tipicamente individualista, esaltano la libertà del debitore di scegliere tra adempimento o danno da inadempimento a detrimento della facoltà del creditore di ottenere concretamente la prestazione promessa nel contratto. Nel diritto del lavoro, peraltro, vi è anche il riflesso di un'impostazione ideologica secondo la quale all'impresa deve essere garantita una sorta di "immunità" rispetto a qualsiasi intervento che tende a ripristinare in modo effettivo i diritti dei lavoratori.

Si è rilevato come il dibattito sulla tutela in forma specifica risenta di un andamento "pendolare" (dal risarcimento del danno alla concreta attuazione dei diritti e viceversa) e che tale movimento esprima il contrasto tra due diverse concezioni: quella del modello individualistico liberale fondato essenzialmente sul primato del risarcimento pecuniario, inteso come sanzione tipica di un'economia di mercato (che tutto riduce all'unità di misura del denaro) e quella di tipo solidaristico, che vede nella tutela in forma specifica un mezzo (non necessariamente alternativo al risarcimento del danno) per realizzare l'effettiva realizzazione dei diritti dell'individuo⁴⁹⁷. Nell'epoca attuale, l'ampliamento, operato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dei confini del pregiudizio risarcibile (si pensi alla recente tematica del danno esistenziale o al fenomeno, tipicamente lavoristico, del *mobbing*) costituisce una significativa espressione della concezione che vede nel "mercato" un valore assoluto e che considera il risarcimento come strumento privilegiato di tutela. Questa tendenza si è diffusa anche nel diritto del lavoro, come dimostra la forte accentuazione della tecnica risarcitoria e l'estensione delle forme di danno.

La valorizzazione del risarcimento pecuniario non è di per sé un fatto negativo, a condizione che non diventi la forma esclusiva di protezione del lavoratore. Va ricordato, infatti, che, come già insegnava Porto Pisani parecchi anni fa, il diritto del lavoro è il luogo privilegiato nel quale la reintegrazione patrimoniale è la meno adeguata a garantire i diritti fondamentali della persona che non possono essere surrogati dal pagamento di una somma di denaro e che reclamano l'effettiva attuazione delle situazioni soggettive lese. Senza contare, inoltre, che anche in ambito civilistico, la tutela in forma specifica ha visto una significativa "rinascita" legata all'inadeguatezza delle tecniche risarcitorie nel garantire l'efficienza del mercato e l'attuazione dello scambio⁴⁹⁸.

Senza voler negare l'importanza del risarcimento per equivalente pecuniario (che costituisce sempre uno strumento fondamentale di protezione nelle situazioni di vantaggio a carattere patrimoniale e non) credo che occorra valorizzare la tutela in forma specifica in un'ottica più "realistica".

In molti casi, il vero ostacolo all'attuazione coattiva dei diritti del lavoratore è data non dalla incoercibilità dell'obbligo, quanto dalla "macchinosità" degli strumenti processuali (ad esempio l'utilizzazione dell'ufficiale giudiziario per il reinserimento del lavoratore in azienda e per la realizzazione degli altri obblighi fungibili già descritti) e dalla difficoltà di imporre la presenza del dipendente in un ambiente dove non si è desiderati e dove il datore di lavoro ha gli strumenti più

⁴⁹⁷ MAZZAMUTO, 2003, p. 8 ss.

⁴⁹⁸ V. *retro* il § 2 (testo e note 10 ss.).

disparati per rendere impossibile la vita dell'interessato (anche se la tutela contro il *mobbing* ha in qualche misura ridotto le possibilità del datore di lavoro di "costringere" il lavoratore a rinunciare al posto)⁴⁹⁹. In questi casi, le forme di coazione indiretta all'adempimento (il danno in funzione di *astreinte*, la sanzione penale, le sanzioni economiche) possono svolgere una più efficace funzione compulsiva che spinga il datore di lavoro ad adempiere spontaneamente e che rendano, quindi, meno "traumatico" il rientro del lavoratore in azienda o il ripristino del diritto lesa e che sanzionino in modo efficace la "ribellione" alla sentenza del giudice.

In altri contesti, dove la conflittualità è un'espressione fisiologica della vita aziendale (come nel caso dell'esercizio dei diritti sindacali) o dove è possibile surrogare in modo efficace il mancato adempimento spontaneo (come nel caso della violazione dell'obbligo di protezione previsto dall'art. 2087 cod. civ.), la tutela in forma specifica "diretta" (realizzata con gli strumenti del processo esecutivo) dovrebbe avere margini di applicazione più ampi (senza peraltro escludere le forme di coazione indiretta e il risarcimento del danno).

Se il diritto del lavoro è l'ambito nel quale si è realizzata una efficace combinazione tra tecniche di tutela risarcitorie e di esecuzione in forma specifica, occorre avere ben presente l'essenzialità di queste ultime (che sono tra l'altro fortemente sponsorizzate dal legislatore nazionale e comunitario, come dimostra la recente normativa in materia di protezione contro le discriminazioni). La finalità è quella di non dimenticare la "missione" del diritto del lavoro (garantire la realizzazione della personalità del lavoratore e ridurre lo squilibrio di poteri connessi alla gestione del rapporto) e in questo contesto la tutela in forma specifica può svolgere un ruolo molto importante che acquista anche il valore simbolico di rifiuto dell'idea della patrimonializzazione del lavoro e della riduzione a valore di mercato dei diritti fondamentali dei lavoratori.

17. Riferimenti bibliografici

AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A., *Il diritto del lavoro – Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2001.

ARANGUREN A., *La tutela dei diritti*, Cedam, Padova, 1981.

BALANDI G. G., *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *L'obbligazione di sicurezza*, in *QDLRI*, 14, Utet, Torino, 1994, p. 79 ss.

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *ED*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 582 ss.

BARBIERI M., *Intervento*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 60 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

BIANCA C. M., *Diritto civile – La proprietà*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1999.

BIANCHI D'URSO F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980.

BIANCHI D'URSO F., VIDIRI G., *Luci ed ombre sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 2000, p. 722 ss.

⁴⁹⁹ Va detto, peraltro, che l'onere, a carico del lavoratore, di provare i "comportamenti mobbizzanti" rende meno effettiva la tutela, per la difficoltà di reperire testimonianze o documenti che attestino "l'atteggiamento persecutorio" del datore di lavoro.

- BOLEGO G., *Il nuovo apparato sanzionatorio*, in BROLLO M. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. D.lgs. n. 61/2000*, Ipsoa, Milano, 2001.
- BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Jovene, Napoli, 1966.
- CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento*, in LUMINOSO A., CARNEVALI U., COSTANZA M., *Risoluzione per inadempimento*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1990, p. 39 ss.
- CARPI F., *Riflessione sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *RTDPC*, 2002, p. 381 ss.
- CENDON P., *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli 1989, p. 293 ss.
- CERRETA M., *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *ADL*, 2001, p. 833 ss.
- CHIARLONI S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1980.
- CIAN G., *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1998, p. 753 ss.
- CICCHITTO, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *RDP*, 1996, p. 1187 ss.
- CIMAGLIA M.C., *Gli aspetti giuridici della legge sul lavoro dei disabili*, in *LI*, 1999, n. 9, p. 11 ss.
- CIUCCIOVINO S., *Commento all'art. 9 della l. n. 68/1999*, in *NLCC*, 2000, n. 6, p. 1403 ss.
- COSIO R., *La cassa integrazione straordinaria*, in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. *Il diritto del lavoro – Costituzione, codice civile, leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1250 ss.
- D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002.
- D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.
- D'ANTONA M., *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in DE LUCA M., D'ANTONA M., PROTO PISANI A., BARONE C.M., FANELLI O., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990 n. 108)*, in *FI*, 1990, V, p. 356 ss.
- D'ANTONA M., *Tutela reale del posto di lavoro*, in *EGT*, vol. XXXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, p. 1 ss.
- DELL'OLIO M., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, p. 423 ss.
- DI MAJO A., *Obbligo a contrarre*, in *EGT*, vol. XXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, p. 1 ss.
- DI MAJO A., *Tutela risarcitoria*, in *EGT*, vol. XXXI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1994, p. 1 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001.
- FERRONI L., *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Jovene, Napoli, 1983.
- FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1993, p. 1079 ss.

- FREDIANI F., *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in RGL, 1978, I, p. 73 ss.
- FRIGNANI A., *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 359 ss.
- GALGANO F., *Commento all'art. 41 della Costituzione*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, t. II, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna – Roma, 1982.
- GAROFALO D., *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in DPL, inserto, 1999a, n. 37.
- GAROFALO D., *Disabili e lavoro. Profilo oggettivo e sanzioni*, in DPL, inserto, 1999b, n. 38.
- GAROFALO M.G., *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in RTDPC, 1975, p. 574 ss.
- GAROFALO M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979.
- GAROFALO M.G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in RGL, 1990, I, p. 177 ss.
- GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in DLRI, 1979, p. 305 ss.
- GHERA E., *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. II, Jovene, Napoli, 1989, 1077 ss.
- GHERA E., *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in DLRI, 1991, p. 633 ss.
- ISENBURG L., *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984.
- LANFRANCHI L., *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in RGL, 1977, I, p. 343 ss.
- LIBERTINI M., *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in GALGANO F. (diretto da), *La concorrenza ed i consorzi*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, vol. IV, Cedam, Padova, 1981, p. 271 ss.
- LIBERTINI M., *La tutela civile inibitoria*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 315 ss.
- LUISO F. P., *Esecuzione forzata in forma specifica*, in EGT, vol. XIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.
- MANDRIOLI C., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in RDP, 1975, p. 9 ss.
- MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in RTDPC, 1976, p. 1342 ss.
- MARESCA A., *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in CINELLI M., SANDULLI P. (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla l. n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 27 ss.
- MAGRINI S., *Lavoro (contratto individuale)*, in ED., vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 369 ss.

- MARINO V., *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Angeli, Milano, 1990.
- MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978.
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, Utet, Torino, 1998, p. 298 ss.
- MAZZAMUTO S., *La prospettiva civilistica, Relazione in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 7 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).
- MAZZOTTA O., *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999.
- MENCONI L., *Intervento*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli, 1989, p. 151 ss.
- MONTESANO L., *Esecuzione specifica*, in *ED*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 524 ss.
- MONTESANO L., *Obbligo a contrarre*, in *ED*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 508 ss.
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, Torino, 1994.
- MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967.
- MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Angeli, Milano, 1986.
- MONTUSCHI L., *Ambiente di lavoro*, in *DDPcom*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 85 ss.
- MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, vol. XVII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.
- NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980.
- NAPOLI M., *Licenziamenti*, in *DDPcom*, Utet, Torino, 1993, p. 58 ss.
- NAPOLI M., *La prospettiva lavoristica, Relazione in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 22 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).
- NICOLINI G., *Tutela delle condizioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- NUZZO V., *Un'ipotesi di prelazione legale: il diritto di precedenza nelle assunzioni del cessionario*, di prossima pubblicazione in *MGL*, 2004, n. 5, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *RDC*, 1988, I, p., 309 ss.
- PEDRAZZOLI M., *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, p. 1020 ss.
- PERA G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.
- PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.
- PERA G., *Assunzioni obbligatorie*, in *EGT*, vol. III, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, p. 1 ss.

PIVETTI M., *Le linee fondamentali della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica, Relazione in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 46 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDPC*, 1978, p. 1104 ss.

PROTO PISANI A., *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *FI*, 1982, V, p. 117 ss.

PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003a.

PROTO PISANI A., *La prospettiva processualistica, Relazione in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, 2003b, p. 15 ss. (dattiloscritto della trascrizione degli atti).

RAPISARDA C., *Profili della tutela inibitoria*, Cedam, Padova, 1987.

RAPISARDA C., TARUFFO M., *Inibitoria (azione)*, in *EGT*, vol. XVII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.

RENNA L., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, Cacucci, Bari, 1984.

SACCO R., *Il contratto*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, t. 2, Utet, Torino, 1993, p. 583 ss.

SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. XV, Utet, Torino, 1963.

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *RTDPC*, 1957, p. 201 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Condotta antisindacale*, in *EGT*, vol. VII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, p. 1 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994.

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Laterza, Bari, 2003.

SILVESTRI E., TARUFFO M., *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *EGT*, vol. XIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1 ss.

SPEZIALE V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.

SPEZIALE V., *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *DLRI*, 1998, p. 289 ss.

TARUFFO M., *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione*, in *RTDPC*, 1976, p. 804 ss.

TARUFFO M., *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Jovene, Napoli 1989, p. 63 ss.

TARUFFO M., *Reintegrazione nel posto di lavoro (profili processuali)*, in *EGT*, vol. XXVI, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1996, p. 1 ss.

TREU T., *Condotta antisindacale e comportamenti discriminatori*, Angeli, Milano, 1974.

TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Jovene, Napoli, 1968.

TURSI A., *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *RGL*, 1999, I, p. 764 ss.

VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995.

VALLEBONA A., *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 1999, p. 476 ss.

VALLEBONA A., *Ferie non godute, indennità sostitutiva e godimento differito*, in *ADL*, 2001, p. 633 ss.

ZOLI C., *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro, Relazione in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2003, p. 1 ss. (dattiloscritto).