

**Piergiuseppe Lai**

**Considerazioni intorno alla tutela di condanna  
nelle controversie di lavoro\***

**SOMMARIO:** 1. Premesse. - 2. Specialità del rito e controversie di lavoro. - 3. Il rapporto di lavoro subordinato: struttura e tutele giurisdizionali. - 4. La reintegra e le altre misure conseguenti all'accertamento dell'attuale esistenza di un rapporto di lavoro. - 5. L'ordine di reintegra e la sua attuazione processuale. - 6. Misura coercitiva generale e controversie di lavoro. - 7. L'inammissibilità della condanna ad un fare infungibile: primi riscontri tra dottrina e diritto positivo. - 8. *Segue:* modelli di tutela e restaurazione del rapporto di lavoro. - 9. *Segue:* la prassi applicativa. - 10. La necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata quale presupposto di ammissibilità della domanda di condanna: critiche. - 11. Conclusioni.

**1. Premessa**

La recente introduzione nel processo civile di una misura coercitiva a vocazione generale e, al contempo, la sua testuale esclusione dalle controversie di lavoro offre l'occasione per riflettere intorno ad alcuni profili caratteristici delle tutele del rapporto di lavoro, con particolare riguardo alla condanna e al modo in cui si atteggia in questo cruciale settore della giustizia civile. L'ipotesi, che s'intende verificare nel seguito dello studio, è quella secondo cui la nozione di condanna costruita intorno alla sua valenza esecutiva possa risultare inadeguata quando riferita ad alcune tipiche controversie di lavoro, specie laddove si ritenga – coerentemente con quel presupposto – che la domanda di condanna ad una prestazione incoercibile debba essere, senz'altro, dichiarata inammissibile.

## 2. *Specialità del rito e controversie di lavoro*

E' principio da tempo acquisito alla scienza del processo quello secondo cui le tecniche di tutela dei diritti non possano rimanere indifferenti alle loro caratteristiche sostanziali ma, anzi, debbano tener conto di quelle organizzando una disciplina che sia in grado di raccordare le due dimensioni - materiale e processuale - del fenomeno giuridico<sup>1</sup>. Quest'esigenza, se non può spingersi fino a postulare una speciale forma di tutela per ogni singolo diritto sostanziale, che condurrebbe all'incontrollabile proliferazione dei riti e all'atomizzazione delle tutele, peraltro, impedisce di immaginare un singolo modello di processo in grado di assicurare l'effettiva tutela per qualsiasi pretesa materiale<sup>2</sup>.

Senza dubbio il settore del diritto del lavoro – in ragione della peculiarità del suo oggetto – ha evidenziato fin dal suo nascere la necessità di prevedere un ambiente processuale *ad hoc* per trattare le relative controversie: le vicende storiche che hanno cadenzato l'affermarsi di questo fenomeno sono note e

---

\* in corso di pubblicazione su *Il giusto processo civile*

<sup>1</sup> In argomento, cfr. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, 65 ss., spec. 69 ss.; COSTANTINO, *Il processo del lavoro*, in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Torino, 2011, 577 s., nello svolgere alcune considerazioni sulla giustizia del lavoro nel trentacinquesimo anno dall'introduzione della l. 533/1973, ritiene «definitivamente acquisito che la tutela differenziata non è una eccezione ovvero una deviazione dai principi, ma la conseguenza fisiologica della funzione strumentale del processo» la quale impone che «alla diversità delle situazioni sostanziali tutelande deve – ovvero non può non – corrispondere la diversità delle forme di tutela»; sempre sul tema della c.d. tutela giurisdizionale differenziata, ma con approccio critico, cfr. VERDE, *Prospettive per la giustizia del lavoro degli anni 80*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 629 ss.; MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 593 s.; VOCINO, *Intorno al nuovo verbo «tutela giurisdizionale differenziata»*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 761 ss.; cenni alle implicazioni negative della tutela differenziata si leggono anche in CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Riv. trim.*, 1988, 772 ss.

<sup>2</sup> DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim.*, 2014, 919, il quale ricorda come il legislatore, proprio per rimediare alla proliferazione dei riti, abbia adottato il d.lgs. 150/2011 senza, tuttavia, riuscire a porre un freno al fenomeno, come dimostrano le singolari vicende del rito speciale per i licenziamenti, introdotto appena un anno dopo (dalla l. 92/2012) e subito abbandonato (in forza dell'art. 12 del d.lgs. 23/2015 il nuovo rito, infatti, non si applica ai rapporti di lavoro instaurati dopo il 7 marzo 2015).

non vi è qui motivo di ripercorrerle<sup>3</sup>, basti ricordare come alcuni tratti della realtà sostanziale nella quale si collocano le controversie di lavoro abbia imposto al legislatore una deviazione rispetto ad un modello di processo civile ordinario<sup>4</sup>.

In tale prospettiva, si può osservare come l'oggetto costante di quel processo, il rapporto di lavoro - seppure formalmente di fonte negoziale - mostri caratteri (oramai, peraltro, non esclusivi<sup>5</sup>) che lo allontanano dal generale diritto dei contratti: a) si tratta di un rapporto per definizione a tempo indeterminato, la cui instaurazione e svolgimento presuppone uno speciale vincolo fiduciario tra i due contraenti; b) i rapporti tra le parti sono regolati anche mediante l'attribuzione a una di esse (il datore di lavoro) di rilevanti poteri - che la dottrina da tempo riconduce allo schema dei c.d. *poteri privati* - in ordine al concreto svolgimento del rapporto; c) le fonti dei doveri nascenti dal rapporto di lavoro sono in parte estranee alle pattuizioni individuali (contrattuali) e si rinvencono nella legge<sup>6</sup> o nella contrattazione collettiva<sup>7</sup>; d) si osserva

---

<sup>3</sup> Vedi per tutti, PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, voce del *Noviss. dig. it., Appendice*, IV, Torino, 1983, 605 ss.; ID., *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 297 ss.; nonché, tra i civilisti, ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 59 ss.

<sup>4</sup> Scriveva, in proposito, CAPPELLETTI, *Una procedura nuova per una nuova «giustizia del lavoro»*, in *Riv. giur. lav.*, 1971, 285, che un nuovo sistema processuale doveva essere «il coerente riflesso delle caratteristiche di un nuovo diritto sostanziale e quindi dei nuovi rapporti giuridici dedotti in giudizio»; analogamente, a proposito della riforma del processo del lavoro, cfr. le interessanti osservazioni di SMURAGLIA, *Interventi legislativi nel settore del lavoro (dalla legge n. 604 alla riforma del processo del lavoro) e realtà del paese*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1973, 331 ss. e di MONTESANO, *Intervento*, in AA. VV., *Il nuovo processo del lavoro - Atti della tavola rotonda di Firenze, 2 febbraio 1974*, Milano, 1977, 216 s.

<sup>5</sup> Intorno ai problemi sollevati dai c.d. *contratti asimmetrici* e all'utilità delle soluzioni offerte dal diritto del lavoro in questa materia, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice*, in [www.http://romatrepres.s.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/509/506](http://romatrepres.s.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/509/506), 171.

<sup>6</sup> Si pensi non solo alle disposizioni del codice civile dedicate al lavoro nell'impresa, ma soprattutto alle particolari tutele assicurate dalla l. 604/1966, dallo Statuto dei Lavoratori (l. 300/1970) e dalle norme dettate in tema di lavoro dei disabili, in tema di sicurezza e previdenza: da ultimo le tutele assicurate dai decreti attuativi del *Jobs Act* (tra questi specialmente il d.lgs. 23/2015 che introduce il *contratto di lavoro a tutele crescenti* e il d.lgs. 81/2015 che disciplina il contratto a termine e le altre forme contrattuali diverse dal rapporto a tempo indeterminato).

un'evidente disparità sociale ed economica tra le parti del rapporto; e) sia il lavoro, sia l'attività d'impresa godono di significativi riconoscimenti e tutele a livello costituzionale<sup>8</sup>.

Questi i tratti essenziali di una vicenda sostanziale che riversa altrettante istanze di differenziazione della tutela nel processo del lavoro rispetto al processo ordinario, molte delle quali puntualmente recepite dalla novella del 1973. Così, ad esempio, i caratteri definiti sub a) e d) spiegano la necessità che il processo del lavoro sia strutturato in modo di giungere più celermente alla decisione (anche affidando alla competenza di un giudice monocratico il giudizio di primo grado), l'introduzione delle ordinanze anticipatorie, l'iniziale previsione dell'immediata esecutività della sentenza di condanna favorevole al lavoratore (oramai superata dalle successive riforme del codice di rito)<sup>9</sup>, il potere del giudice di formulare una valutazione equitativa della prestazione dedotta in lite (art. 432 c.p.c.), nonché la peculiare disciplina della sospensione dell'esecutorietà della sentenza di primo grado (art. art. 431 c.p.c. nel testo introdotto dalla novella del 1973); quelli definiti sub c) fondano l'introduzione dell'art. 420-*bis* c.p.c.<sup>10</sup>, nonché la possibilità di acquisire informazioni e osservazioni dalle organizzazioni sindacali (art. 425 c.p.c.); quelli definiti sub b) ed e) spiegano i singolari poteri istruttori ufficiosi affidati dall'art. 421 c.p.c. al giudice del lavoro (art. 421 c.p.c.) e l'elenco potrebbe continuare<sup>11</sup>.

E' pur vero, tuttavia, che la scelta di adottare un modello di tutela giurisdizionale differenziata non può limitarsi alla sola tutela dichiarativa, ma è na-

---

<sup>7</sup> A proposito della limitazione all'autonomia delle parti nella determinazione del contenuto di rilevanti profili del rapporto di lavoro cfr., da ultimo, G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 61 ss.

<sup>8</sup> Su questi ultimi due profili insisteva, in particolare, PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, cit., 105 ss.

<sup>9</sup> Argomento sul quale si può ancora leggere con profitto il saggio di VACCARELLA, *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d'appello*, in AA. VV., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985, 289 ss., spec. 301 ss.

<sup>10</sup> In argomento, cfr. TRISORIO LIUZZI, *L'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal d.lgs. n. 80 del 1998 al d.lgs. n. 40 del 2006*, AA. VV., *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle Pubbliche amministrazioni* a cura di GAROFALO e VOZA, Bari, 2007, 287 ss.

<sup>11</sup> V. da ultimo, TRISORIO LIUZZI, *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 13 ss.; VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, 313 ss.

turalmente suscettibile di proiettarsi anche sulle altre forme in cui si articola la giurisdizione civile, abbracciando dunque sia la tutela cautelare, sia – ed è la prospettiva che qui più interessa - quella esecutiva<sup>12</sup>. Si vuole dire insomma che, una volta imboccata - da parte del legislatore, la strada della tutela speciale per le controversie di lavoro - era lecito attendersi che questa scelta di politica processuale non si limitasse all'adozione di forme particolari nel solo campo della tutela dichiarativa ma valutasse se, anche in ambito cautelare e ancor più in quello esecutivo, fosse necessario introdurre correttivi o adeguamenti indispensabili ad assicurare il risultato ultimo al quale tende, in definitiva, la stessa tutela giurisdizionale: far conseguire a chi ne ha diritto esattamente ciò che ha diritto di conseguire sulla base della legge sostanziale.

A queste sollecitazioni è rimasto indifferente il nostro legislatore, quando, pur avendone ripetute occasioni, ha trascurato di raccordare cognizione ed esecuzione nelle controversie di lavoro<sup>13</sup>. Se, infatti, si escludono l'art. 515, 2°

---

<sup>12</sup> Per consonanti rilievi, a conclusione di un esame delle soluzioni adottate in altri ordinamenti, cfr. DENTI, *Conclusioni*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 1357.

<sup>13</sup> Quanto alla tutela cautelare, della quale è bene trattare solo incidentalmente in questa sede, è sufficiente ricordare quale sia stato il ruolo assunto dal rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c. *in subiecta materia* per avere contezza dell'importanza strategica di una sinergia tra le diverse forme di tutela (dichiarativa, cautelare ed esecutiva) per assicurare l'effettiva tutela delle situazioni sostanziali emergenti nel rapporto di lavoro. Vi è da dire, in proposito, che l'esistenza nel nostro ordinamento della tutela cautelare d'urgenza ha reso superflua la previsione di un rimedio *ad hoc* modellato sulle controversie laburistiche, ma ciò è stato possibile solo in ragione della forte componente di atipicità che tuttora caratterizza i presupposti e i contenuti della cautelare innominata. In argomento, tra i tanti, cfr. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim.*, 1973, 1020 ss.; MAZZAMUTO, *Provvedimenti d'urgenza e reintegrazione nel posto di lavoro*, *ivi*, 596 s.; CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 122 ss., ove si trova un'ampia rassegna di provvedimenti d'urgenza resi in materia; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 236 ss.; BARCHI, *Controversie di lavoro: profili di specialità*, 1990, 153 ss.; DE ANGELIS, *Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla sua tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 223 ss.; PAGNI, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim.*, 2013, 75 ss.; si schierano, invece, contro l'ammissibilità di una tutela d'urgenza per il licenziamento illegittimo SATTÀ, *Provvedimento di urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1971, 455 ss. sul rilievo che la reintegra esprima una tutela costitutiva come tale inconciliabile con la tecnica dell'anticipazione; nonché, ma per ragioni fondate sulla impossibilità di ravvisare i due presupposti (*fumus boni iuris e periculum in mora*)

comma, c.p.c. che prevede la pignorabilità fino a un quinto degli «strumenti, gli oggetti e i libri indispensabili per l'esercizio della professione, dell'arte o del mestiere del debitore» e gli artt. 545 e 546 c.p.c. che, nell'ambito del pignoramento presso terzi, definiscono i limiti alla pignorabilità delle «somme dovute a titolo di stipendio, salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego»<sup>14</sup>, il terzo libro del codice di rito non contiene norme particolari per l'esecuzione dei provvedimenti del giudice del lavoro<sup>15</sup>. Il silenzio del legislatore, com'è ovvio, è suscettibile delle più varie interpretazioni, ma quella più aderente alla realtà trae da questa omissione la convinzione che il tradizionale binomio tutela di condanna/esecuzione ordinaria fosse in grado di assicurare, in modo effettivo, la piena realizzazione di quelle pronunce<sup>16</sup>.

---

necessari all'adozione del provvedimento cautelare urgente, v. ARDAU, *Illegittimità della reintegrazione del lavoratore mediante provvedimenti d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1991 ss.

<sup>14</sup> Sulla disciplina, recentemente innovata dalla l. 132/2015, cfr. BORGHESI, *La l. 132/2015 interviene ancora sul pignoramento dei crediti (con particolare riferimento a quelli di lavoro e previdenziali)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); SALETTI, *Art. 545 c.p.c.*, in SALETTI, VANZ, VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, 166 ss.

<sup>15</sup> Tale non può essere considerato l'art. 618-bis c.p.c. (sul quale cfr., per tutti, VULLO, *Art. 618-bis c.p.c.*, in *Codice dell'esecuzione forzata* a cura di E. Vullo, Milano, 2015, 917 ss.), che si limita ad estendere il rito del lavoro alle opposizioni esecutive nelle materie indicate dall'art. 409 c.p.c., poiché - come si vede - si tratta di un intervento che riguarda la tutela dichiarativa e non l'organizzazione del processo esecutivo.

<sup>16</sup> In tal senso, ad esempio, la relazione di R. SCOGNAMIGLIO, in *Atti della tavola rotonda di Sassari*, 13 giugno 1981, sul tema *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro* a cura di F. Santoni, Milano, 1983, 13 s. il quale afferma - guardando alla tutela assicurata dall'art. 18 Stat. Lav. - che i limiti del processo esecutivo rispetto all'attuazione degli obblighi di fare, qui l'obbligo di reintegrare, esprimono una precisa scelta del legislatore posta salvaguardia «del bene supremo e indivisibile della libertà»; altri autori, invece, muovendo da ben altra prospettiva, rimproverano al legislatore dell'art. 18 Stat. Lav. di avere confidato «con molta superficialità» nelle virtù del sistema esecutivo ordinario e sulla sua idoneità ad attuare la pronuncia di condanna alla reintegra, così TARUFFO, *Intervento*, in *Atti della tavola rotonda di Sassari*, 13 giugno 1981, cit., 25. Più in generale, cfr. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 967, laddove afferma che il processo esecutivo è stato pensato in funzione di una *surrogazione*, che è lo strumento tipico per rispettare l'autonomia e la libertà dell'obbligato, in quanto si limita a garantire al creditore il conseguimento di somme di danaro o la consegna di cose individuabili nel patrimonio dell'obbligato.

Ora, che questa potesse essere la prospettiva dalla quale muovevano i *conditores* del codice di rito del 1942, si può senz'altro convenire<sup>17</sup>. Essi, infatti, operavano in un contesto - anche scientifico - nel quale prevaleva una concezione marcatamente privatistico-contrattuale del rapporto di lavoro, ancora influenzata dai fondamentali studi di Ludovico Barassi<sup>18</sup>, inteso quale strumento per il datore di lavoro per assicurarsi le energie lavorative del dipendente, il cui oggetto peculiare consisteva nella messa a disposizione - da parte del lavoratore - delle proprie energie lavorative dietro corrispettivo (secondo lo schema contrattuale della *locatio operarum*)<sup>19</sup>. La successiva evoluzione dottrinale, senz'altro stimolata dall'entrata in vigore della Costituzione e dai frequenti richiami al tema del lavoro e dell'impresa contenuti in alcuni fondamentali passaggi della nostra Carta fondamentale<sup>20</sup>, ha consentito l'emersione dal rapporto di lavoro di nuove istanze di tutela, la cui rilevanza non è surrogabile nella loro dimensione economica e, come tali, insuscettibili di trovare piena soddisfazione in provvedimenti di condanna a contenuto risarcitorio da attuare nelle forme dell'espropriazione forzata individuale, secondo la via ordinaria tracciata

---

<sup>17</sup> Cfr., le osservazioni di PERLINGERI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 207 s.

<sup>18</sup> BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901; cui seguì una seconda edizione nel 1915; ID., *Lezioni di diritto sindacale*, Milano, 1929; ID., *Il diritto del lavoro*, 2 voll., Milano, 1935, cui seguì una seconda edizione, in tre volumi, nel 1957. Sull'influenza determinante di Ludovico Barassi nella formazione del moderno diritto del lavoro, si possono consultare i saggi raccolti nel volume *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Ludovico Barassi cent'anni dopo* a cura di M. Napoli, Milano, 2003; nonché ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, 2009; ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 59 ss.

<sup>19</sup> CESSARI, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1978, I, 86 s. ricorda come «Una lunga consuetudine dogmatica aveva abituato il giurista a nette contrapposizioni: l'imprenditore svolgeva attività; il lavoratore, negato ad ogni categoria soggettiva, non svolgeva attività, si limitava a cedere un bene»; per ulteriori cenni all'evoluzione ricordata nel testo, v. altresì SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 383 s.; RUSCIANO, *Il diritto del lavoro nell'ateneo federiciano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 194.

<sup>20</sup> Sapientemente ricostruiti da D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 311 ss.

dal codice di rito per tutte le altre obbligazioni civili<sup>21</sup>. Il riferimento è alle riforme sostanziali e processuali introdotte dalla l. 604/1966 e, poi, in maniera ancor più incisiva, dallo Statuto dei Lavoratori (l. 300/1970), nelle quali al fondamentale ripensamento degli equilibri tra le parti del rapporto di lavoro non si accompagna, salvo qualche pur significativa eccezione<sup>22</sup>, alcuna previsione tesa a rendere effettivo e concretamente realizzabile il nuovo assetto disegnato dalla legge sostanziale.

Quando, pochi anni più tardi, con la novella del codice di procedura civile ad opera della l. 533/1973 si è rifondato su nuove basi il processo del lavoro

---

<sup>21</sup> Si passa da un contratto di scambio lavoro contro retribuzione a un sistema di tipo diverso nel quale il lavoro assume un ruolo più incisivo che, superando la dimensione meramente economica, si arricchisce di contenuti sociali e personali. A tale proposito, in un illuminante saggio sulla tutela cautelare del rapporto di lavoro, di pochi anni successivo all'introduzione dello Statuto, Marcello Pedrazzoli (*La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., 1028) osservava come la tutela giurisdizionale del lavoratore fosse «rimasta storicamente irretita, come si vedrà, in uno schema, quello di credito-debito (retributivo), troppo riduttivo per apprezzare posizioni soggettive diverse da quelle meramente creditorie e di fine rapporto».

<sup>22</sup> Com'è noto, nella stesura originaria dello Statuto dei Lavoratori, l'art. 18 conteneva alcune disposizioni tese a rafforzare l'efficacia del provvedimento di reintegra. La prima, collocata nel 2° comma, imponeva al datore di lavoro - inottemperante all'ordine di reintegra - di «corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza a quella della reintegrazione»; la seconda, nel regolare la medesima fattispecie quando però ad essere licenziato fosse un dirigente delle rappresentanze sindacali aziendali, disponeva una ulteriore misura - in aggiunta a quella applicabile a tutti i lavoratori - consistente nella condanna del datore di lavoro inadempiente al «pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore». Infine, occorre ricordare la sanzione tutt'ora prevista per la mancata ottemperanza all'ordine di cessare la condotta antisindacale e la rimozione dei suoi effetti, all'esito dello speciale procedimento regolato dall'art. 28 Stat. Lav., che prevede l'applicazione dell'art. 650 del cod. pen. In argomento, anche per il formidabile impegno ricostruttivo teso ad ammettere l'applicabilità di rimedi penali quali misure coercitive, cfr. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620 ss.; ID., *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 162 ss.; ID., *Brevi note in tema di tutela specifica e di tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 127 ss.; ID., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, 177 ss.; ID., *Sentenza di condanna*, voce del *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 295 ss.; ID., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 257 ss.; opera che - seppure in alcune soluzioni indicate risultati non ha incontrato il favore della dottrina prevalente - ha avuto il merito incontestabile di sollecitare l'attenzione sui temi dell'attuazione delle pronunce di condanna a un fare infungibile (e non solo) nella prospettiva di un progressivo avvicinamento all'effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 24 Cost.



ro, la dottrina più sensibile ha subito segnalato l'occasione persa dal legislatore per non aver esteso l'intervento al settore della tutela esecutiva delle decisioni, introducendo un sistema che differenziasse - anche sotto questo profilo - le controversie di lavoro dalle altre controversie *civili*<sup>23</sup>.

Molti anni dopo, per effetto della l. 29/1993, l. 80/1998 e poi l. 165/2001, che hanno devoluto al giudice del lavoro la massima parte delle controversie sul pubblico impiego, se per un verso l'importanza della giurisdizione del lavoro è notevolmente accresciuta, ancora una volta il legislatore ha serbato il più totale disinteresse per le forme di attuazione dei relativi provvedimenti giurisdizionali, nell'occasione - peraltro - sollevando delicati problemi di coordinamento con il giudizio di ottemperanza e, più in generale, suscitando preoccupazione per il rischio di una rarefazione delle tutele esecutive di cui tradizionalmente godevano i dipendenti pubblici davanti al giudice amministrativo<sup>24</sup>.

### ***3. Il rapporto di lavoro subordinato: struttura e tutele giurisdizionali***

Come osservato, le esigenze di tutela giurisdizionale nascenti dal rapporto di lavoro si coordinano alle sue caratteristiche sostanziali e, dunque, sono suscettibili di manifestarsi in forme e secondo schemi in parte differenti da quelli che usualmente si riscontrano in altri settori del diritto civile. Infatti, mentre il

---

<sup>23</sup> PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., 1088 ss.; anche LANFRANCHI, *Nuovo processo del lavoro, statuto, tutela dei lavoratori e del sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 348, pur evidenziando alcuni aspetti positivi del nuovo rito del lavoro, prende atto dell'«inesistenza di un autentico progresso circa l'effettiva tutela giudiziale delle posizioni del lavoratore non riconducibili allo schema del credito pecuniario».

<sup>24</sup> Mi riferisco in particolare alle riserve espresse da VILLATA, *Prime considerazioni in tema di «privatizzazione» del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 417 s., e CECHELLA, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ultimo assetto della riforma del pubblico impiego*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, 68; VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, cit., 979; cui replica BORGHESI, *La giurisdizione in materia di impiego con enti pubblici*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, 30 s., osservando che la riduzione delle tutele è conseguenza della scomparsa dal rapporto di pubblico impiego dell'atto amministrativo e che, in ogni caso, alcuni profili della tutela assicurata dall'ottemperanza amministrativa potrebbero essere valorizzati nel contesto dell'esecuzione in forma specifica prevista dal codice di rito.

diritto di credito per emolumenti o altre prestazioni di natura patrimoniale trova nella condanna e nell'espropriazione forzata un'adeguata tecnica di tutela<sup>25</sup>, altrettanto non può dirsi per quelle posizioni soggettive del lavoratore che, sovente influenzate dalle dinamiche sostanziali del rapporto, si risolvono nell'attribuzione al datore di lavoro di una posizione di supremazia alla quale corrisponde la soggezione del dipendente, una condizione che i cultori del diritto civile definiscono con l'espressione – assai incisiva – di *poteri privati*<sup>26</sup>.

Tra queste prerogative, che pure si raccordano al diritto costituzionalmente garantito al datore di lavoro di liberamente organizzare la propria impresa (art. 41 Cost.)<sup>27</sup>, rientrano il potere di recedere dal rapporto di lavoro (licenziamento)<sup>28</sup>; quello di irrogare sanzioni disciplinari; quello di modificare la sede di lavoro o le mansioni del lavoratore e così via.

---

<sup>25</sup> In proposito, cfr. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss.; ID., *Esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, II, Napoli, 1989, 1078.

<sup>26</sup> Tema vastissimo, che occorre richiamare non solo per la diversità di approcci con i quali i diversi autori hanno ricostruito la menzionata figura, ma – ed è questo il profilo che maggiormente qui interessa – per la difficoltà incontrata nel definire i limiti e i conseguenti rimedi avverso gli atti d'illegittimo esercizio: cfr. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, 1963, 20 ss.; BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 17 ss.; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro (Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori)*, Padova, 1979, 75 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, 259 ss.; DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 341 ss.; BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, spec. 187 ss.; ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole strumentali*, Milano, 1988, *passim*; MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, 583 ss.; PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie di lavoro subordinato*, Milano, 1989, 47 ss.; DELL'UTRI, *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 47 ss.; ID., *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, *ivi*, 1993, II, 303 ss., spec. 311 ss.; ID., *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000, *passim*; SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 475 ss.

<sup>27</sup> Prospettiva, questa, che non trova il sostegno di una parte della dottrina civilistica, secondo la quale il potere del datore di lavoro troverebbe la sua fonte esclusiva nel contratto e costituirebbe l'espressione – dal versante datoriale – del vincolo di subordinazione, cfr. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., 203 ss.

<sup>28</sup> Così D'ANTONA, *Obbligo di retribuire e obbligo di risarcire il danno per il licenziamento illegittimo nel sistema dell'art. 18 Stat. Lav.*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, 99.

Non interessa in questa sede ripercorrere le vicende – pur degne della massima considerazione – che hanno portato all'introduzione di più o meno stringenti limiti al libero esercizio di queste prerogative da parte del datore di lavoro<sup>29</sup>; basta qui solo aver presente che i poteri privati di cui si discute sono suscettibili di sindacato giurisdizionale, secondo un modello processuale accostabile – almeno in prima approssimazione – a quello delle impugnative negoziali.

A questo primo importante nucleo di tutele, che si concretizzano sul versante processuale nell'impugnativa di un atto datoriale espressione di un potere privato del quale il lavoratore deduce l'illecito esercizio, se ne affianca un altro – che con il primo condivide la delicata prospettiva della sua attuazione giurisdizionale – riguardante le ipotesi nelle quali è affermata in giudizio l'esistenza attuale di un rapporto di lavoro ovvero il diritto alla sua costituzione *ex novo*, fondato – solo per fare degli esempi – sulla nullità del termine apposto al rapporto, sul ricorso abusivo ad altre forme di lavoro atipiche, sulla violazione delle norme che impongono assunzioni obbligatorie ovvero norme contrattuali collettive che assicurano la continuità del rapporto di lavoro in occasione del cambio d'appalto e altre situazioni similari.

In tutti questi casi, similmente a quanto accade per la declaratoria d'illegittimità del licenziamento (ma solo nelle ipotesi in cui ancora opera la c.d. *stabilità reale* del rapporto<sup>30</sup>), assume rilievo, da un lato, il profilo dell'attuazione della pronuncia favorevole al lavoratore e, dall'altro, l'esigenza di stabilire se a prescindere dalla possibilità concreta di esecuzione forzata il giudice possa comunque e sempre condannare il datore di lavoro ad adempiere

---

<sup>29</sup> Mi riferisco, ad esempio, alla disciplina dei licenziamenti individuali (variamente regolata dalle l. 604/1966; l. 300/1970; l. 108/1990; l. 92/2012 e ora il d.lgs. 23/2015, solo per menzionare gli interventi più significativi), ovvero ai limiti posti alla possibilità di trasferire il lavoratore dall'art. 2103 c.c.; in dottrina, cfr. CESSARI, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 81 ss.; ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 709 ss., spec. 720 ss.

<sup>30</sup> Sulla nozione di tutela reale, v. per tutti RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1977, 193 secondo cui «per reale s'intende, come fu chiarito, il conseguimento del bene o dell'utilità e non già il "surrogato" del risarcimento».

all'obbligazione infungibile<sup>31</sup>. Ed è questo l'argomento – come anticipato – che si intende affrontare in questo scritto, muovendo dalla oramai acquisita consapevolezza della rilevanza extra-patrimoniale di alcune situazioni soggettive nascenti dal rapporto di lavoro, tale da indurre a considerare tendenzialmente residuale il modello di tutela strutturato secondo schemi prettamente risarcitori (per equivalente monetario), la cui applicazione andrebbe pertanto riservata ai casi eccezionali<sup>32</sup>.

Al fine di consentire un adeguato svolgimento di questo tema, attraverso un percorso in grado di abbracciare le diverse situazioni sostanziali ora sinteticamente tratteggiate, sarà necessario riprendere – in una diversa prospettiva – le vicende legate alla reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, in quanto: a) esse rappresentano l'occasione in cui si esprime la massima tensione tra l'esigenza di attuazione della decisione favorevole al lavoratore e quella opposta, del datore di lavoro, di liberamente organizzare l'attività dell'impresa; b) costituiscono un argomento sul quale si riscontra la più consistente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema dell'attuazione delle decisioni di lavoro, con formidabili contributi così da parte degli studiosi del processo co-

---

<sup>31</sup> Si tratta di quelle fattispecie che, nel coacervo delle istanze di tutela provenienti dal diritto del lavoro, si caratterizzano per la mancata previsione espressa di uno strumento processuale che ne assicuri la concreta attuazione, così PAGNI, *Diritto del lavoro e tecniche di tutela*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 496.

<sup>32</sup> Sulla residualità della tutela risarcitoria in relazione alle esigenze connesse alle situazioni di vantaggio a carattere non patrimoniale, specie quando esse trovino esplicito e solenne riconoscimento sul piano dei valori costituzionali, cfr. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, cit., 647 s.; PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., 169 ss.; TULLINI, *Sull'ammissibilità della c.d. tutela specifica in materia di concorsi privati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 56 s.; DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, cit., 926 s.; nonché PAGNI, *Diritto del lavoro e tecniche di tutela*, cit., 491 ss. che ricorda i casi in cui è la stessa legge a prevedere – all'evidenza con previsione tassativa e non suscettibile di estensione in via interpretativa – il risarcimento del danno quale unico rimedio per la lesione del diritto sostanziale; EAD., *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *Riv. trim.*, 2013, 75 ss. Da ultimo, assai critico verso la prospettiva accolta nel testo è MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 547 s.; in precedenza v. anche VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, cit., 981 ss.

me da parte dei civilisti e, tra questi, in particolare i cultori del diritto del lavoro.

Ancor prima, tuttavia, avendo presente che nell'ambito dei licenziamenti illegittimi esiste una previsione *ad hoc* che – rimasta intatta nel suo nucleo essenziale, nonostante i numerosi interventi di riforma – ancora oggi consente al giudice di *ordinare la reintegra* del lavoratore, è necessario mettere a fuoco la struttura dei provvedimenti invocati nelle materie di cui ci occupiamo (impugnazione degli atti datoriali, restaurazione in senso lato del rapporto di lavoro), per valutare se e in quale misura possano essere accostati a quello che, accogliendo l'impugnativa del licenziamento, sfocia nell'ordine di reintegra. Si tratta insomma di stabilire se la sanzione conseguente al licenziamento illegittimo possa rappresentare l'ideale baricentro attorno al quale raccordare le diverse statuizioni giudiziali qui prese in esame, anche per ricavare dal primo elementi utili alla scioglimento del problema – qui posto – dell'attuazione giurisdizionale delle seconde.

#### ***4. La reintegra e le altre misure conseguenti all'accertamento dell'attuale esistenza di un rapporto di lavoro***

Quando, all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, è stato attribuito al giudice – una volta accertata l'illegittimità del licenziamento in regime di tutela reale – il potere di ordinare la reintegra del dipendente, la quasi totalità degli interpreti ha immediatamente colto la straordinaria rilevanza del precetto contenuto nell'art. 18 della l. 300/1970<sup>33</sup>, anche se, poi, ognuno l'ha declinato secondo prospettive diverse, pure tra gli studiosi del processo civile<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> In controtendenza con questo atteggiamento, cfr. PAOLINI, *Note sulla condanna in futuro*, in *Riv. trim.*, 1976, 579 il quale sostiene che l'ordine di reintegra avrebbe alimentato «ingenue e generose illusioni di profondi rinnovamenti sociali».

<sup>34</sup> In generale, cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori)*, cit.; DI MAJO, *Reintegrazione nel posto di lavoro e controllo del potere nell'impresa (a proposito di una pubblicazione)*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, 187 ss.; mentre tra i contributi centrati sui profili processuali dell'istituto, cfr. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 8 ss.; ARIETA, *Sull'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo*

Dal punto di vista del processualcivilista, infatti, l'aver consentito al giudice del lavoro di ordinare la reintegra significava, perlomeno implicitamente, assicurare al lavoratore vittorioso l'esatta soddisfazione della sua pretesa, consistente nella ripresa dell'attività lavorativa anche contro la volontà dell'imprenditore<sup>35</sup>. Tanto discendeva dalla diffusa convinzione - oggi sempre più messa in discussione - che dovesse esistere una necessaria correlazione tra la condanna e l'esecuzione forzata<sup>36</sup>, per cui al giudice civile non sarebbe con-

---

*di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, in *Temi Rom.*, 1975, I, 266 ss.; FAZZALARI, *Una certa maniera di sentenziare*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 392 ss.

<sup>35</sup> CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, in *Riv. trim.*, 1978, 1461 ss.

<sup>36</sup> LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*<sup>2</sup>, Roma, 1936, 112, secondo cui la condanna accerta anche l'eseguitività della prestazione; CALAMANDREI, *La condanna*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, 189 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 103; ID., *Interesse ad agire*, voce del *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1975, 841; ID., *Diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Padova, 1999, 106 s.; MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguitività forzata*, in *Riv. trim.*, 1976, 1342 ss.; ID., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 20 ss.; FAZZALARI, *Procedimento arbitrale e giurisdizionale nei licenziamenti individuali*, in AA. VV., *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1972, 297 s.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*<sup>2</sup>, Napoli, 1965, 16 ss., il quale ravvisa l'esistenza di un «indissolubile collegamento tra condanna e processo civile di esecuzione forzata»; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*<sup>2</sup>, Torino, 1994, 169 ss.; MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1082 ss.; CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 659 ss., spec. 674 ss.; ID., *Art. 614-bis*, in BALENA, CAPPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2010, 155 ss.; CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *www.treccani.it*, il quale definisce un errore definitorio concepire la condanna priva di sanzione.

E' bene fin d'ora segnalare che, quantunque autorevolmente sostenuto e diffuso nella nostra dottrina, il principio di cui al testo è tuttavia contrastato, in tempi più recenti, da numerose autori, tra i quali occorre ricordare – oltre ai fondamentali studi di Andrea Proto Pisani, ricordati *supra* alla nota 22 – TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 639 ss.; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 357 ss., testo e nota 72; ID., *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *St. Iuris*, 1997, 1278 ss., e successivamente ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 191 ss.; SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 103 ss., dapprima con riferimento alla condanna rivolta al datore di lavoro pubblico, nei confronti del quale «probabilmente non vale la tradizionale affermazione della inesequibilità in forma specifica per insurrogabilità della prestazione», e poi, comunque, anche con riferimento al datore di lavoro privato; VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *St. Iuris*, 2003, 311 ss.; ID., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 240 ss.; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*<sup>5</sup>, Torino, 2016, 76 ss., ricordando gli istituti del diritto del lavoro, i provvedimenti recanti la tutela inibitoria e, ora, la previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c.; v. altresì DENTI, «Flashes» *su accertamento e condanna*, cit., 263 s., il quale ravvisa il *proprium* della condanna nell'accertamento dell'effetto giuridico che consiste

sentito accogliere una richiesta di condanna riferita a un adempimento non suscettibile di esecuzione forzata. In sostanza, se con l'art. 18 Stat. Lav. il legislatore aveva espressamente previsto un ordine di reintegra esecutivo, ciò significava che quest'ultimo – qualora l'obbligato non adempisse spontaneamente - doveva potersi attuare in forma coattiva<sup>37</sup>.

Il dibattito che ne seguì, assai vivace nella nostra dottrina, vide così contrapposti coloro che - mossi dall'intento di salvaguardare la valenza precettiva della norma - sostenevano almeno parzialmente suscettibile di esecuzione forzata l'ordine di reintegra<sup>38</sup>, ad altri che, seguendo una via ancor più diretta, si

---

nell'obbligo di prestazione da parte del debitore; ID., *Conclusioni*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, cit., 1360 ss.; nell'ottica di un superamento della necessaria correlazione fra condanna ed esecuzione forzata vedi anche CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 59 ss.; ID., *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 158 ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 202, che trae spunto dalla reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato per dimostrare che la condanna, nell'idea del legislatore, può avere ad oggetto una prestazione non coercibile in forma processuale. Tra i cultori del diritto civile si ricorda l'autorevole opinione di MENGONI, *Discussione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 152, il quale non esita a definire il principio della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata come un «preconcetto, ancora diffuso», sostenendo la necessità di assicurare l'adempimento in natura ai sensi dell'art. 1218 c.c. (letto in combinazione con l'art. 1453 c.c.), altrimenti frustrata dalla rigida applicazione di quel principio; v. anche DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale processuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 386 il quale nell'ottica di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) suggerisce di «porre veramente la condanna, nel suo valore generale di comando rivolto al debitore, al servizio indifferenziato di tutti i diritti che si assumono lesi»; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 128 ss.; interessanti rilievi anche in ORLANDI, *Astreinte e analogia*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 103 ss. A onor del vero, lo stesso Mandrioli, in un'opera più risalente, nel segnalare la pressione psicologica che la condanna all'adempimento specifico può esercitare sull'obbligato, affermava la possibilità di pronunciare la condanna «anche indipendentemente dalla sua eseguibilità in via coattiva (cfr. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 67).

<sup>37</sup> In ciò si coglie il tratto «eversivo» della previsione dello Statuto dei Lavoratori secondo RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 198.

<sup>38</sup> Tra questi, v. specialmente TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione*, in *Riv. trim.*, 1976, 789 ss.; LANFRANCHI, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva ed attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, 344 ss.; FREDIANI, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, 73 ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 183 ss.; ID., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1998, 322 ss.; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori)*, cit., 211; ALESSANDRI, *Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. trim.*, 1980, 1162 ss.; SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli*

sforzavano di superare il dogma della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata per dimostrare che nel nostro ordinamento potevano ammettersi provvedimenti di condanna insuscettibili di esecuzione forzata diretta<sup>39</sup>; altri ancora, con approccio disincantato, giudicavano la previsione della reintegra un impegno che il legislatore aveva assunto, verso il lavoratore, ben consapevole di non poterlo rispettare<sup>40</sup>, come dimostrava – dal questo punto di vista - la predeterminazione delle conseguenze per l'inottemperanza all'ordine, che imponevano al datore di lavoro di risarcire un danno commisurato alla retribuzione che il lavoratore avrebbe maturato in costanza di rapporto.

In questa sede interessa rilevare il tratto comune alle tesi appena ricordate, ossia la convinzione che l'ordine di reintegra rappresentasse un *unicum* nel panorama del nostro sistema processuale e non il semplice (e coerente) svolgimento in sede giurisdizionale dell'affermata stabilità (sul versante sostanziale) di alcuni rapporti di lavoro incisi da un licenziamento illegittimo.

Un tale approccio ha impedito, almeno in una prima fase, che vicende sostanziali assimilabili al licenziamento illegittimo (ma sempre attinenti al rapporto di lavoro) potessero anche solo aspirare ad analoghe *tecniche di tutela* e, in concreto, che il giudice potesse – in mancanza di una norma espressa - adottare un provvedimento di condanna nei confronti della parte datoriale il cui contenuto fosse irrealizzabile (o solo in parte realizzabile) nelle forme dell'esecuzione forzata.

---

*obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 65 ss.; BOVE, *Il punto sull'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, 216; ancora recentemente, mostra di considerare almeno parzialmente attuabile la reintegra «sfruttando i margini che l'art. 612, 1° comma, c.p.c. lascia all'operatore, nel demandare al giudice dell'esecuzione la determinazione delle modalità di esecuzione dell'obbligo derivato dalla violazione» anche PAGNI, *Diritto del lavoro e tecniche di tutela*, cit., 506; EAD., *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, cit., 93.

<sup>39</sup> In questo senso, v. specialmente i fondamentali studi di Proto Pisani, ricordati *supra* alla nota 22, il quale, tuttavia, sulla condanna alla reintegra esprimeva un giudizio negativo circa la sua realizzabilità nelle forme dell'esecuzione in forma specifica *ex art. 612 c.p.c.*; quindi RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 202.

<sup>40</sup> V., ad esempio, PAOLINI, *Note sulla condanna in futuro*, cit., 581.



Si pensi in quest'ottica alle ipotesi, non infrequenti nella pratica e già ricordate, dell'attuazione dell'obbligo di assunzione dei disabili<sup>41</sup> o dell'accertamento dell'esistenza attuale di un rapporto di lavoro subordinato (ad esempio in conseguenza dell'illegittimità del termine apposto al contratto ovvero per illiceità del modello contrattuale formalmente adottato ecc.)<sup>42</sup>: dal punto di vista sostanziale queste fattispecie esprimono le medesime esigenze originate dal licenziamento illegittimo, consistenti nell'assicurare alla parte vittoriosa di vedere materialmente costituito o ripristinato il suo *status* di lavoratore<sup>43</sup>.

Anche in relazione alle fattispecie appena ricordate, invero, avrebbe dovuto trovare attuazione il principio chiovendiano secondo cui il processo deve (tendenzialmente) assicurare «per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire»<sup>44</sup>, con la conseguenza che il giudice del lavoro avrebbe dovuto poter ordinare, anche in loro favore, la reintegra sul posto di lavoro a prescindere dalla possibilità concreta che quella pronuncia potesse trovare agevole copertura esecutiva, come av-

---

<sup>41</sup> In materia, nella vigenza della l. 482/1968, cfr. BASILICO, *Problemi di effettività della normativa sulle assunzioni obbligatorie*, in *Riv. trim.*, 1982, 1384, la quale affermava che, una volta avviato al lavoro, il disabile avesse un diritto soggettivo all'assunzione tutelabile nelle forme dell'accertamento e della *condanna ad adempiere*, pur consapevole che l'adempimento richiesto era infungibile (infatti, in caso di ulteriore inadempimento del datore di lavoro, veniva prospettato un rimedio risarcitorio).

<sup>42</sup> E' significativa in proposito, anche per le reazioni e i commenti che la vicenda ha suscitato, la decisione del Tribunale di Torino, 27 gennaio 1985, in *Riv. dir. lav.*, 1985, 584 ss. (annotata adesivamente da VACCARELLA, *Sulla condanna alla reintegrazione dei cassaintegrati*) che ha riformato la decisione di Pret. Torino, 21 dicembre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 483 ss. con nota di PERA, *Ancora sulla gestione dell'integrazione salariale della Fiat*: tralasciando le questioni di carattere sostanziale, importa segnalare che il pretore aveva condannato il datore di lavoro a reintegrare i lavoratori ingiustamente collocati in cassaintegrazione pur in assenza di una norma che gli affidasse tale potere, dichiarando immediatamente esecutivo, ai sensi dell'art. 431 c.p.c., il relativo provvedimento.

<sup>43</sup> L'espressione è usata nel senso e con le implicazioni a suo tempo tracciate da SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro. Parte generale*, Bari, 1972, 54 ss.

<sup>44</sup> Così CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, successivamente in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, 110; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1935, 41 s.

veniva e avviene tutt'ora per i licenziamenti illegittimi rientranti nell'art. 18 Stat. Lav.

Parimenti, rivolgendo l'attenzione alle impugnazioni degli atti di esercizio dei poteri privati del datore di lavoro, è facile notare come il semplice accertamento dell'illegittimità dell'atto datoriale non sia di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse del lavoratore che, invece, aspira a conseguire *anche* (e, forse, soprattutto) una modificazione della realtà concreta che riporti la situazione lavorativa al momento antecedente all'esercizio illegittimo del potere privato: da ciò l'esigenza di ordinare, anche in questo caso, al datore di lavoro – in uno con l'accertamento dell'illegittimità dell'atto - il ripristino della situazione allo *status quo ante*.

Evidenziate dunque le peculiarità del fenomeno che s'intende indagare, occorre tornare al punto di partenza per osservare come - considerato sotto il profilo processuale - l'ordine di reintegra del lavoratore, ove lo si voglia astrarre dalla fattispecie concreta nella quale si trova quasi asfitticamente confinato, appare come una condanna all'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro<sup>45</sup>, di cui il giudice ha accertato l'attuale esistenza e vitalità<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> In questi esatti termini, PAGNI, *Diritto del lavoro e tecniche di tutela*, cit., 503 ss.; EAD., *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, cit., 92; più in generale, sulla natura condannatoria dell'ordine di reintegra, cfr. D'AURIA, *Sentenza di primo grado che ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ed effetti della riforma in appello con sentenza non passata in giudicato*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 430 ss.; PROTO PISANI, *Nuovo processo del lavoro e prospettive di riforma della giustizia civile in Italia*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, 699 ss.; ID., *La tutela di condanna*, cit., 150, nota 69; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 164 ss. e 207; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 202 testo e nota 50; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., 166 ss.; GHERA, *Intervento*, in *Atti del convegno La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Sassari 13 giugno 1981 a cura di F. Santoni, Milano, 1983, 16.

<sup>46</sup> In questo senso, oramai, si esprime anche la giurisprudenza di legittimità, pur ricorrendo alla controversa figura della condanna generica, cfr. Cass. 4 ottobre 2013, n. 22735; Cass. 5 luglio 2003, n. 10628, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 608 ss.; Id., 25 ottobre 1997, n. 10515, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1387 ss. con nota di CATTANI, *Sul licenziamento illegittimo e sulla reintegrazione di un lavoratore subordinato ex art. 18 legge n. 300 del 1970 (con conseguenziale diritto al risarcimento dei danni) e sulla facoltà del datore di lavoro di esercitare lo ius variandi in sede di assegnazione del posto di lavoro*. Nella dottrina, cfr. BORGHESI, *Rapporto di lavoro ed esecuzione in forma specifica*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, II, Milano, 2005, 1124, il quale riconosce nell'ordine di reintegra «qualcosa di più e di diverso dalla condanna», un accertamento dell'attuale esistenza del rapporto non travolto dal licenziamento illegittimo ovvero una

Così, ricondotto entro il *genus* delle condanne all'adempimento<sup>47</sup>, la misura perde quella sua peculiare connotazione che ne aveva fatto un ammennicolo esclusivo di alcune pronunce d'illegittimità del licenziamento, per assurgere al potenziale ruolo di rimedio duttile e applicabile ogniqualvolta il giudice - accogliendo la domanda del lavoratore (o del datore di lavoro) - debba restituire vitalità a un rapporto di lavoro in fatto cessato o interrotto o illegittimamente alterato.

A questa conclusione non osta un altro tratto caratteristico dell'ordine di reintegra, quella di essere dichiarato dall'art. 18 Stat. Lav. - nel testo vigente fino al 2012<sup>48</sup> - provvisoriamente esecutivo. Invero, tale regime poteva riuscire oltremodo suggestivo in un contesto processuale che condizionava al passaggio in giudicato della decisione l'esecutività della condanna, ma appare oggi da rimeditare alla luce dell'opposto principio accolto dall'art. 282 c.p.c. nel testo novellato dalla l. 353/1990, pacificamente estensibile anche al processo del lavoro, come del resto dimostra ancora recentemente la scelta del legislatore - operata nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante *Disposizioni in materia di contratto di lavoro indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183* - di riproporre l'ordine di reintegra senza curarsi di precisare l'immediata esecutività della misura, trattandosi di un effetto che, oramai, si ricava dai principi generali della tutela dichiarativa.

Del resto, ove si tenga nella giusta considerazione la natura e la funzione assolta dall'ordine di reintegra, parrebbe veramente contraddittorio immaginare che quest'ultimo non sia immediatamente vincolante per il destinatario del

---

pronuncia costitutiva che ripristina il rapporto, ove si ritenga che il licenziamento illegittimo sia idoneo a risolverlo.

<sup>47</sup> Nel senso generale e aperto impiegato dal legislatore nell'art. 2818 c.c. che, dunque, non può essere utilizzato quale argomento a sostegno dell'idea di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, come ha convincentemente, a mio avviso, dimostrato PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., 150 ss.: ma in senso contrario v. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*<sup>2</sup>, Napoli, 1965, 8 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*<sup>2</sup>, cit., 168 ss.

<sup>48</sup> Data in cui, per effetto della novellazione ad opera della l. 28 giugno 2012, n. 92, anche nell'art. 18 Stat. Lav. è scomparsa la norma che disponeva la provvisoria esecutività della reintegra.

provvedimento<sup>49</sup>. Che l'ordine di reintegra debba inquadrarsi tra le misure a contenuto condannatorio, mi pare peraltro affermazione incontrovertibile, vuoi in considerazione del tradizionale indirizzo seguito dalla dottrina<sup>50</sup>, vuoi sulla base di precisi indizi di diritto positivo che esprimono l'intendimento del legislatore di ricondurlo alla tutela di condanna, quali ad esempio, ora, l'art. 2, 2° comma, del ricordato d.lgs. 23/2015 che, dopo aver previsto al 1° comma l'ordine di reintegra, così si esprime: «con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna *altresì* il datore di lavoro al risarcimento del danno»: la posizione nella frase della locuzione *altresì* dopo il riferimento alla condanna rende chiara l'intenzione di considerare tale anche quella prevista nel 1° comma e compendiata nell'ordine di reintegra<sup>51</sup>.

Il tema in discussione, dunque, mostra una rilevanza applicativa che va ben oltre la – pur importante – vicenda della restaurazione del rapporto di lavoro “turbato” da un recesso illegittimo, estendendosi a tutte le occasioni in cui l'accoglimento della domanda giudiziale potrebbe esitare nell'ordine impartito al datore di lavoro di adempiere «nel suo complesso» le obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, anche allo scopo di rimuovere gli effetti sostanziali di una precedente attività illecita<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Analoghi rilievi, compiuti con sorprendente sensibilità per gli svolgimenti processuali del tema, si possono leggere in D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 208 s., il quale, pur muovendo dalla convinzione che l'ordine di reintegra assolva anzitutto una funzione inibitoria (soluzione condivisa successivamente da MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 113 s.), richiama a sostegno uno scritto, risalente, dedicato alla tutela urgente del possesso, cfr. DRAGO, *Immediata esecutorietà della sentenza che ordina la reintegrazione nel possesso*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, 1958, 255 ss.

<sup>50</sup> Vedi autori citati *supra* alla nota 28; in senso contrario si veda, però, FAZZALARI, *Procedimento arbitrale e giurisdizionale nei licenziamenti individuali*, 297 ss.; ID., *Una certa maniera di sentenziare*, cit., 393, il quale dalla incoercibilità della prestazione oggetto dell'ordine fa discendere la negazione della natura condannatoria del provvedimento e, in luogo di questa, propone una sua assimilazione alla sentenza di *condanna generica*.

<sup>51</sup> Analogo argomento può ricavarsi dall'art. 18, 2° comma, Stat. Lav. al quale il legislatore del 2015 si è direttamente ispirato riproducendo quasi testualmente le espressioni già utilizzate nell'ultima stesura dell'articolo dovuta alla l. 92/2012.

<sup>52</sup> Così come accade, pur in una differente prospettiva sostanziale, in conseguenza dell'accoglimento della denuncia di atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2599 c.c., che consente al giudice - che accerti l'illecito - di adottare anche «gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti». Anche in tal caso si tratta d'intervenire su rapporti e

## 5. *L'ordine di reintegra e la sua attuazione processuale*

Così meglio definita la rilevanza e i confini dell'analisi che seguirà, occorre ora verificare se il potere del giudice di ordinare la reintegra (o la restaurazione conseguente all'illegittimo esercizio del potere privato) nelle situazioni considerate possa ritenersi giuridicamente sostenibile, e questo, anzitutto, sotto il profilo dell'individuazione delle forme in cui sia possibile dare concreta attuazione a questa condanna e poi - in caso di esito negativo della prima indagine - di valutare l'ammissibilità di una siffatta pronuncia non coperta dall'azione esecutiva.

I due profili, seppure intimamente collegati, vanno affrontati secondo un preciso ordine logico che impone di valutare, preliminarmente, se l'ordine di reintegra possa essere attuato nelle forme dell'esecuzione forzata regolate dal terzo libro del codice di rito e, in particolare, da quelle previste per gli obblighi di fare e di non fare (art. 612 e ss. c.p.c.).

Su questo punto, benché siano note le divergenti posizioni espresse dalla dottrina<sup>53</sup>, deve prendersi atto della perdita di concretezza della questione in conseguenza dell'oramai fermo orientamento della giurisprudenza della Su-

---

situazioni giuridiche soggettive a carattere continuativo, in relazione alle quali l'accertamento dell'illecito in sé non costituirebbe un rimedio efficace senza essere accompagnato da un provvedimento di condanna ripristinatorio, come avviene nell'ambito del rapporto di lavoro.

<sup>53</sup> V. *supra*, alla nota 38, per l'indicazione degli autori favorevoli ad ammettere la possibilità di esecuzione, almeno parziale, della reintegra; mentre per coloro che escludono in radice quella possibilità, seppure per ragioni diverse (ora richiamandosi alla personalità o complessità dell'adempimento richiesto, ora segnalando l'inadeguatezza del processo esecutivo allo scopo), cfr. FAZZALARI, *Procedimento arbitrale e giurisdizionale nei licenziamenti individuali*, cit., 297 s.; GARBAGNATI, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 599 s.; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 120 ss.; MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 116 ss.; ID., *Sulla pretesa esecuzione specifica dell'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. it.*, 1979, I, 181 ss.; VACCARELLA, *Sulla condanna alla reintegrazione dei cassaintegrati*, cit., 588 s.; LUISO, *La tutela giurisdizionale dei diritti nel processo relativo al licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 859 e 865 s.; SASSANI, *Ripristino del rapporto retributivo, cessazione della materia del contendere e incoercibilità dell'ordine di reintegrazione ex art. 18 st. lav.*, in *Giust. civ.*, 1990, 950 s.; per un approccio singolare, v. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 9 ss. che ravvisa nell'ordine di reintegra una forma di esecuzione atipica da realizzare con la necessaria collaborazione del datore di lavoro.

prema Corte secondo cui: «l'obbligo di riassumere il lavoratore non è coercibile, così come non è suscettibile di esecuzione forzata l'obbligo del datore di lavoro di far lavorare il dipendente, dopo averlo riassunto.», aggiungendosi che «non si può, infatti, costringere il datore di lavoro, a reinserire il dipendente licenziato nell'organizzazione aziendale, oppure ad utilizzare la prestazione d'opera»<sup>54</sup>. Invero, i tentativi in passato autorevolmente compiuti in direzione opposta sono approdati al massimo a isolare – all'interno dell'ampia nozione di reintegra – alcune attività suscettibili di esecuzione coattiva, affidando altresì a queste iniziative un'innegabile forza coercitiva nei confronti del datore di lavoro inadempiente<sup>55</sup>, ma senza mai giungere<sup>56</sup> a teorizzare compiutamente la surroga integrale di quest'ultimo ad opera dell'ufficiale giudiziario o di un terzo incaricato dal giudice dell'esecuzione.

---

<sup>54</sup> Si esprime in questi esatti termini Cass. 9 maggio 1986, n. 3103, in *Foro it.*, 1987, I, 747 ss.; Cass. 8 aprile 1972, n. 1079; Cass. 15 aprile 1976, n. 1355, in *Foro it.*, 1976, I, 1136 ss.; Cass. 20 gennaio 1978, n. 262, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1212 ss.; in *Dir. lav.*, 1979, II, 54 ss.; in *Mass. giur. lav.*, 1980, 234 ss. con nota di BALBI, *Reintegrazione nel posto di lavoro e decorrenza della retribuzione*; Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, 210 ss. con nota di BOVE, *Il punto sull'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra del lavoratore*; Cass. 21 giugno 1985, n. 3738, in *Foro it.*, 1986, I, 1013 ss. con nota di CARRATA, *Esecuzione spontanea di condanna esecutiva a fare infungibile, «riserva di revoca» e riforma della sentenza*; Cass. 20 ottobre 1987, n. 7733, in *Giust. civ.*, 1988, I, 724 ss.; in *Mass. giur. lav.*, 1988, 93 ss. con nota di MANNACIO, *La coercibilità dell'ordine di reintegrazione. Principi giuridici ed istanze etiche in due sentenze della cassazione*; Cass. 11 gennaio 1988, n. 112, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 1071 ss.; Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *Mass. Giur. lav.*, 1990, 599 ss.

<sup>55</sup> Così ad esempio, TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, cit., 806 s.; ALESSANDRI, *Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 1155 ss.

<sup>56</sup> Salvo alcune isolate - ma interessanti - eccezioni, cfr. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 144 ss.; ARIETA, *Sull'eseguitività in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro*, in *Temi rom.*, 1975, 267 ss., il quale in un successivo lavoro (ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*<sup>2</sup>, Padova, 1985, 343 s.) ribadisce la sua posizione anche con riguardo al provvedimento cautelare reso ex art. 700 c.p.c. che ordina la reintegra: in tal caso ammettendo che l'attuazione della misura cautelare possa assicurare al lavoratore un'utilità non conseguibile con l'esecuzione del provvedimento (sempre di reintegra) conclusivo del giudizio di merito. Tale sfasamento di tutele sarebbe giustificato, secondo l'Autore, dal fatto che - in alcuni casi - la reintegra è perfettamente fungibile ma difetta uno strumento esecutivo ordinario per eseguirla, mentre lo stesso limite non si riscontra in sede cautelare in ragione della libertà di forme per l'attuazione delle relative misure.

L'ostacolo che impedisce di restaurare nella sua pienezza e in forme esecutive il rapporto di lavoro si deve ravvisare, infatti, non tanto in una carenza dell'ordinario processo esecutivo quanto, piuttosto, nel carattere personalissimo dell'interesse perseguito dall'imprenditore nello svolgimento della sua attività che, come tale, non può essere surrogato dalla valutazione di un terzo estraneo al rapporto<sup>57</sup>. L'attività materiale richiesta per compiere la reintegra sarebbe invero astrattamente surrogabile, trattandosi di adempimenti che possono essere materialmente compiuti anche da un terzo in luogo del datore di lavoro, ma in tal modo - per l'intermediazione dell'ufficio esecutivo - verrebbe irrimediabilmente reciso il legame tra quei comportamenti e il giudizio circa la loro utilità e rispondenza all'interesse economico, personale e insindacabile dell'imprenditore<sup>58</sup>.

A diverse conclusioni è possibile approdare, secondo alcuni, per l'esecuzione di analoghe pronunce contro la p.a. nel settore del pubblico impiego privatizzato. In tale diversa prospettiva, è posto l'accento sulla c.d. *funzionalizzazione* dell'agire pubblico, intesa quale criterio ispiratore (ricavabile dalla legge) che deve orientare le scelte del datore di lavoro verso la realizzazione del pubblico interesse e che, potendo essere obiettivamente ricostruito anche da un soggetto estraneo alla p.a./datore di lavoro, può essere affidata a un terzo, qual'è nel giudizio di ottemperanza il *commissario ad acta*: di fronte al datore di lavoro pubblico verrebbe a mancare, insomma, quell'ostacolo rappresentato dall'interesse dell'imprenditore, qui sostituito dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Quanto enunciato nel testo vale anzitutto per la figura del datore di lavoro imprenditore, mentre dubbi possono sorgere - circa la tenuta del regolamento sostanziale - con riferimento alla figura del datore di lavoro non imprenditore al quale non è possibile estendere *de plano* la tutela enunciata dall'art. 41 Cost., come opportunamente rileva BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 193 ss.

<sup>58</sup> In questo senso, cfr. MENGONI, *Intervento*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 154; GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, II, Napoli, 1989, 1083 ss.

<sup>59</sup> SASSANI, *Problemi processuali della riforma del pubblico impiego*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 741 ss.; CECHELLA, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ultimo assetto della riforma del pubblico impiego*,

All'indomani della ricordata devoluzione al giudice del lavoro delle controversie sul pubblico impiego privatizzato, la dottrina più sensibile si è subito interrogata sul grado di effettività assicurato dalle decisioni del giudice civile rese nei confronti della p.a.<sup>60</sup>, in particolare per ciò che concerne la loro coercibilità, ove non si tratti di mere condanne al pagamento di somme di denaro. Scartate le altre ipotesi in campo, la via più naturale è sembrata quella di guardare all'esecuzione forzata degli obblighi di fare *ex art. 612 c.p.c.* quale modello "aperto" che consente al giudice dell'esecuzione – se del caso per il tramite dell'ufficiale giudiziario – la nomina di un soggetto che, similmente al *commissario ad acta* nel giudizio di ottemperanza, si sostituisce all'amministrazione inadempiente nell'adozione degli atti necessari alla materiale esecuzione della condanna. Tuttavia, a voler percorrere fino in fondo questa strada, si finisce per dover prendere atto della strutturale difficoltà incontrata dal giudice civile nel relazionarsi al datore di lavoro pubblico, nonché della rigidità del procedimento descritto dall'*art. 612 c.p.c.* ove lo si voglia applicare – non a singole e isolate prestazioni (in vista delle quali è stato, anzitutto, concepito), ma - a rapporti complessi, di durata, com'è quello di lavoro<sup>61</sup>.

In conclusione, l'ordine di reintegra concepito dall'*art. 18 Stat. Lav.* (e ora, per soli i contratti di lavoro a tutele crescenti, dall'*art. 2 del d.lgs. 23/2015*), pur avendo indiscutibilmente contenuto di condanna, non appare suscettibile

---

cit., 68 s., ma solo se l'esecuzione della decisione non richiede l'adozione di un nuovo provvedimento amministrativo; in senso contrario v., però, BORGHESI, *La giurisdizione in materia di impiego con enti pubblici*, cit., 30 s.

<sup>60</sup> SASSANI, *Problemi processuali della riforma del pubblico impiego*, cit., 742 s.; ID., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, 213 ss.; ID., *Giurisdizione ordinaria poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim.*, 1999, 423 ss.; BORGHESI, *La giurisdizione in materia di impiego con enti pubblici*, cit., 29 ss.

<sup>61</sup> Sono le osservazioni, ancora, di SASSANI, *L'esecuzione delle sentenze civili di condanna dell'amministrazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 1 ss., il quale sottolinea, altresì, che il sistema dell'ottemperanza amministrativa è caratterizzato per la possibilità di esercitare anche di poteri di cognizione, necessari ad esempio per accertare e rimuovere eventuali ulteriori atti adottati in contrasto con la pronuncia da attuare, poteri che, invece, non possono essere riconosciuti al giudice dell'esecuzione civile, in assenza di una norma espressa che li preveda; esclude la coercibilità della reintegra, anche ove riferita al pubblico dipendente, BORGHESI, *Rapporto di lavoro ed esecuzione in forma specifica*, cit., 1127 ss.



di esecuzione forzata e ciò sia per l'impossibilità di surrogare il datore di lavoro nelle scelte imprenditoriali (indispensabili ad assicurare la pienezza della reintegra), sia per l'oggettiva inadeguatezza dei rimedi esecutivi ordinariamente previsti dal codice di rito quando riferiti a rapporti complessi e continuativi.

## **6. Misura coercitiva generale e controversie di lavoro**

Se, dunque, la reintegra si atteggia nel nostro ordinamento come un adempimento complesso non suscettibile (quantomeno integralmente) di esecuzione forzata – e così passando alla seconda verifica programmata – l'idea di una necessaria corrispondenza tra condanna ed esecuzione rappresenta un serio ostacolo alla tesi – che si sta vagliando – di ricostruire un potere del giudice del lavoro di ordinare la reintegra del lavoratore in fattispecie diverse da quelle espressamente contemplate dall'art. 18 Stat. Lav. e – ora – dall'art. 2 del d.lgs. 23/2015, ovvero di ordinare il ripristino del rapporto di lavoro turbato dall'illegittimo esercizio del potere privato (sotto forma di mutamento delle mansioni o trasferimento della sede di assegnazione del lavoratore). Una tale domanda, qualora formulata dal lavoratore, dovrebbe essere perciò dichiarata inammissibile<sup>62</sup>.

La condanna civile, secondo un'impostazione diffusa nei nostri studi – che mostra predilezione per l'aspetto funzionale, incentrato sugli effetti della pronuncia – si distingue dalla tutela di accertamento e dalla tutela costitutiva per l'idoneità a fondare l'esecuzione forzata<sup>63</sup>. In conseguenza del provvedi-

---

<sup>62</sup> In tal senso, con estremo rigore, cfr. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 106 ss. testo e nota 47; Id., *Diritto processuale civile*<sup>3</sup>, I, cit., 106 ss.; CHIZZINI, *Art. 614-bis*, cit., 155. In argomento da ultimo, tra i civilisti, cfr. FRENDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 756 ss.

<sup>63</sup> Si vedano, pur con impostazioni spesso assai diversificate, cfr. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 189 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*<sup>3</sup>, I, Milano, 1973, 144 ss.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 38 ss. che ravvisa nella sentenza di condanna un accertamento costitutivo dell'azione esecutiva; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 340 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1961, 259 ss.; MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 281 ss.; ID., *Spunti per la revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, 173 ss.; ID., *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1075 ss.

mento di condanna, la posizione soggettiva del creditore si arricchisce, infatti, di un *quid pluris* costituito dall'azione esecutiva, il potere di sollecitare l'attuazione coattiva dell'obbligo inadempito per mezzo dell'ufficio esecutivo nelle forme stabilite dal terzo libro del codice di procedura civile, ovvero in quelle diverse previste dalle leggi speciali.

Il rapporto tra il provvedimento di condanna e la conseguente tutela esecutiva dell'obbligo inadempito, pur non espressamente regolato dalla legge<sup>64</sup>, costituirebbe un parametro decisivo per distinguere tra le diverse forme di tutela dichiarativa, talché - si dovrebbe dire - un provvedimento, pur mostrando esteriormente i caratteri e il tenore della condanna<sup>65</sup> ma riferito ad obblighi non suscettibili di esecuzione forzata, si risolverebbe in una pronuncia di mero accertamento<sup>66</sup>.

E' banale osservare che le norme sostanziali, nel dettare le regole di condotta, quasi mai si soffermano a precisare se una certa attività (doverosa) sia suscettibile o meno di esecuzione forzata: di conseguenza, aderendo all'assunto della necessaria corrispondenza tra condanna ed esecuzione forzata, sarebbe rimesso al giudice della tutela dichiarativa il delicato compito di vagliare l'ammissibilità della domanda di condanna sotto questo profilo, interrogandosi circa la natura e il contenuto dell'obbligo posto a fondamento della richiesta di tutela e la sua fungibilità nella prospettiva dell'esecuzione forzata<sup>67-68</sup>. E

---

<sup>64</sup> Intendiamo riferirci alle disposizioni del codice civile che, nel disciplinare in via generale le obbligazioni, sembrano presupporre l'ammissibilità di una condanna all'adempimento sganciata dalla natura della prestazione e così dalla sua eseguibilità in forma coatta, come emerge dall'esame degli artt. 1453, 1292, 1307, 1319 c.c.: cfr. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., 155 ss., il quale conclude nel senso che non sia rinvenibile - nel nostro ordinamento - una norma che esplicitamente sancisce tale necessaria corrispondenza (cfr. ID., *op. ult. cit.*, 167).

<sup>65</sup> Ad esempio, la decisione che impone al soccombente il compimento di precise attività, all'evidenza strumentali all'integrale soddisfazione dell'interesse tutelato dalla decisione.

<sup>66</sup> Per queste implicazioni, cfr. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, cit., 1083 s.

<sup>67</sup> In tal modo facendo dipendere il modo di essere della tutela dichiarativa dalle caratteristiche dell'esecuzione forzata, con singolare inversione di prospettiva, come sottolinea DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, cit., 931.

<sup>68</sup> In dottrina lo sforzo più riuscito verso la ricerca di elementi positivi idonei a suffragare l'idea di cui al testo è svolto da Luigi Montesano nella celebre monografia, *Condanna civile e*

quest'implicazione, pur coerente con i presupposti dai quali muove l'impostazione in esame, non si trova sviluppata dalla gran parte degli autori che pure ravvisano un vincolo all'ampiezza della tutela di condanna nell'organizzazione del processo esecutivo, i quali non sembrano interessati ai presupposti di ammissibilità della condanna, del loro accertamento, delle sue conseguenze sulla portata del *decisum* e così via.

Com'è noto il legislatore, nel 2009, mostrandosi sensibile alle numerose e autorevoli sollecitazioni provenienti da ampi settori della dottrina, ha introdotto nel terzo libro del codice di procedura civile una misura coercitiva indiretta, nell'art. 614-*bis* c.p.c., inizialmente destinata alla sola l'attuazione di condanne a «obblighi di fare infungibili e di non fare» e poi - dal 2015 - estesa a ogni provvedimento di condanna diverso dal pagamento di una somma di denaro<sup>69</sup>.

L'innovazione, come era lecito attendersi, è stata accolta con generale favore sebbene non poche siano i problemi applicativi e le ricadute sistematiche (prima fra tutte la scelta singolare di collocarla tra le norme sull'esecuzione forzata) che il novello istituto porta con sé. Per quanto interessa in questa sede, è necessario soffermare l'attenzione su due profili.

In primo luogo si deve prendere atto – quantomeno dalla rubrica dell'articolo nella versione del 2009<sup>70</sup> – che il legislatore, nel prevedere in maniera espressa la condanna a un fare infungibile, ha confermato l'ammissibilità

---

*tutela esecutiva*<sup>2</sup>, cit., 5 ss., i cui risultati sono successivamente ripresi nel volume ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*<sup>2</sup>, cit., 168 ss.

<sup>69</sup> Sul nuovo istituto, cfr. VULLO, *L'art. 614 bis c.p.c.: problemi interpretativi, soluzioni dottrinali e giurisprudenziali*, in *St. iuris*, 2012, 1359 ss. e *St., Iuris*, 2013, 23 ss., al quale si rinvia anche per complete indicazioni bibliografiche, cui *adde* ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim.*, 2014, 389 ss.; MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., 543 ss.; VULLO in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di VULLO, Milano, 2015, 812 ss.; VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 34 ss.; GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 1283 ss.

<sup>70</sup> La formulazione iniziale della rubrica dell'art. 614-*bis* c.p.c. introdotta dall'art. 49, 1° comma, della l. 18 giugno 2009, n. 69, si riferiva infatti all'«Attuazione degli obblighi di fare e di non fare», mentre la successiva stesura - quella vigente per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 23, 9° comma, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 – si riferisce ora alle «Misure di esecuzione indiretta».

di tali forme di tutela giurisdizionale nonostante l'attuale assetto (deficitario, da questo punto di vista) del processo esecutivo e, di conseguenza, perlomeno implicitamente, ha mosso un passo significativo verso il superamento dell'idea di una correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, di cui si è detto poco sopra<sup>71-72</sup>.

In secondo luogo, va sottolineato che l'art. 614-*bis* c.p.c. – sia nella stesura originaria sia in quella più matura del 2015 – non trova applicazione «alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.»: la scelta di escludere

---

<sup>71</sup> Che l'introduzione della nuova norma abbia comportato il definitivo superamento del riferito principio, cfr. SALETTI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di SALETTI e SASSANI, Torino, 2009, 194; MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 950; ID., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 640; SOLDI, in BUCCI, SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, 223; in giurisprudenza cfr. Cass. 23 settembre 2011, n. 19454, dove si legge che «Nell'ambito dei rapporti obbligatori, il carattere infungibile dell'obbligazione di cui si è accertato l'inadempimento non impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì produttiva di ulteriori conseguenze risarcitorie, suscettibili di levitazione progressiva in caso di persistente inadempimento del debitore; inoltre, ogni dubbio sull'ammissibilità di una pronuncia di condanna è stato eliminato dal legislatore con l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. (attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare), avente valore ricognitivo di un principio di diritto già affermato in giurisprudenza» (principio richiamato successivamente anche da Cass. 5 settembre 2014, n. 18779).

Né sembra possibile revocare in dubbio la fondatezza dell'osservazione del testo richiamando le modifiche intervenute nel 2015 che, pur eliminando il riferimento testuale alle condanne a un fare infungibile, consentono di far rientrare tali provvedimenti tra quelli di condanna diversi dal pagamento di somme di denaro, contemplate nell'attuale formulazione della norma: sul punto, cfr. BOVE, *Riforme sparse in materia di esecuzione forzata tra d.l. n. 83/2015 e la legge di conversione n. 132/2015*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 23 s.

<sup>72</sup> Qualora si muova – invece – dall'opposta convinzione, quella che intende ribadire l'attuale vigenza di quel principio, si potrà forse sostenere che l'articolo in esame ammette sì la condanna ad un fare infungibile, ma solo in quanto correlata o meglio cumulata alla richiesta di liquidazione dell'*astreinte*, mentre nulla dice circa la possibilità che la stessa condanna possa reggersi, autonomamente, senza prospettare quantomeno una consequenziale tutela risarcitoria, questa sì suscettibile di attuazione coattiva: uno spunto in tal senso mi pare di ritrovare in CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, cit., 681, il quale tuttavia, in un successivo e più ampio studio dedicato all'argomento, sostiene che il riferimento alla condanna sia stato usato dal legislatore impropriamente, dovendosi intendere con tale espressione il mero accertamento di una obbligazione di fare infungibile o di non fare, cfr. ID., *Art. 614-bis*, cit., 145, 160.

in queste materie la possibilità per il ricorrente vittorioso di fruire del rafforzamento della tutela giurisdizionale assicurato dalla penalità di mora<sup>73</sup> appare a prima vista paradossale, considerato che proprio in seno al contenzioso laburistico è storicamente originato l'intenso e fecondo dibattito circa l'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento una misura coercitiva di portata generale<sup>74</sup>.

Alcuni autori che hanno spiegato la singolare scelta, appena ricordata, con l'esistenza nel diritto del lavoro di speciali misure compulsive deputate ad assolvere la stessa funzione dell'art. 614-*bis* c.p.c., per cui quest'ultimo risulterebbe superfluo in quel ristretto settore del contenzioso civile<sup>75</sup>. In proposito, pur riconoscendo che non è agevole ricostruire i rapporti tra la misura di esecuzione indiretta generale ora prevista dal codice di rito e le singole misure coercitive poste a rafforzare (solo) alcuni provvedimenti del giudice del lavoro, l'esame condotto nella prima parte di questo studio e avente per oggetto l'individuazione di peculiari fattispecie bisognose di tutela emergenti nel settore del lavoro, ha messo in rilievo l'esistenza di svariate situazioni nelle quali si continua ad avvertire l'insufficienza dell'attuale assetto normativo.

L'illusione dell'autosufficienza dei rimedi somministrati dal diritto del lavoro è la conseguenza di un'errata prospettiva di partenza, che vede ancora la discussione polarizzata sui rimedi contro il licenziamento illegittimo. Invero, attualmente, le più importanti misure coercitive speciali in materia sono poste a salvaguardia: a) dell'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, ma solo in quanto si tratti di misure adottate nei confronti dei dirigenti

---

<sup>73</sup> Per questa definizione cfr. CONSOLO, GODIO, *art. 614bis c.p.c.*, cit., 2515.

<sup>74</sup> Secondo BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 797, questa limitazione dimostrerebbe – in via indiretta – l'incoercibilità dell'obbligo di reintegra del lavoratore; analogamente si esprime SALETTI, in *Commentario*, cit., 197, estendendo il rilievo a tutte le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, diverse ovviamente dal pagamento di somme di denaro.

<sup>75</sup> Così ad esempio, CHIZZINI, *Art. 614-bis*, cit., 174 s.; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 91; VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, cit., 42.

delle rappresentanze sindacali aziendali, mediante il pagamento, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento di reintegra, di una somma pari alla retribuzione del lavoratore a beneficio del «Fondo di adeguamento pensioni»<sup>76</sup>; b) dell'ordine di cessazione e rimozione degli effetti della condotta antisindacale<sup>77</sup> ex art. 28 Stat. Lav., mediante la sanzione penale dell'inosservanza ai sensi dell'art. 650 c.p.; c) del provvedimento che accerta discriminazioni sul lavoro o per l'accesso al lavoro, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 150/2011, che consente al giudice di adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della condotta discriminatoria, ivi compreso l'ordine al datore di lavoro di adottare «un piano di rimozione delle discriminazioni accertate»; d) delle decisioni che accertano il compimento di atti discriminatori, ai sensi dell'art. 37, ultimo comma, del Codice della pari opportunità tra uomo e donna, nelle forme dell'ammenda o dell'arresto, cui si aggiunge il pagamento una somma di denaro, predeterminata, al «Fondo di adeguamento pensioni» per ogni giorno di ritardo<sup>78</sup>.

Come si può notare, dunque, le misure coercitive praticabili nel rapporto di lavoro sono limitate e previste solo in favore di particolari soggetti (es. rappresentanti sindacali) ovvero in relazione a specifiche e circoscritte condotte illecite (misure discriminatorie): si tratta, pertanto, di soluzioni in alcun modo paragonabili – sia quanto alla portata applicativa sia per le utilità conseguibili – all'esecuzione indiretta prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. Né i ricordati istituti, in ragione della loro evidente eccezionalità, sono suscettibili di venire estesi oltre il loro specifico e ristretto ambito di applicazione<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Si dovrà trattare della sentenza prevista dall'art. 18, 1° comma, Stat. Lav., ovvero dell'ordinanza adottata a conclusione dello speciale procedimento stabilito dall'art. 18, 11° comma, Stat. Lav., qualora non impugnata ovvero confermata in sede di reclamo.

<sup>77</sup> Che, ovviamente, può assumere i contenuti più vari, quali l'ordine di reintegra nel posto di lavoro, nelle mansioni, nella sede ecc.

<sup>78</sup> In argomento, cfr. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss.

<sup>79</sup> Si segnala, in proposito, la proposta interpretativa – per vero formulata in termini dubitativi – di chi ha tratto dai limiti impressi alla nuova misura coercitiva un argomento favorevole alla possibilità di estendere la speciale tutela contro i licenziamenti dei sindacalisti

Se, dunque, il diritto del lavoro, fatte salve le eccezioni appena ricordate, non prevede strumenti coercitivi analoghi a quello offerto dall'art. 614**bis** c.p.c. agli altri settori del diritto civile<sup>80</sup>, la scelta di escluderne l'applicazione alle controversie di lavoro suscita notevoli perplessità e financo riserve sulla legittimità costituzionale della scelta compiuta dal legislatore<sup>81</sup>.

Intanto, si potrebbe definire quantomeno singolare la “parabola” stessa delle misure coercitive che, nel nostro ordinamento, ha raggiunto il culmine dell'elaborazione dottrinale proprio con riferimento alla materia del diritto del lavoro<sup>82</sup>, per poi concludersi con l'introduzione di un rimedio di portata generale ma inapplicabile proprio a quel settore dove maggiormente se ne era, storicamente, avvertita la necessità. E, in realtà, se si guarda alla stesura iniziale di quello che sarebbe diventato l'art. 614**bis** c.p.c. nel Disegno di Legge n. 1441, presentato alla Camera il 2 luglio 2008, si può constatare come la limitazione alle controversie di lavoro non fosse inizialmente presente<sup>83</sup>, ma sia stata in-

---

interni alla generale platea dei lavoratori, cfr. A. D. DE SANTIS, *La reintegrazione nel posto di lavoro dei sindacalisti interni: un esempio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2012, 121.

<sup>80</sup> Sebbene assolutamente condivisibile negli intenti, l'autorevole proposta di circoscrivere, in via interpretativa, la limitazione alle sole obbligazioni infungibili del prestatore di lavoro o del collaboratore (suggerita da CARRATTA, in (CARRATTA), MANDRIOLI, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 102; cui prestano adesione anche SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del “Codice di procedura civile” italiano del 2009*, in *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, 511 e VULLO, in *Codice dell'esecuzione forzata*, cit., 823) non mi pare sostenibile di fronte all'inequivocabile testo della legge (così anche TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*, in LUISO, TISCINI, VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 140 in nota).

<sup>81</sup> PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, 740; TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 749; DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *Foro it.*, 2011, V, 18 ss.

<sup>82</sup> Così tra i tanti, cfr. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim.*, 1981, 805; GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, II, Napoli, 1989, 1077 s.

<sup>83</sup> Infatti, l'art. 54, del disegno di legge n. 1441/2008 così stabiliva: 1. Al libro terzo, titolo IV, del codice di procedura civile, dopo l'articolo 614 è aggiunto il seguente: «Art. 614-bis. — (Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare). — Con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare il giudice, su richiesta di parte, fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successiva. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per

trodotta solo in un secondo momento – su iniziativa del Governo - durante i lavori in Commissione.

Dall'esame dei lavori parlamentari, tuttavia, non è agevole rinvenire le immediate ragioni di un così significativo mutamento di prospettiva, per cui gli interpreti finiscono per trovarsi in imbarazzo nel tentare di spiegare il limitato ambito applicativo dell'*astreinte* italiana<sup>84</sup>. Così, alcuni hanno pensato ad una scelta consapevole del legislatore, preoccupato di non aggravare la posizione del debitore-prestatore di lavoro inadempiente<sup>85</sup>. Ma il perseguimento di questo fine non giustifica un'esenzione di così vasta portata, e ciò sotto numerosi punti di vista: anzitutto, per come è formulata la norma, è chiarissimo che la limitazione riguarda anche la prestazione (come detto, sovente infungibile) del datore di lavoro<sup>86</sup>; inoltre, non si comprende perché l'agevolazione, allora, riguardi solo le prestazioni di lavoro subordinato e parasubordinato e non altre obbligazioni civili infungibili aventi caratteri e presupposti molto simili (si pensi alla prestazione di lavoro autonomo); infine, lo stesso effetto (evitare di applicare la penalità di mora alla prestazione di lavoro subordinato) poteva ottenersi con una meditata interpretazione della *non manifesta iniquità*, di per sé in grado di consentire al giudice di negare l'invocata misura coercitiva quando ri-

---

ogni violazione o inosservanza». L'inciso che limita l'applicazione della tutela coercitiva è stato successivamente introdotto – su iniziativa del Governo - in sede di esame (alla Camera) in Commissioni Riunite del Disegno di Legge n. 1441**bis** (derivante dallo stralcio di alcuni articoli del precedente disegno di legge n. 1441).

<sup>84</sup> Né è possibile trovare indiretto sostegno in precedenti progetti di riforma tesi a introdurre nel nostro ordinamento una misura coercitiva a portata generale, cfr. RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in AA. VV., *L'esecuzione processuale indiretta* a cura di B. Capponi, Milano, 2011, 32 ss.; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in AA. VV., *Il processo civile riformato* diretto da M. Taruffo, Bologna, 2010, 498; DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, cit., 19.

<sup>85</sup> MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 995 s., il quale tuttavia ritiene non sempre giustificabile l'esenzione anche ove riferite esclusivamente agli obblighi del prestatore.

<sup>86</sup> Per questi rilievi, cfr. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1557; PAGNI, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, cit., 95, 75 ss.



ferita a tali prestazioni<sup>87</sup>. Infine, non è privo di rilievo sottolineare come - nell'ambito del pubblico impiego - l'attuale formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. importi uno sfasamento di tutele tra i rapporti di lavoro contrattualizzati e rientranti nella giurisdizione civili e quelli tutt'ora soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: in quest'ultimo contesto, infatti, l'art. 114, 4° comma, c.p.a. riconosce al giudice dell'ottemperanza poteri analoghi a quelli esercitabili dal giudice della cognizione civile, ma senza prevedere alcuna limitazione in relazione alle controversie di lavoro subordinato<sup>88</sup>.

Dalle considerazioni che precedono è possibile trarre ore le ulteriori implicazioni per il tema oggetto delle presenti note.

L'attuale assetto dato alla misura coercitiva generale integra una palese e ingiustificata disparità di trattamento, peraltro aggravata dalla riforma del 2015 che, avendo esteso il novero delle condanne sanzionabili con la penalità di mora fino a ricomprendervi ogni condanna che non abbia per oggetto il pagamento di una somma di denaro, ha impedito che anche la condanna a un fare fungibile - ove scaturita da una delle controversie in discussione - possa aspirare alla tutela "rafforzata" dell'art. 614-*bis* c.p.c.

Ciò premesso, nell'auspicio che un futuro intervento della Consulta possa restituire coerenza al rimedio introdotto nel 2012, deve pur prendersi atto che - allo stato della legislazione - l'art. 614-*bis* c.p.c. non è invocabile nell'ambito delle controversie di lavoro per sostenere l'avvenuto superamento della necessaria correlazione tra provvedimenti di condanna ed esecuzione forzata. Ma da

---

<sup>87</sup> Così anche MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 995; ID., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit., 652. In tale prospettiva muove, a mio avviso condivisibilmente, anche l'osservazione di CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), circa la possibilità che la penalità di mora possa accedere a una prestazione di lavoro autonomo: per escludere questa inammissibile diversità di trattamento rispetto alla prestazione di lavoro subordinato, sarà sufficiente - secondo l'autorevole studioso - il ricorso alla manifesta iniquità della sanzione per escluderne l'applicabilità al caso concreto.

<sup>88</sup> Per un raffronto tra le due disposizioni, cfr. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett e) Codice del processo amministrativo*, in AA. VV., *L'esecuzione processuale indiretta* a cura di B. Capponi, Milano, 2011, 123 ss.

ciò discende anche, implicitamente e per il futuro, un monito alla giurisprudenza di astenersi – in questa materia - dal pronunciare condanne non suscettibili di esecuzione forzata?

### ***7. L'inammissibilità della condanna ad un fare infungibile: primi riscontri tra dottrina e diritto positivo***

Proviamo per un attimo, quale ipotesi di lavoro, a vagliare la rigida tenuta di quest'impostazione - e dunque, ribadiamo, da un lato della necessaria corrispondenza fra condanna ed esecuzione forzata e, dall'altro, dell'estraneità del diritto del lavoro al perimetro operativo dell'art. 614-*bis* c.p.c. - applicandola alle decisioni assunte sull'illegittimo esercizio dei poteri privati. Posto che, come detto, l'ufficio esecutivo non può materialmente costringere il datore di lavoro soccombente a porre rimedio all'illecito, ritrasferendo il dipendente o attribuendogli le mansioni dovute ovvero, ancora, ripristinando il suo *status* all'interno dell'organizzazione aziendale, la domanda del lavoratore tesa a ottenere quel risultato sarà pertanto dichiarata inammissibile.

Vale la pena domandarsi, allora, se il lavoratore che impugna e vede dichiarata l'illegittimità dell'atto che - ad esempio - lo ha trasferito in altra sede possa ritenere soddisfatto il suo bisogno di tutela, nelle forme del mero accertamento, oppure - come pensiamo - abbia bisogno di qualcosa in più e in particolare di vedere ordinato al datore di lavoro di riassegnarlo alla sua precedente sede di lavoro, con ogni conseguenziale misura. Se si considera, insomma, l'esigenza concreta che la parte intende soddisfare attraverso la domanda, e in definitiva l'azione, *riesce quasi istintivo concepire una misura ripristinatoria del rapporto che si affianca all'accertamento dell'illecito*<sup>89</sup>.

Un primo passo verso una soluzione orientata a negare la sussistenza di una necessaria correlazione tra condanna e tutela esecutiva, può compiersi ricordando le parole di Chiovenda che - fissata la distinzione tra accertamento e

---

<sup>89</sup> Lo intuisce chiaramente Pret. Roma, 3 luglio 1990, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 54 ss. con ampia nota di TULLINI, *Sull'ammissibilità della c.d. tutela specifica in materia di concorsi privati*.

condanna nel fatto che quest'ultima esprime la convinzione del giudice che «in base alla sentenza si possa senz'altro, o immediatamente o dopo un certo tempo, procedere dagli organi dello Stato agli atti ulteriori necessari per l'effettivo conseguimento del bene garantito dalla legge (esecuzione)»<sup>90</sup> - si premurava di precisare, tuttavia, che «si può essere condannati a tutto ciò che si può essere tenuti a prestare» e, quindi, «si può essere condannati a una prestazione infungibile: perché il modo di supplire alla impossibilità dell'esecuzione diretta non è necessario sia trovato già nella sentenza, sebbene di solito così avvenga»<sup>91-92</sup>. Poco dopo, anche un suo illustre allievo – Antonio Segni – affermava con de-

---

<sup>90</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1935, 169.

<sup>91</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, cit., 176; ID., *Principii di diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Napoli, 1923, 165. A questi passi (spesso richiamati nella nostra letteratura e la cui decisività per la compiuta ricostruzione del pensiero del Maestro è stata autorevolmente criticata da TARZIA, *Replica*, in AA. VV., in *Atti del convegno La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1983, 94 s.), si possono aggiungere ulteriori elementi, ricavabili sia dai successivi chiarimenti dello stesso A. che, riferendosi alla sentenza di condanna, afferma che questa produce l'azione esecutiva solo in quanto abbia a oggetto una prestazione fungibile (implicitamente confermando, dunque, l'esistenza di condanne aventi ad oggetto prestazioni infungibili), sia dalla nozione di mero accertamento (che trovava spazio, secondo Chiovenda, «quando l'attore non vuole conseguire attualmente un bene della vita che gli sia garantito dalla volontà della legge, sia poi che quel bene consista in una prestazione dell'obbligato, o che consista nella modificazione dello stato giuridico attuale», in quanto la funzione dell'accertamento è quella di «assicurare alle relazioni degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità [corsivo mio]», cfr. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 5); molti anni più tardi, in consonanza alla lettura data al controverso brano chiovendiano, v. MENGONI, *Relazione di sintesi*, in *Problemi giuridici del lavoro bancario* a cura di O. Mazzotta, Padova, 1987, 180, secondo cui «per tutte le obbligazioni, non escluse quelle di fare infungibile, vale il principio, argomentabile dall'art. 1218 c.c. per cui, fino a quando la prestazione è possibile, il debitore deve essere condannato all'adempimento in natura».

<sup>92</sup> Anche REDENTI, *Profili pratici del processo civile*, Milano, 1938, 78, nell'escludere che i provvedimenti di condanna siano meramente strumentali all'esecuzione forzata, ne pone in evidenza alcuni caratteri «perché, in quanto contengono un accertamento e una proclamazione concreta e solenne della sanzione da applicare o dell'obbligo da adempiere [corsivo mio], hanno in sé qualche cosa di definitivo» in quanto «essi possono esercitare fra l'altro una funzione di precisazione, di chiarimento, di eliminazione legale di ogni contestazione e di ogni dubbio, che ha una propria utilità in sé e per sé, in quanto l'inadempimento anteriore potesse dipendere da incertezza o false opinioni intorno alle proprie ragioni, dall'opinione o dalla speranza di sfuggire all'adempimento»; v. anche BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1933, 235 s. che ravvisava il tratto caratteristico della condanna nell'accertamento di un diritto a una prestazione o a un comportamento altrui conforme alla legge.

cisione che «vi è una indipendenza tra i vari mezzi di tutela giuridica ed in particolare tra condanna ed esecuzione»<sup>93</sup>.

Questi rilievi, seppure così lontani nel tempo, appaiono significativi ove si tenga nella giusta considerazione il contesto sociale, giuridico ed economico nel quale sono maturati, così diverso da quello attuale e così potenzialmente fecondo per impiantarvi e coltivare, invece e senza remore, l'idea della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

Mantenendosi entro una prospettiva generale che guarda alla tutela di condanna, l'esame del diritto positivo (dal quale non è possibile prescindere nell'affrontare la presente ricerca) consente di affermare che laddove il legislatore si è riferito al contenuto di queste pronunce, si è limitato ad accoglierne una nozione ampia e generale, consistente nel «pagamento di una somma» o «adempimento di altra obbligazione» (così l'art. 2818 c.c.), omettendo qualsiasi riferimento ai successivi svolgimenti in sede esecutiva della pronuncia<sup>94</sup>. Con ancora maggiore sicurezza si è ricavata poi, dalle norme dettate in tema di adempimento delle obbligazioni, l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio che impone la tendenziale prevalenza dell'adempimento in natura rispetto alla tutela risarcitoria (argomentando ex art. 1218 c.c.), cui consegue logicamente – laddove ancora possibile – la condanna all'adempimento in natura, anche laddove questo abbia per oggetto una prestazione non surrogabile dall'ufficio esecutivo<sup>95</sup>.

Invero anche quando, nel regolare un istituto – nella specie: la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni di cui all'art. 1462 c.c. –, il legislatore

---

<sup>93</sup> SEGNI, *Cognizione ed esecuzione*, in *Scritti di diritto e di economia in onore di Flaminio Mancaloni*, Sassari, 1938, 610, all'esito di un esame del diritto positivo, in replica agli scritti di Salvatore Satta nei quali, a detta del processualista sassarese, la condanna era ridotta a «un episodio della tutela attuata con l'esecuzione forzata».

<sup>94</sup> Sulla centralità dell'art. 2818 c.c. nella definizione della tutela di condanna, cfr. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*<sup>2</sup>, cit., 10 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*<sup>2</sup>, cit., 169 ss.; PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., 150 ss.; DENTI, «Flashes» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 260.

<sup>95</sup> Per tutti, cfr. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, cit., 641 ss.; MENGONI, *Intervento*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. Mazzamuto, I, cit., 151; VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, cit., 967 ss.

ha dovuto fare i conti nella stessa norma con la condanna e il suo contenuto, si è limitato a definire quest'ultimo con l'espressione polisensa di «prestazione dovuta», con il non trascurabile l'effetto di chiarire il significato della regola generale dettata in tema di inadempimento (art. 1453 c.c.)<sup>96</sup>, la cui rilevanza, al fine di dissociare la condanna dall'esecuzione forzata, appare senza dubbio non trascurabile<sup>97</sup>.

Se poi, dalla prospettiva generale si sposta l'attenzione al particolare, l'esame dei singoli istituti consente di individuare numerose fattispecie nelle quali il legislatore, nell'organizzare la tecnica di tutela di un diritto, attribuisce al giudice civile il potere di adottare provvedimenti e/o ordini consequenziali a quell'accertamento e che, almeno *prima facie*, non possono formare immediatamente titoli esecutivi nel senso comunemente attribuito all'art. 474 c.p.c.<sup>98</sup> Mi riferisco, solo per fare degli esempi, all'ampio settore dei diritti della personalità ove la tutela del diritto al nome, allo pseudonimo e all'immagine è assicurata anche dal potere del giudice - previsto dagli artt. 7 e 10 c.c. - di ordinare «la cessazione del fatto lesivo» (art. 7 c.c.) o dell'«abuso» (art. 10 c.c.)<sup>99</sup>; ovvero all'analogo potere esercitabile - in un contesto profondamente diverso - per la difesa della servitù, mediante l'ordine giudiziale di cessazione delle turbative o degli impedimenti (ai sensi dell'art. 1079 c.c.); oppure, ancora, ad alcuni provvedimenti previsti dal Codice del consumo (art. 140), dal Codice della proprietà industriale (art. 124) e dalla legge sul Diritto d'autore (art. 163). E' agevole notare come si tratti di adempimenti per lo più non suscettibili di esecuzione forzata e, tuttavia, concepiti e formulati dal codice civile (o dalle leggi speciali)

---

<sup>96</sup> Dal coordinamento tra le due norme è possibile, infatti, chiarire che laddove la parte agisce ai sensi dell'art. 1453 c.c. per l'adempimento, tale richiesta - il cui contenuto è meglio definito nel 2° comma dell'art. 1462 c.c. - normalmente si esprime nell'*azione di condanna all'adempimento di una prestazione*, senza alcuna considerazione in ordine alla sua fungibilità nella prospettiva del processo esecutivo.

<sup>97</sup> PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., 151.

<sup>98</sup> A sua volta, neppure il testo dell'art. 474 c.p.c. appare decisivo al fine di rilevare la pretesa corrispondenza tra condanna ed esecuzione forzata, poiché quest'ultima, com'è stato autorevolmente rilevato: «non definisce i provvedimenti di condanna, ma ne presuppone la nozione», così COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, 738.

<sup>99</sup> In argomento, v. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *Riv. trim.*, 1975, 856 ss.

secondo lo schema della condanna ancorché, come pure è stato osservato, il legislatore sembra premurarsi - in questi casi - di non usare mai direttamente l'espressione "condanna"<sup>100</sup>.

La sensazione che si trae da queste osservazioni spinge a interrogarsi sulla tenuta del principio della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, specialmente se riguardato sotto l'angolo di visuale dei rapporti sostanziali di durata incisi dall'illegittimo esercizio un potere, come sovente accade nei rapporti di lavoro. In tale contesto, difatti, appare condivisibile l'osservazione secondo cui lo schema delle tutele delineate dai nostri codici (in particolare quelle esecutive) sarebbe ispirato a una realtà fattuale nella quale le situazioni giuridiche dedotte in giudizio sono normalmente definite o esaurite<sup>101</sup> e dove ha buon gioco - di conseguenza - l'idea di una condanna coordinata ad un'attività esecutiva polarizzata sul diritto di credito o sulle obbligazioni fungibili e implicante l'ineluttabile degradazione degli obblighi infungibili al loro surrogato monetario. Così, proprio guardando alle vicende relative all'illegittimo esercizio di poteri privati del datore di lavoro (qui accostati ai poteri formativi sostanziali), si è giustamente denunciata l'insufficienza - ai fini della esatta ricostruzione della portata delle decisioni - della tradizionale tripartizione delle azioni di cognizione in accertamento-condanna-costitutive<sup>102</sup>.

Pertanto, ferme le riserve circa la reale consistenza dell'idea di una correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, sulla quale si tornerà meglio in seguito, occorre notare come la materia delle controversie di lavoro costituisca un formidabile banco di prova dal quale riteniamo possa emergere la impraticabilità di quel principio, quando riferito a un fenomeno sostanziale di non

---

<sup>100</sup> Lo segnalano MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*<sup>2</sup>, cit., 170 e, poi, MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>25</sup>, I, Torino, 2016, 75 in nota.

<sup>101</sup> Mi riferisco ad alcuni passaggi di un recente e illuminante saggio di VERDE, *Considerazioni inattuali sul giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 20 e 34.

<sup>102</sup> Così CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim.*, 1991, 575, ravvisando una certa somiglianza con quanto accade nel processo amministrativo.

immediata e agevole composizione secondo i consueti schemi di classificazione delle azioni in mero accertamento-condanna-costitutive.

### **8. Segue: modelli di tutela e restaurazione del rapporto di lavoro**

A ulteriore riprova delle difficoltà nascenti dall'osservanza del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, nel quadro delle controversie delle quali si discute, è utile ripercorrere - per sommi capi - l'evoluzione degli strumenti di tutela elaborati in questo particolare settore della giustizia civile. E' noto che oramai da tempo, nella ricerca di una soddisfacente ricostruzione delle posizioni giuridiche soggettive originate dal rapporto di lavoro, si guarda con interesse al diritto pubblico, ravvisando una certa omogeneità strutturale tra potere pubblico e potere privato (dell'imprenditore), quest'ultimo inteso quale prerogativa tipica del datore di lavoro<sup>103</sup>. Dalle note comuni alle due figure sarebbe possibile, secondo alcuni, mutuare dal diritto

---

<sup>103</sup> In particolare, tra gli studiosi del diritto civile, v. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; ID., *Osservazioni minime su "poteri privati" e interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, 259 ss., le cui riflessioni hanno senza dubbio costituito un privilegiata fonte d'ispirazione per la nota pronuncia di Cass. s.u. 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 440 ss. con nota di DI MAJO, *Le forme di tutela contro i c.d. poteri privati*; in *Giust. civ.*, 1980, I, 357 con nota di PIGA, *Nuovi criteri di discrimine delle giurisdizioni civile e amministrativa: siamo a una svolta?*; DELL'UTRI, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, 2000, 148 ss.; ID., *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo nel diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 303 ss.; ID., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 47 ss.; AA.VV., *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo* a cura di Breccia, Brusaglia, Busnelli, Milano, 2001; tra i giuslavoristi, v. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole strumentali*, Milano, 1988; tra i pubblicisti, ad esempio, CIRULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrative secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 269 riconosce negli atti datoriali l'esercizio dei c.d. poteri privati, che a suo dire presentano notevoli elementi di continuità con gli atti amministrativi; SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 21 ss., 177 ss.; ID., *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, cit., 475 ss.; tra i processualisti, cfr. in particolare SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, spec. 79 ss.; da ultimo, ma con approccio più generale, cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 52 nota 131.

pubblico strumenti utili allo studio dei poteri privati e, per quanto più interessa in questa sede, all'elaborazione dei rispettivi modelli di tutela<sup>104</sup>.

La descritta tendenza ha sortito esiti diversi, sovente condizionati dal settore di appartenenza degli studiosi che si sono accostati all'impegnativo tema, ora sotto il profilo del diritto civile, del diritto del lavoro, del diritto pubblico e, infine, del diritto processuale. Appare scontato che, ai nostri fini, importa avere presente di questa discussione solo la porzione che direttamente riguarda la fase di attuazione giurisdizionale delle decisioni riguardanti i poteri privati, o più ampiamente la prospettiva "rimediale", nella misura in cui queste ultime possano giovare dell'apporto di figure ricavate o ricavabili dal diritto amministrativo.

Possiamo dire che la ricerca di una soluzione nel contesto pubblicistico di vicende che riguardano situazioni giuridiche soggettive private origina, nell'ambito del rapporto di lavoro, dalla sensazione di inadeguatezza che i rimedi e le tutele tipiche del contratto (o quantomeno quelle fino al quel momento prospettate dalla dottrina)<sup>105</sup> assicurano contro all'illegittimo esercizio del potere privato: il principio della tassatività delle ipotesi di nullità e annullabilità e, più in generale, il modello privatistico delle impugnative negoziali obbliga l'interprete, salvo la legge stessa non preveda forme di impugnative (come accade, ad esempio, per i licenziamenti illegittimi), a confinare le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere privato nel solco delle tutele risarcitorie<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Per uno sforzo in tal senso, di recente, cfr. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, cit., *passim*; nonché, in precedenza, SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 128 ss.; cenni altresì in CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, cit., 570 ss.

<sup>105</sup> In proposito, cfr. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 349, il quale non esita a definire «realistico e pragmatico» l'orientamento della giurisprudenza che, a suo tempo, ha sperimentato il modello offerto dall'invalidazione dell'atto illegittimo quale rimedio idoneo a consentire il sindacato giurisdizionale dell'esercizio abusivo del potere privato dell'imprenditore.

<sup>106</sup> Per questa soluzione si veda infatti, con riferimento al tema dei concorsi privati, VALLEBONA, *Una ipotesi ricostruttiva dei concorsi privatistici per assunzione: responsabilità pre-contrattuale e rimedi esclusivamente risarcitori*, in AA. VV., *Problemi giuridici del lavoro bancario* a cura di



Il richiamo alle tecniche di tutela pubblicistiche, compendiate in forme d'invalidazione degli atti abusivi, è apparso talora giustificato dall'esigenza – non tanto di realizzare una simmetria e unitarietà di rimedi, che sarebbe fine a sé stessa, ma piuttosto – di proporre un modello che potesse meglio e più efficacemente rispondere alle esigenze emerse dal concreto delle vicende che riguardano i poteri privati del datore di lavoro, in vista della realizzazione di quell'idea di effettività che, correttamente, riposa nella necessaria preferenza da accordare alla soddisfazione in forma specifica dei diritti lesi o pregiudicati dagli atti illegittimi.

In quest'ottica, è del tutto naturale individuare uno stretto rapporto funzionale tra forme di controllo del potere privato e le strutture del giudizio costitutivo, attraverso la traslazione al rapporto di lavoro del rimedio dell'impugnazione dell'atto abusivo che tende alla sua caducazione e, in conseguenza di questa, alla restaurazione della situazione tra le parti come se l'atto pregiudizievole non fosse mai stato adottato<sup>107</sup>. E' indubbio che una siffatta tecnica di tutela, della quale non importa in questa sede indagare i presupposti sostanziali della pronuncia d'illegittimità dell'atto<sup>108</sup>, appare quella più adatta nell'ottica della piena soddisfazione dell'interesse del lavoratore leso dall'esercizio del potere privato, vale a dire dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Con l'esercizio dell'azione costituiva (d'invalidazione dell'atto datoriale), difatti, il giudice sarebbe anche investito del potere di adottare tutte le misure conseguenziali, necessarie alla piena restaurazione del rapporto sostanziale e, così, ad esempio potrebbe condannare il datore di lavoro a riammettere il lavo-

---

O. Mazzotta, Padova, 1988, 168 ss.; più in generale, ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, cit., 325 ss.; MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 215. Mentre per il rilievo secondo cui la condizione che caratterizza le parti titolare e destinataria del potere privato non può essere modellata secondo lo schema del rapporto (diritto-obbligo), cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*<sup>2</sup>, III, cit., 372.

<sup>107</sup> In argomento, cfr. BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 700 ss., 716 ss.

<sup>108</sup> V. subito *infra* nel testo.

ratore presso la sua sede di lavoro originaria, ovvero riassegnargli le mansioni svolte in precedenza<sup>109</sup>. Si tratta di quello che, nel diritto amministrativo, è usualmente definito *effetto ripristinatorio* della sentenza del giudice amministrativo che dispone l'annullamento dell'atto illegittimo e che consiste nell'obbligo di «ricostruire la situazione in fatto e in diritto tale quale sarebbe stata se l'atto annullato non fosse mai stato emanato»<sup>110</sup>.

Benché abbia avuto una certa eco nella giurisprudenza, anche di legittimità, lo schema dell'invalidazione ispirato al diritto amministrativo è stato, però, vivacemente osteggiato sia dalla dottrina giuslavoristica sia da quella civilistica, che le hanno contrapposto forme rimediali all'esercizio dei poteri privati riconducibili ai tradizionali modelli della tutela civile, predicando ora l'inefficacia degli atti eccedenti i limiti stabiliti dalla legge<sup>111</sup>, ora la loro annullabilità quando essi debbano formarsi a valle di un procedimento e questo non venga rispettato<sup>112</sup>, ora – infine – ricorrendo ai canoni della correttezza e della buona fede qualora quei poteri non si esprimano in atti negoziali (e tali non dovrebbero essere gli atti espressivi dei poteri privati del datore di lavoro), e comunque quando i rimedi dell'inefficacia o dell'annullamento non siano concretamente percorribili<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> L'adozione dello schema dell'invalidazione degli atti espressione di pubblici poteri, implica quale precipitato sul piano sostanziale che l'atto di esercizio del potere privato, seppure difforme dal modello legale o comunque illegittimo, è ugualmente produttivo di effetti sul rapporto di lavoro, come accade per i provvedimenti amministrativi.

<sup>110</sup> Così VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 651; in argomento, v. specialmente SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 53 ss., 117 ss., 228 ss.

<sup>111</sup> Ma in tal caso il conseguente giudizio avrà oggetto e struttura di accertamento e non costitutivo, cfr. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, cit., 573.

<sup>112</sup> Sulle tecniche di «procedimentalizzazione» cfr. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980, 97 ss.; BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, cit., 721 s.

<sup>113</sup> Per questa impostazione, sviluppata con riferimento al rapporto di lavoro, si rinvia all'ampio studio monografico di BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, cit., 266 s.; BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, cit., 729 ss.

Per vero, anche tra i civilisti, non è mancato chi, pur condividendo l'idea di mantenere le tutele nel solco della tradizione privatistica, ha valorizzato il ruolo del dovere di correttezza e della buona fede in relazione al generale divieto del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.) con lo scopo di delineare una forma di responsabilità del titolare del potere per i danni prodotti «attraverso comportamenti sleali, parziali, unilaterali, nelle loro scelte attuative e nella loro incidenza sulle posizioni dei singoli»<sup>114</sup>. E, in tale prospettiva, ha suggerito di recuperare forme d'invalidazione degli atti abusivi di esercizio del potere privato, poiché ritenute più adeguate a soddisfare «l'esigenza di rispristinare, nel miglior modo possibile, lo stato *quo antes*»<sup>115</sup>.

Va detto, all'esito di questo breve panorama ricostruttivo, che l'interesse della dottrina civilistica si è appuntato, in modo prevalente, verso la ricerca di tecniche di tutela contro i poteri privati focalizzandosi sul controllo dei relativi presupposti o la ricerca dei limiti al loro esercizio; mentre è sovente rimasto in ombra, o spesso solo impostato, l'ulteriore e diverso problema delle forme processuali di attuazione dei singoli modelli di tutela elaborati e, così, per questa via, la definizione dei poteri che il giudice chiamato a sanzionare l'abuso del potere privato o, comunque, ad accertare l'esistenza attuale del rapporto di lavoro, può in concreto esercitare.

Comunque, si può osservare come nel contesto del rapporto di lavoro, la ricerca di un rimedio contro l'esercizio del potere privato sia sempre stata condizionata dall'esigenza di adeguarlo a un rapporto di durata, in relazione al quale la tutela non può appagarsi della semplice monetizzazione del danno correlata all'accertamento dell'illegittimità dell'atto imprenditoriale, ma richiede che il giudice sia messo in condizione di soddisfare integralmente l'interesse del lavoratore adottando ogni misura necessaria a porre le condizioni (o perlomeno

---

<sup>114</sup> Così DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*<sup>2</sup>, III, cit., 387.

<sup>115</sup> Vedi, ancora, DI MAJO, *op. ult. cit.*, 388; mentre per una critica verso l'utilità del ricorso alle clausole generali per costruire modelli di tutela contro i poteri privati cfr. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, cit., 327; ID., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, cit., 50 ss.

sollecitare) per l'integrale restaurazione del rapporto, il che rende pressoché insostituibile l'adozione di un sistema rimediale imperniato anche sulla tutela di condanna<sup>116</sup>.

### ***9. Segue: la prassi applicativa***

Sino a questo momento l'indagine sul grado di effettività della tutela giurisdizionale del rapporto di lavoro si è mantenuta entro i binari della riflessione dottrinale e dei modelli da questa elaborati per studiare il fenomeno, mentre ora è opportuno, anche per corroborare la rilevanza pratica dei quesiti dai quali si è preso le mosse, volgere l'attenzione alla prassi applicativa e verificare come, in concreto, operi il giudice del lavoro e come e quanto la sua attività pre-scinda o comunque si allontani, talora significativamente, da alcuni enunciati della dottrina ricordati nei paragrafi precedenti e tra questi, in particolare, Da quello che muove dalla necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

In proposito, occorre distinguere ed esaminare separatamente le vicende che riguardano il problema della possibile estensione dell'ordine di reintegra a fattispecie diverse dall'accertamento dell'illegittimità del licenziamento regolato dall'art. 18 Stat. Lav., in regime di tutela reale, dalle statuizioni di condanna (non suscettibili di esecuzione forzata) accessorie all'accertamento dell'illegittimo esercizio del potere privato del datore di lavoro.

Riguardo al primo tema, sebbene inizialmente l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità fosse improntato a una rigida esegesi della norma speciale con la conseguenza – perlomeno tendenziale, senza dubbio pagando l'influenza delle ricordate posizioni dottrinali che insistevano sul carattere eccezionale dell'ordine di reintegra – di non ammettere la reintegra del lavoratore

---

<sup>116</sup> Pertanto non sembra potersi condividere l'osservazione – peraltro non difesa con adeguata motivazione – di chi sostiene afferma che la tutela nei confronti dei poteri privati del datore di lavoro debba spiegarsi – di regola – nelle forme del risarcimento del danno, fatti salvi i diversi rimedi espressamente previsti dalla legge, cfr. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 513 s., 531.

in fattispecie diverse da quelle regolate dallo Statuto<sup>117</sup>, in tempi più recenti la Corte si è mostrata meno intransigente e incline ad ammettere l'ordine in alcune significative ipotesi, ma, è bene chiarirlo, ricorrendo a soluzioni ermeneutiche diverse dall'estensione della tutela reintegratoria di cui all'art. 18 Stat. Lav.

Anzitutto, appare oramai acquisita la possibilità di mutuare l'ordine di reintegra quale reazione all'illegittimità del licenziamento nelle ipotesi di c.d. *nullità di diritto comune*<sup>118</sup>, quando cioè il recesso sia contrario a una norma imperativa, com'è accaduto in passato nel caso del licenziamento intimato per ragioni di età nei confronti del dipendente che abbia esercitato il diritto potestativo – previsto da particolari disposizioni di diritto sostanziale - di rimanere in servizio oltre i limiti d'età<sup>119</sup>. In tale contesto la Cassazione non ha esitato ad ammettere che il giudice, nel dichiarare la nullità del licenziamento, possa ordinare la reintegra del lavoratore, giustificando tale soluzione con l'esigenza di assicurare l'effettività del risultato cui tende la legge speciale e ben consapevole che si trattasse di una vicenda situata fuori dal campo applicativo dell'art. 18 Stat. Lav.<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Come sostenuto da Cass. s.u. 27 febbraio 1979, n. 1270, in *Foro it.*, 1979, I, 605 ss.; in *Giust. civ.*, 1979, I, 1468 ss.; Cass. s.u. 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Giust. civ.*, 1983, I, 137 ss. con nota di DEL PUNTA, *Illegittimità di licenziamenti collettivi*; Id., 17 maggio 1983, n. 3403, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 252 ss.; Cass. 4 maggio 1983, n. 3070; Cass. 2 febbraio 1983, n. 885, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3372 ss. con osservazioni di Del Punta, ma sempre con riferimento al peculiare istituto del licenziamento collettivo. In dottrina, cfr. VACCARELLA, *Sulla condanna alla reintegrazione dei cassaintegrati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 586 ss., il quale sottolinea come una condanna alla reintegra sganciata dal modello previsto nell'art. 18 Stat. Lav. e, dunque, priva della puntuale regolamentazione delle conseguenze per la mancata ottemperanza all'ordine del giudice, «avrebbe valore e significato pressoché nullo».

<sup>118</sup> Categoria quest'ultima che, secondo alcuni, dovrebbe essere ripensata in funzione dell'attuale e potenzialmente omnicomprensiva previsione dell'art. 18, 1° comma, Stat. Lav. nel testo risultante dalla novella operata dalla l. 92/2012, cfr. NICOLINI, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 615 s.

<sup>119</sup> Si possono leggere, in tal senso, Cass. 5 maggio 1995, n. 4904; Cass. 14 dicembre 1996, n. 11172; Cass. 12 agosto 1997, n. 7495, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 551 ss.; Cass. 5 febbraio 1998, n. 1197; Cass. 10 giugno 1998, n. 5787; Cass. 8 novembre 1999, n. 12419, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 372 ss. con nota di GALLOTTI, *Il licenziamento del lavoratore ultrasessantenne optante per la prosecuzione*.

<sup>120</sup> Per questa precisazione, v. specialmente la motivazione di Cass. 10 giugno 1998, n. 5787, in *Banche dati Giuffrè*.

Del pari, può dirsi che non sussista alcuna apprezzabile differenza – sul versante processuale, al quale com'è evidente si rivolge la nostra attenzione – tra l'ordine di reintegra previsto dall'art. 18 Stat. Lav. e l'ordine di riammissione in servizio adottato in conseguenza della declaratoria di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, poiché, dal punto di vista dei contenuti, entrambe le misure obbligano all'integrale restaurazione del rapporto nelle mansioni e nella sede di lavoro originarie<sup>121</sup>. Di ciò si trae riprova in quelle decisioni di legittimità che, nel precisare le modalità in cui deve essere attuata la riammissione in servizio, richiama sovente i principi e le regole applicate per risolvere l'analogo problema sorto per l'attuazione spontanea dell'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato<sup>122</sup>. Anche in questo caso, dunque, benché non esista – come per l'art. 18 Stat. Lav. – una norma speciale che preveda la reintegra, quest'ultima, pur con una diversa veste formale (*riammissione* in luogo di *reintegra*), si trova costantemente applicata quale statuizione accessoria idonea ad assicurare la tutela del lavoratore in caso di accertamento della nullità del termine contrattuale<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Secondo l'oramai consolidata giurisprudenza della Cassazione, infatti, all'accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro si accompagna l'ordine rivolto al datore di lavoro di riammettere in servizio il lavoratore nel posto in precedenza occupato, cfr. Cass. 1° dicembre 1994, n. 10284, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 215 ss. con nota di NICCOLAI, *Ordine di reintegra e sospensione dello ius variandi: una pura formalità*; Cass. s.u. 8 ottobre 2002, n. 14381, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, 807 ss.; Cass. 5 aprile 2007, n. 8584; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27844; Cass. 16 maggio 2013, n. 11927, in *Giur. it.*, 2014, 926 ss. con nota di SAMBATI, *Il potere direttivo del datore di lavoro, l'obbedienza dovuta dal prestatore e l'autotutela individuale: quando "disobbedire" è giustificato*; Cass. 9 agosto 2013, n. 19095; Cass. 14 luglio 2014, n. 16087, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 497 ss. con nota di AZZONI, *Presupposti e limiti del potere di trasferimento contestuale alla riammissione in servizio del lavoratore*.

<sup>122</sup> Il significativo accostamento si trova in Cass. 7 febbraio 1996, n. 976, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 968 ss. con nota di DE NICOLÒ, *La reintegrazione nel posto di lavoro ed il potere organizzativo del datore di lavoro nell'ambito dello ius variandi*; in *Lav. giur.*, 1996, 691 ss. e, più recentemente, in Cass. 13 aprile 2015, n. 7402.

<sup>123</sup> Ancora recentemente, mi pare che la descritta prassi giudiziaria abbia trovato almeno parziale sostegno nella disciplina dettata in tema di contratto di lavoro a tempo determinato dal d.lgs. 81/2015, il cui art. 28, al 2° comma – nel disporre le tutele contro la violazione delle norme sull'apposizione del termine – prevede in modo esplicito che il giudice con la sua pronuncia possa *ordinare* «la ricostituzione del rapporto di lavoro»; analoga pronuncia accessoria è poi prevista, dal successivo art. 39, per il caso di somministrazione irregolare di lavoro.

Analoghi provvedimenti accompagnano le decisioni - in prevalenza dei giudici di merito - che accertano la somministrazione irregolare (per violazione della disciplina dettata dapprima dagli artt. 20 ss. del d.lgs. 276/2013 e ora dall'art. 38 del d.lgs. 81/2015), in queste il giudice costituisce il rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze del soggetto *utilizzatore* e ordina la riammissione in servizio del lavoratore presso quest'ultimo, anche se la formula in concreto adottata, nel provvedimento, può variare dall'*ordine di riassunzione* alla *condanna alla riassunzione*, fino alla *condanna al ripristino del rapporto* di lavoro ovvero alla sua *ricostituzione*<sup>124</sup>.

Al cospetto del quadro giurisprudenziale sommariamente descritto, si percepisce la tensione della prassi applicativa verso una piena attuazione della posizione giuridica sostanziale del lavoratore ingiustamente estromesso dal rapporto, che si traduce nell'adozione di misure - ora qualificate *ordini*, ora più esplicitamente *condanne* - accessorie alla statuizione principale (recante una tutela di accertamento o costitutiva) e il cui contenuto è nella sostanza identico all'ordine di reintegra previsto dall'art. 18 Stat. Lav.

E' opportuno adesso esaminare, seguendo lo schema adottato, il dato giurisprudenziale che si riferisce - invece - ai rimedi contro l'illegittimo esercizio dei poteri privati del datore di lavoro, con l'avvertenza che saranno considerate le sole ipotesi di impugnazione di atti del datore di lavoro che direttamente pregiudicano la posizione giuridica soggettiva del lavoratore, mentre non saranno considerate - in quanto estranee al discorso che qui si intende svolgere - le vicende relative alla mancata adozione di provvedimenti favorevoli (es. concorsi privati, promozioni ecc.). Senza volere in questa sede neppure sfiorare il tema, può essere utile - per spiegare le ragioni della scelta operata

---

<sup>124</sup> Trib. Bari, sez. lav., 17 ottobre 2016, n. 4818, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*; Trib. Monza, sez. lav., 19 febbraio 2016, n. 121, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*; Trib. Firenze, sez. lav., 7 gennaio 2016, n. 1, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*; Trib. Milano, sez. lav., 16 novembre 2015, n. 2840, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*, si esprime in termini di *condanna alla riassunzione*; Trib. Milano, sez. lav., 5 agosto 2015, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*, invece, usa l'espressione *condanna al ripristino* del rapporto di lavoro; Trib. Bologna, sez. lav., 17 dicembre 2014, in *Banche Dati Dejure Giuffrè*, ritiene trattarsi di un'ipotesi di *condanna alla immediata ricostituzione del rapporto* di lavoro.

– mutuare dal diritto pubblico la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi, per spiegare come l'attenzione sarà concentrata sui rimedi previsti verso gli atti che incidono sui primi, per i quali soprattutto sorge l'esigenza di restaurazione in conseguenza dell'illegittimità dell'atto, mentre la tutela dei secondi presuppone un nuovo e diverso esercizio del potere da parte del datore di lavoro, che schiude scenari ben diversi e complicati, riguardanti il potere di ingerenza e di surroga che il giudice civile può esercitare nei confronti dell'imprenditore.

Si possono dunque considerare, in via esemplificativa, le due ricorrenti fattispecie della declaratoria d'illegittimità o illiceità del mutamento delle mansioni o del trasferimento del lavoratore, alle quali spesso conseguono pronunce di condanna, rispettivamente, alla reintegrazione del lavoratore nelle mansioni precedenti o nella sede originaria. A ben vedere, un esame del dato giurisprudenziale consente di rilevare come anche in questo settore, in una prima fase, la Cassazione abbia ritenuto inammissibile la condanna alla reintegra del lavoratore nelle mansioni precedenti<sup>125</sup>, mentre in un secondo momento – rimediate le conseguenze sostanziali derivanti dalla violazione dell'art. 2103 c.c. e ravvisandovi un'ipotesi di nullità dell'atto datoriale per il carattere imperativo della norma codicistica – ha mutato avviso e ammesso l'ordine di reintegra nelle mansioni. Tale soluzione è affermata nonostante l'ordine non sia suscettibile di esecuzione forzata, ravvisandosi comunque un'utilità nella condanna a un fare incoercibile<sup>126</sup>: nel caso di specie, essa consiste nel «legittimare il lavoratore ad offrire la propria prestazione lavorativa esclusivamente con quelle modalità che la controparte è condannata ad accettare e con la conservazione del diritto alla retribuzione anche nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi al-

---

<sup>125</sup> In tal senso, v. le decisioni di Cass. 7 settembre 1981, n. 5052, in *Notiz. giur. lav.*, 1982, 5 ss.; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, entrambe motivate con il carattere eccezionale della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 Stat. Lav., perciò insuscettibile di essere estesa ad altre fattispecie quali il ripristino del rapporto di lavoro all'assetto antecedente l'illegittimo mutamento delle mansioni.

<sup>126</sup> L'ordine di reintegra nelle mansioni non è infatti ritenuto suscettibile di esecuzione coattiva, cfr. Cass. 20 settembre 1990, n. 9584, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 248 ss. con nota di PRASCA, *Ius variandi e principio della parità di trattamento*.



la condanna medesima»<sup>127-128</sup>; analoghi principi sono stati successivamente estesi al caso della declaratoria d'illegittimità del trasferimento, sul rilievo della sostanziale omogeneità tra le due figure<sup>129</sup>.

Giova osservare altresì, come la Corte, nel maturare il proprio orientamento circa le tutele conseguenti al demansionamento, abbia dichiarato espressamente di condividere la posizione dottrinale che indica nella reintegrazione in forma specifica lo strumento privilegiato di soddisfazione dell'interesse (leso) del lavoratore<sup>130</sup>.

In conclusione, dunque, la prassi applicativa in materia di lavoro pare non avere – da tempo – esitazione alcuna nel pronunciare misure di condanna aventi ad oggetto comportamenti e attività incoercibili, in tal modo ponendosi in radicale antitesi all'idea tradizionale, tuttora vivacemente difesa da una parte della nostra dottrina, della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

---

<sup>127</sup> In questi esatti termini, cfr. Cass. 16 marzo 1984, n. 1833, in *Banche Dati Giuffrè*; successivamente ripresa da Cass. 17 giugno 2004, n. 11364, in *Lav. giur.*, 2004, 1291 ss.; Cass. 25 settembre 2006, n. 20808, in *Banche Dati Giuffrè*; nel senso di ammettere l'ordine di reintegra nelle mansioni, vedi anche Cass. 20 gennaio 1987, n. 491 in *Banche Dati Giuffrè*; Cass. 10 marzo 1992, n. 2889, in *Giust. civ.*, 1993, I, 199 ss. con nota di PILATI, *Jus variandi e obbligo di adeguata motivazione*; Cass. 14 luglio 1997, n. 6381, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 581 ss. con nota di RAVERA, *Esercizio illegittimo dello «jus variandi» ed inammissibilità della reintegrazione ex art. 18 stat. lav. del lavoratore nelle precedenti mansioni*; nonché *ivi*, 1998, 115 ss. con nota di DE ROBERTIS, *Brevi osservazioni in tema di coercibilità della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 2103 c.c.*; Cass. 27 aprile 1999, n. 4221, in *Giur. it.*, 2000, 1401 ss. con nota di FANTINI, *Ius variandi, dequalificazione del dipendente e reintegrazione nel posto di lavoro*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 413 ss. con nota di MONACO, *Le conseguenze dell'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori: il gap fra risarcimento del danno e reintegrazione*; Cass. 12 ottobre 1999, n. 11479, in *Dir. e prat. lav.*, 2000, 585 ss.; Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 381 ss. con nota di CATTANI, *Puntualizzazioni sullo jus variandi del datore di lavoro e sulla sua limitazione, desumibile dalle declaratorie contrattuali*.

<sup>128</sup> Nella giurisprudenza di merito, recano l'ordine di assegnazione nella sede originaria, ad esempio: App. Roma 28 aprile 2011, *ined.*; mentre l'ordine di reintegra nelle mansioni è disposto da: App. Roma 5 gennaio 2008, *ined.*; App. Napoli 26 marzo 2013, n. 1985, *ined.*

<sup>129</sup> Questo ulteriore passaggio è compiuto – solo di recente - da Cass. 19 giugno 2008, n. 16689, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 90 ss. con nota di VENDRAMIN, *Il controllo giudiziale sulla giustificazione del trasferimento del lavoratore*, e successivamente ripresa da Cass. 19 novembre 2010, n. 23493, in *Banche Dati Giuffrè*; Cass. 8 aprile 2014, n. 8209, *ivi*.

<sup>130</sup> La precisazione si trova nella motivazione di Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, *cit.*

### ***10. La necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata quale presupposto di ammissibilità della domanda di condanna: critiche***

Ora si tratta di compiere un passo ulteriore e verificare se questi ordini giudiziali, il cui contenuto è dalla stessa Corte di Cassazione ritenuto insuscettabile di esecuzione forzata, possano considerarsi misure giudiziali di condanna *tout court* ovvero se debba essere loro assegnata una collocazione diversa e, così, più rispettosa dell'assunto che ravvisa una correlazione necessaria tra la condanna e la coercibilità dell'adempimento, nei termini illustrati in precedenza.

Va detto, anzitutto, che queste statuizioni non possono costituire l'unico ed esclusivo approdo della tutela giurisdizionale del lavoratore, ma nelle situazioni esaminate sono sempre combinate a un provvedimento – che le sostiene – di accertamento o costitutivo. In particolare, nelle loro manifestazioni più significative, tali ordini assolvono la funzione di incidere su un rapporto di durata corrente tra le parti, restaurandolo dopo l'illecito comportamento di una di esse: si tratta, insomma e come più volte ribadito in questo lavoro, di riportare la situazione materiale allo stato in cui si trovava prima della violazione, adeguandone così l'assetto al *dictum* giudiziale<sup>131</sup>.

Avuto riguardo ai poteri privati, accade sul versante sostanziale che il giudice, dichiarando l'illegittimità (normalmente *sub specie* di nullità o annulla-

---

<sup>131</sup> In sostanza s'intende conseguire, attraverso l'intervento del giudice, «il ripristino della situazione anteriore, quale si presentava prima che fosse perfezionato l'atto illecito o lesivo» e che «dovrebbe costituire l'obiettivo da perseguire nel contesto di un rapporto, come quello di lavoro, nel quale il prestatore è naturalmente esposto al rischio di subire la supremazia giuridica ed economica del creditore della prestazione», così MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, 4; v. anche TULLINI, *Sull'ammissibilità della c.d. tutela specifica nell'ambito dei concorsi privati*, cit., 61, la quale – osservando il problema dal lato sostanziale – osserva come «l'ammissibilità di una condanna specifica a carico dell'imprenditore – al di fuori della fattispecie tipicamente disciplinata dall'art. 18 St. lav. – potrebbe essere affrontato e risolto in modo appagante attraverso il ricorso ai principi generali dell'ordinamento» e che «tali principi assicurano che non può non esservi corrispondenza fra l'utilità assicurata al lavoratore sul piano sostanziale e quella conseguibile attraverso il processo (cfr. art. 24 Cost.), sicché in difetto di una norma che garantisca una protezione solo per equivalente, il titolare del diritto sostanziale potrà agire contro ogni atto che ne impedisca la realizzazione o il soddisfacimento, ottenendo una condanna ad un *facere* specifico».

bilità) dell'atto del datore di lavoro (di licenziamento, trasferimento, di mutamento delle mansioni, ecc.) lo rimuove<sup>132</sup>, in tal modo generando un vuoto, uno spazio, che viene - subito e direi quasi istintivamente - colmato dall'ordine dello stesso giudice, dal quale promana un nuovo vincolo che, ancora una volta restaurando il rapporto, sostituisce quello in precedenza sancito dall'atto datoriale illecito e definisce per il futuro le relazioni tra le parti<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Nella prospettiva del processo, la vicenda appena descritta sollecita un interrogativo di non poco momento: l'iniziativa con la quale il lavoratore impugna l'atto di esercizio del potere privato, deducendone l'illegittimità, è riconducibile alla tutela di mero accertamento o piuttosto esprime una tutela costitutiva? La risposta, ancora una volta, non può trarsi agevolmente dalle norme sostanziali di riferimento [non certo dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, il quale pur distinguendo - quanto alle sanzioni - la nullità dall'annullabilità e riconducendo alla prima, ad esempio, il recesso discriminatorio o quello sorretto da un motivo illecito determinante (oltre al caso di divieto legale di licenziamento, ad esempio nel caso della maternità) non fornisce indicazioni precise per privilegiare la tutela costitutiva nel caso di licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa, come dimostra l'affannosa ricerca da parte dei civilisti di modelli omogenei di tutela, di cui si è dato conto nel testo]. Senza dubbio, ancora una volta, le vicende del licenziamento illegittimo in regime di tutela reale (per giustificato motivo o per giusta causa) possono fornire un primo ausilio nella ricerca di una soluzione, salvo poi dover prendere atto che, anche in questo più ristretto ambito, non si riscontra unitarietà di vedute (in argomento, tra i tanti, DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, 269 s.). Alcuni autori, infatti, sovente confortati dalla giurisprudenza di legittimità, sostengono che sia il provvedimento di accoglimento della domanda ad annullare il licenziamento, con l'effetto di ricostituire il rapporto di lavoro (sia pure con efficacia *ex tunc*, come se non si fosse mai interrotto); altri, invece, ravvisano nell'accertamento dell'esistenza attuale del rapporto, non intaccato dal recesso illegittimo e perciò *ab origine* incapace di produrre effetti, il nucleo essenziale della pronuncia d'illegittimità del recesso (così, ad esempio, PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive del lavoratore*, cit., 1062; nonché D'ANTONA, *Obbligo di retribuire e obbligo di risarcire il danno per il licenziamento illegittimo nel sistema dell'art. 18 Stat. Lav.*, cit., 92 s., senza distinguere tra le diverse fattispecie, sostiene che il licenziamento illegittimo non incida sul rapporto ma solo sulla sua esecuzione, evocando la figura del *Vertragsbruch*). Il tema, specie dopo le riforme del 2012 e del 2015, si compone in un quadro normativo nient'affatto agevole, la cui complessità è tale da scoraggiare ogni serio tentativo di costruzione unitaria dell'azione di impugnativa del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo (per tutti, v. CONSOLO, RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 729 ss.).

A parer nostro, ferma la difficoltà ricostruttiva in tema licenziamento illegittimo fuori dalle ipotesi regolate dalla l. 604/1966, muovendo dalla convinzione della necessaria immediata incidenza sul rapporto di lavoro degli atti di esercizio dei poteri privati del datore (in forza della «indipendenza del requisito dell'efficacia dal requisito della validità»: SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 241), occorre guardare a un modello di tutela ispirato alle forme della giurisdizione costitutiva di annullamento (in tal senso, v. VERDE, *Diritto processuale civile*<sup>4</sup>, I, Bologna, 2015, 139; ma v. già SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, cit., 157 ss. con riferimento all'esercizio abusivo del potere direttivo dell'imprenditore).

<sup>133</sup> Seppure con le dovute cautele, a noi sembra che la situazione appena descritta nel testo trovi conferma nel settore della giustizia amministrativa e in quella autorevole opinione che -

Il tradizionale postulato della correlazione necessaria tra la condanna e l'esecuzione forzata, se applicato alla situazione appena esaminata, conduce irrimediabilmente: a) a escludere che il giudice possa ordinare la reintegra; b) a negare comunque natura condannatoria agli ordini pronunciati dal giudice del lavoro anche se, guadagnato questo primo importante risultato, non fornisce alcun ulteriore elemento utile a un loro agevole inquadramento. Va da sé infatti che, ove il tratto distintivo della condanna debba ravvisarsi – esclusivamente – nell'idoneità della pronuncia a fondare l'esecuzione forzata, si dovrà convenire che gli ordini in parola, non potendosi qualificare come condanne in senso stretto, andranno considerati provvedimenti di accertamento di un obbligo di fare<sup>134</sup>. Tuttavia, se – come la stessa dottrina insegna – la tutela di mero accertamento assolve ha il compito di procurare certezza circa l'esistenza del diritto mentre la condanna, radicata sull'affermata lesione della situazione giuri-

---

da tempo e ben prima delle recenti riforme – ha riconosciuto l'utilità di ampliare il contenuto della sentenza, tipicamente costitutiva (demolitoria), pronunciata dal giudice amministrativo, al fine di assicurare un minimo di effettività a quel processo; in tale ordine d'idee si evidenzia come «la sentenza amministrativa non si limita ad eliminare l'atto, ma necessariamente si pone come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere e cioè come regola del comportamento futuro dell'amministrazione» così NIGRO, *Giustizia amministrativa*<sup>3</sup>, Bologna, 1983, 306; per il rilievo di queste considerazioni nell'elaborazione di modelli di tutela contro l'esercizio (illecito) dei poteri privati, cfr. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 67 ss.; DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, cit., 326 ss.

<sup>134</sup> Ricordo in proposito le parole di Proto Pisani che, preso atto della mancanza di strumenti idonei ad assicurare l'attuazione di taluni provvedimenti di condanna, osservava – con evidente spirito critico – come non vi fosse una sostanziale differenza tra il provvedimento del giudice che ordina la cessazione del comportamento lesivo del diritto al nome (o ad altro diritto della personalità) e il provvedimento che si limiti ad accertare l'esistenza del diritto al nome, cfr. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 88 ss., v. anche COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Torino, 1966, 33, il quale, tuttavia, non si spinge al punto di affermare l'inammissibilità della domanda di condanna, quanto piuttosto a mitigarne le conseguenze riconducendola alla tutela mero accertamento. In quest'ottica, mi pare in ogni caso ragionevole la proposta di chi – rilevata una tendenziale correlazione tra condanna ed esecuzione forzata – esclude che il giudice possa dichiarare l'inammissibilità della domanda di condanna (il che vale a dire che non eleva quella correlazione al rango di presupposto per la pronuncia di merito), osservando che la decisione dovrà qualificarsi «nella sostanza e con riguardo all'interesse perseguito dall'attore» alla stregua di una pronuncia di mero accertamento, cfr. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>4</sup>, I, Bari, 2015, 43.

dica soggettiva, tende alla sua restaurazione<sup>135</sup>, risulta invero difficile relegare, ad esempio, l'ordine di reintegra nelle mansioni pronunciato dal giudice del lavoro, tenuto conto del suo contenuto, nell'alveo del mero accertamento.

Può allora essere utile riprendere alcuni spunti tratti dall'orientamento giurisprudenziale consolidato e, come visto, in linea di principio favorevole all'ammissibilità della condanna ripristinatoria, per valutare come - in quella prospettiva - l'idea che questi ordini possano reggersi senza l'usbergo dell'esecuzione coattiva non è giustificata con un'esegesi in chiave moderna delle norme dedicate all'esecuzione forzata in forma specifica ma, piuttosto, con una valutazione delle ricadute di queste misure sulla realtà materiale (ovvero, nel caso di specie, sul rapporto di lavoro), per giungere ad affermare che dall'ordine del giudice possono invero conseguire delle utilità all'interessato, diverse e indipendenti dalla sua realizzazione coattiva. Tra queste vi è senza dubbio quella di sollecitare l'adempimento spontaneo dell'obbligato (in quanto idonee ad aprire la strada ulteriori iniziative risarcitorie), ma possono assumere rilievo anche considerazioni ulteriori, quali ad esempio quella che la Cassazione ha ravvisato nel potere del lavoratore di offrire la prestazione (e così adempiere alla sua obbligazione) in termini conformi a quella che il datore è condannato a ricevere, quanto al contenuto delle mansioni ovvero all'individuazione del luogo nel quale la prestazione di lavoro dovrà svolgersi<sup>136</sup>.

Come si comprende, si tratta di giustificazioni non sempre convincenti e, probabilmente, di utilità che l'interessato avrebbe potuto conseguire anche per effetto della semplice statuizione di (mero) accertamento: di esse, tuttavia, interessa porre in evidenza l'approccio seguito, quello cioè di misurare la praticabilità della tutela di condanna anche in una prospettiva più ampia, che tiene conto della complessità e delle sfaccettature che può esibire il diritto sostanziale e

---

<sup>135</sup> Così, infatti, MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>25</sup>, I, cit., 74 ss.

<sup>136</sup> V. *supra* la giurisprudenza di legittimità citata alla nota 128.

non si rivolge solo al processo (e a quello esecutivo in particolare), nella consapevolezza dell'incoercibilità dell'ordine giudiziale<sup>137</sup>.

L'intuizione della giurisprudenza, istintivamente spinta a rinnegare il vincolo che potrebbe derivare al giudice dall'incoercibilità (processuale) della condanna, costituisce niente più che la reazione al disagio derivato dallo sfasamento in atto tra diritto e processo nell'ambito delle controversie di lavoro (e non solo queste)<sup>138</sup>. Mentre, infatti, sotto il profilo sostanziale le tutele delle posizioni giuridiche soggettive nascenti da quel peculiare rapporto sono accresciute e si sono evolute dal 1942 ad oggi, non altrettanto è accaduto per le forme del processo esecutivo che – riguardo al profilo che qui interessa, ha mantenuto inalterato l'assetto stabilito dal legislatore settantacinque anni orsono. Pertanto, nelle vicende esaminate definire l'ampiezza della condanna esclusivamente in funzione del suo valore esecutivo significa creare un'interdipendenza tra due realtà (diritto da una parte e processo esecutivo dall'altra) che lo stesso legislatore ha mostrato voler trattare in modo distinto: il risultato di questa contaminazione è lo svuotamento della potenzialità della tutela di condanna e il suo confinamento entro gli angusti limiti concessi all'esecuzione in forma specifica<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Nella stessa linea di pensiero si colloca DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, cit., 277, laddove ravvisa un effetto sostanziale dell'ordine giudiziale di reintegra (P.A. si riferisce ai licenziamenti, ma il ragionamento – per le ragioni già illustrate – può essere agevolmente esteso alle fattispecie in esame) nella trasformazione della condizione del datore di lavoro da attiva in passiva, da semplice *onerato* a vero e proprio *obbligato*; così anche PAOLINI, *Note sulla condanna in futuro*, cit., 581 s.; la tesi Di Majo è criticata da CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, cit., 1466 ss. testo e note, sul rilievo che – a suo avviso – ancor prima della pronuncia di reintegra il datore di lavoro sarebbe obbligato a ricevere la prestazione del dipendente, prospettiva questa, però, vivacemente contestata dalla dottrina giuslavoristica prevalente, cfr., per tutti, VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 364 ss.

<sup>138</sup> La situazione descritta darebbe insomma ragione delle perplessità di chi osserva come «In Italia, a causa della rigida separazione tra i settori disciplinari di diritto processuale e di diritto sostanziale, il rapporto tra regole di condotta e regole di decisione (*rectius* tra diritto e processo) non è mai risultato particolarmente proficuo»: così PERLINGERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 2.

<sup>139</sup> Una condizione che, a sua volta, come dimostrano le vicende della reintegra del lavoratore, ha spinto gli interpreti ad estendere – ben oltre la loro portata letterale e

A nostro avviso, invece, il giudice, una volta convintosi dell'applicabilità al caso di concreto della tutela forte/reale/ripristinativa del rapporto di lavoro<sup>140</sup>, poiché l'ordinamento non prevede espressamente che all'accertata lesione consegua immediatamente una tutela di tipo risarcitorio<sup>141</sup>, non sarà tenuto a verificare se quei medesimi assetti sostanziali, che si limita a riportare allo stato iniziale (se si vuole, dunque, senza innovare), siano suscettibili di attuazione coattiva e in forme adeguate sulla base degli attuali strumenti processuali esecutivi: in tal modo s'introduce nella decisione del giudice un elemento di valutazione (le possibili conseguenze per il caso dell'inadempimento all'ordine) che non sono immediatamente implicate nella domanda che la parte gli rivolge<sup>142</sup>.

---

l'originaria funzione assegnatagli dal legislatore – l'ambito applicativo delle norme sull'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare.

<sup>140</sup> Che la stabilità del rapporto implichi l'integrale restaurazione della posizione giudica soggettiva dell'interessato, leso dall'atto datoriale illegittimo è già riconosciuto da Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *Riv. giur. lav.*, 1972, II, 17 ss. con nota di VENTURA, *Corte Costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni su di una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, la quale così si esprime a proposito dell'art. 18 Stat. Lav. «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione della posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare».

<sup>141</sup> Come invece accade nell'ambito dei licenziamenti illegittimi per giusta causa o giustificato motivo oggettivo nel regime fissato dalla l. 604/1966, che all'art. 8 prevede espressamente che il giudice, nell'accogliere la domanda del lavoratore, debba dichiarare che «il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti».

<sup>142</sup> Conforme, da ultimo, ma con approccio più generale, FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, in *Riv. trim.*, 2014, 597 ss., spec. 608 s. (ma dello stesso Autore vedi già in precedenza le opinioni espresse in ID., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 134 in nota), il quale evidenzia le inaccettabili conseguenze che potrebbero derivare dall'affidare al giudice - nel vagliare l'ammissibilità della condanna - il compito di accertare l'eseguitività della prestazione, specie per le successive implicazioni in sede esecutiva, ove, è da ritenere, non sarebbe più consentito discutere della questione. Negano che il giudice della cognizione debba accertare i presupposti per la successiva esecuzione forzata del provvedimento di condanna anche DENTI, «Flashes» *su accertamento e condanna*, cit., 263; MOTTO, *Note per uno studio dell'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 921; ancor prima, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 153, in nota, osservava - criticando le già ricordate posizioni di Montesano sulla nozione di condanna civile - come non potesse ammettersi l'esistenza, nel giudizio dichiarativo, di una duplicità di accertamenti, l'uno indirizzato alla situazione sostanziale e, altro, ai presupposti (processuali) per la futura azione esecutiva. Anche GARBAGNATI, *Azione ed interesse*, in *Jus*, 1955, ora in *Scritti Scelti*, Mi-

Il pericolo, che riteniamo non si possa correre, è quello di introdurre implicitamente un filtro di ammissibilità verso istanze di tutela la che, quantunque riconducibili alla condanna o al mero accertamento, siano funzionali alla completa restaurazione del rapporto e - per mezzo di questa - alla soddisfazione dell'interesse del soggetto che agisce in giudizio. E il rischio è reso ancor più grave ove si tenga conto delle gravi difficoltà che s'incontrano nel definire con precisione il concetto stesso di infungibilità, specie quando dal piano degli enunciati generali si passa all'esame del concreto, per stabilire se una data prestazione possa essere considerata o meno (anche processualmente) fungibile<sup>143</sup>.

Invero, senza intendere qui ribadire le osservazioni critiche anche di recente mosse al principio in discussione<sup>144</sup>, la stessa osservanza della regola – senz'altro centrale nel sistema della giurisdizionale civile – che vieta al giudice di risolvere d'ufficio una questione non prospettata dalle parti (artt. 101, 2° comma e 183, 4° comma, c.p.c.), finirebbe per imporre – ma ora solo nelle controversie di lavoro (per tutte le altre il problema è superato, ad avviso di chi scrive, dall'introduzione della misura coercitiva generale) – sempre e comunque alla parte di dare prova o quantomeno allegare la fungibilità della prestazione di cui richiede la condanna, con conseguente e inopportuna dilatazione dell'oggetto processuale del giudizio, mi parrebbe sotto il profilo dell'interesse ad agire: così, ma solo nelle controversie previste dall'art. 409 c.p.c., nell'azione di condanna il requisito dell'interesse ad agire si arricchirebbe di un'ulteriore

---

lano, 1988, 97 s., nega che la sentenza di condanna contenga un *quid* ulteriore rispetto all'accertamento del credito insoddisfatto, per cui la differenza tra mero accertamento e condanna risiede nel diverso oggetto su cui cade l'accertamento giurisdizionale che, nel secondo caso, riguarda appunto un diritto di credito insoddisfatto.

<sup>143</sup> Sulle incertezze della dottrina nel fissare un confine tra prestazione fungibile e prestazione infungibile, cfr. CONSOLO, GODIO, in *Codice di procedura civile*<sup>5</sup>, diretto da CONSOLO, II, Milano, 2010, 2562 ss.; quindi POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 750 ss.; SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim.*, 2015, 583 ss.

<sup>144</sup> Ci riferiamo ai recenti studi di MOTTO, *Note per uno studio dell'azione di condanna nella giurisdizione civile*, cit., 918 ss. e FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, cit., 597 ss.



impegnativo tema, consistente nel dovere del giudice di accertare i presupposti per la successiva esecuzione forzata del richiesto provvedimento<sup>145</sup>.

Occorre allora domandarsi se realmente la tutela dichiarativa sia la sede deputata a sciogliere questi interrogativi e se sia giusto - lo si ribadisce: in assenza di precise indicazioni di diritto positivo<sup>146</sup> - gravare il giudice della cognizione di così delicati adempimenti, o se, più semplicemente, egli debba fermarsi al dato sostanziale (che è punto di partenza, ma anche punto di arrivo, della parabola processuale), all'accertata esigenza di materiale restaurazione del rapporto di lavoro e disinteressarsi delle vicende successive, delle quali si occuperà - se e quando investito della questione - il giudice dell'esecuzione<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Così, traendo le rigorose conseguenze dal presupposto di partenza secondo cui l'ampiezza della tutela di condanna dipende esclusivamente dall'organizzazione del processo esecutivo, MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>25</sup>, I, cit., 74 s. testo e nota 49; in precedenza, cfr. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 18.

Invero, a noi sembra che, una volta ravvisata la correlazione necessaria tra la condanna e l'esecuzione forzata, non sia possibile sottrarsi alla necessità di collocare quel presupposto tra le condizioni di ammissibilità della pronuncia di merito, verosimilmente giungendo a riconoscere all'interesse ad agire un ruolo autonomo nell'ambito della tutela di condanna (per uno spunto in tal senso, cfr. BALENA, *Istituzioni*, cit., 43, ma sul rilievo che la condanna a un fare infungibile si risolve in una pronuncia di mero accertamento).

<sup>146</sup> TOMMASEO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2002, 192 nega che «il supposto principio di necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata trovi positivo riscontro» e soggiunge come «in nessun luogo il legislatore subordina la tutela di condanna all'eseguibilità della sentenza», richiamando a sostegno gli artt. 1453 e 1287 c.c. quali esempi in cui il legislatore omette di fissare un limite al contenuto della domanda di condanna all'adempimento.

<sup>147</sup> Nello stesso senso, cfr. ancora FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, cit., 610; MOTTO, *Note per uno studio dell'azione di condanna nella giurisdizione civile*, cit., 921 s., il quale - riprendendo uno spunto di Denti («Flashes» su accertamento e condanna, cit., 264) - ricorda che la sentenza di condanna di per sé non è idonea a fondare l'esecuzione forzata se non riferita ad un «diritto certo, liquido ed esigibile» (art. 474 c.p.c.): ciò significa che, fino a che non si verifichino i presupposti per la formazione del titolo esecutivo, nessuna sentenza di condanna è in grado di sostenere l'esecuzione forzata.

Del resto, a noi pare che la relazione tra condanna ed esecuzione in alcuni casi non funzioni neppure in senso contrario, e sia così possibile imbattersi in decisioni pacificamente qualificate dal legislatore come condanne, ma senz'altro inidonee a consentire l'esercizio dell'azione esecutiva. Oltre al caso della condanna generica (istituto espressamente regolato dal codice di rito e la cui rilevanza sotto il profilo in esame è assai controversa, cfr. per tutti ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961), un esempio emblematico, per restare nell'ambito delle controversie di lavoro, è la condanna, cumulata alla dichiarazione d'illegittimità del licenziamento, con la quale il datore di lavoro è condannato a pagare un certo numero di mensilità a titolo di risarcimento del danno o a titolo di

Questa più convincente prospettiva, che a nostro sommo avviso induce a negare la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata nelle pronunce oggetto di queste note, trova peraltro sostegno – a livello di teoria generale - nella proposta ricostruttiva che ravvisa l'elemento qualificante della condanna – in contrappunto al mero accertamento - non tanto negli effetti della pronuncia (*id est* nell'idoneità a fondare l'esecuzione forzata) ma, piuttosto, nella particolarità del suo oggetto, consistente nell'accertamento di un inadempimento cui consegue l'ordine giudiziale di tenere un determinato comportamento in conformità all'(accertato)assetto sostanziale del rapporto<sup>148</sup>.

## **11. Conclusioni**

Alla luce delle considerazioni fino qui svolte, è possibile giungere alla soluzione dei problemi che hanno offerto l'occasione della presente ricerca.

Prese le mosse dalla constatazione dell'insufficienza dell'attuale organizzazione del processo esecutivo, inadatto ad assicurare la tutela di alcune situazioni giuridiche soggettive nascenti dal rapporto di lavoro (e non solo)<sup>149</sup>, l'attenzione è stata rivolta a due tipologie di pronunce – cui sovente accade d'imbattersi nella prassi – l'una riguardante le conseguenze dell'accertata esi-

---

indennizzo: ebbene tale condanna, ove la somma dovuta non sia direttamente liquidata dal giudice nel provvedimento o agevolmente ricavabile con mere operazioni matematiche (Cass. 1° agosto 2014, n. 17537; Cass. 28 aprile 2010, n. 10164; Cass. 23 aprile 2009, n. 9693), ovvero l'importo delle mensilità (o della retribuzione globale di fatto) risulti dagli atti del procedimento (Cass. 21 dicembre 2016, n. 26567; Cass. 16 aprile 2013, n. 9161; Cass. s.u. 2 luglio 2012, n. 11066), non potrà mai diventare un titolo esecutivo e potrà costituire, più modestamente, la prova scritta idonea ai fini di una successiva richiesta d'ingiunzione (Cass. 5 febbraio 2011, n. 2816). Dovrebbe, in tal caso, il giudice rigettare la richiesta condanna (precludendo ad esempio al creditore la possibilità di iscrivere l'ipoteca giudiziale) o più semplicemente - come noi proponiamo - rimettere al giudice dell'esecuzione la valutazione di queste ulteriori implicazioni della pronuncia?

<sup>148</sup> GARBAGNATI, *Azione ed interesse*, cit., 93 ss.; DENTI, «Flashes» *su accertamento e condanna*, cit., 263; FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, cit. 610; LUISO, *Diritto processuale civile*<sup>9</sup>, I, Milano, 2016, 14; TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, cit., 38 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 414; ID., *Note per uno studio dell'azione di condanna nella giurisdizione civile*, cit., 920.

<sup>149</sup> Più in generale il limite è tangibile con riferimento alla tutele di quelle situazioni sostanziali la cui lesione non sia suscettibile di degradare ad una mera obbligazione risarcitoria, v. *supra* par. 2.

stenza di un rapporto di lavoro tra le parti (ovvero, laddove consentito, costituito *ex novo* ai sensi dell'art. 2932 c.c.) e, l'altra, il sindacato degli atti di esercizio dei poteri sostanziali del datore di lavoro, con particolare riferimento al mutamento delle mansioni e al trasferimento del lavoratore, per stabilire se, in queste fattispecie, siano ravvisabili degli ostacoli (di ordine processuale) ad un'eventuale pronuncia del giudice del lavoro di *condanna alla reintegra del lavoratore*.

E' stato allora necessario raccogliere alcuni dati emergenti dal diritto sostanziale che hanno consentito, per un verso di guardare all'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato quale modello riproponibile nelle situazioni esaminate e, per altro, di rilevare in tutte quelle vicende l'esigenza di affiancare a una pronuncia (che diremmo principale) di accertamento o costitutiva una statuizione giudiziale che ordini il rispristino e/o la restaurazione del rapporto di lavoro, prescrivendo all'obbligato la condotta da tenere nel caso concreto (reintegrare nel posto di lavoro, nelle mansioni, nella sede ecc.).

Queste suggestioni provenienti dal diritto sostanziale, tuttavia, devono fare i conti con le segnalate deficienze del processo esecutivo e con l'evidente impossibilità di dare esecuzione forzata agli ordini di reintegra di cui si discute.

E' stato posto in rilievo, allora, che solo in apparenza la questione potrebbe ritenersi superata con l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. il quale, nel prevedere una misura coercitiva di portata generale, potrebbe risolvere in radice il problema dell'ammissibilità di condanne a un *fare infungibile*: il nuovo istituto, infatti, non si applica alle controversie di lavoro subordinato e parasubordinato per cui, in queste materie, l'interprete si trova ad operare con gli strumenti disponibili prima dell'introduzione della penalità di mora, salvo rilevare e prendere atto dell'assoluta irrazionalità della scelta di limitarne l'ambito applicativo. Resta, comunque, un preciso segnale da parte del legislatore in senso favorevole all'ammissibilità della condanna ad un *fare infungibile* in ogni altro settore del diritto civile.

Scartata, dunque, la possibilità di superare l'*impasse* invocando la recente introduzione di una misura esecutiva indiretta, la praticabilità di un rimedio condannatorio nelle fattispecie esaminate doveva necessariamente misurarsi con il principio secondo cui il giudice civile può pronunciare la condanna solo quando l'adempimento richiesto all'obbligato sia suscettibile di esecuzione forzata: è noto, infatti, che la dottrina tradizionale, tutt'ora ampiamente seguita, ravvisa una correlazione necessaria tra la condanna e l'esecuzione forzata.

L'esame successivamente condotto, volto a ricercare conferme dell'esistenza e dell'attuale vitalità di quel principio, con speciale riguardo al settore del lavoro, ne ha dimostrato - a nostro sommo avviso - l'insostenibilità.

Dal punto di vista del diritto positivo, né l'art. 2818 c.c., né l'art. 474 c.p.c., ai quali con maggiore frequenza hanno rivolto l'attenzione gli autori occupatisi dell'impegnativo tema, sembrano in grado di fissare in modo inequivoco l'esistenza di una correlazione funzionale tra la condanna civile e l'esecuzione forzata, e le diverse proposte ricostruttive avanzate dalla dottrina ne costituiscono la migliore conferma<sup>150</sup>. La successiva considerazione degli sforzi della dottrina civilistica e i modelli da questa elaborati per definire le forme di tutela contro gli atti di esercizio dei poteri privati del datore di lavoro, ha dimostrato che la specialità del tessuto sostanziale sul quale vengono a formarsi le relative decisioni richiede costantemente un intervento giudiziale teso alla restaurazione del rapporto malamente inciso dall'atto illegittimo, indicando all'obbligato quali condotte debba osservare.

Infine, le indicazioni provenienti dal diritto positivo e dalla dottrina civile sono state ulteriormente corroborate dall'esame condotto sulla prassi applicativa, dalla quale è emersa una linea evolutiva che si è ora consolidata nella costante (e fors'anche disinvolta) adozione dell'ordine di reintegra nelle fattispecie oggetto della presente ricerca, pur nella consapevolezza che quei provve-

---

<sup>150</sup> Basti ricordare, solo per fare un esempio, alle diverse conclusioni alle quali sono giunti - nello stabilire il ruolo assolto dall'art. 2818 c.c. nella definizione della condanna civile - Andrea Proto Pisani e Luigi Montesano, due tra i nostri massimi studiosi della materia.

dimenti, in quanto implicanti il compimento di attività infungibili, non sono suscettibili di esecuzione forzata.

Con questi strumenti, senza dubbio eterogenei, si è cercato quindi di affrontare il tema nella prospettiva più strettamente processuale, osservando come la postulazione della necessaria correlazione tra la condanna civile e l'esecuzione forzata debba necessariamente avere quale corollario una diversa considerazione del ruolo assolto dall'interesse ad agire che, in questa materia, dovrebbe presupporre l'accertamento giudiziale della fungibilità dell'adempimento rispetto al quale la parte richiede il provvedimento di condanna. Ove tale accertamento dia esito negativo la domanda dovrà essere, pertanto, dichiarata inammissibile.

L'assenza di univoche indicazioni positive, la specialità delle controversie relative ai rapporti di lavoro tutt'ora in essere e la stessa chiara indicazione proveniente dalla prassi applicativa, anche e soprattutto della Corte di legittimità, spinge l'interprete verso soluzioni alternative all'inammissibilità della condanna ad un fare infungibile. Ed invero, a ben guardare, gli stessi autori propensi a ravvisare nella condanna i limiti caratteristici nell'attuale processo esecutivo, costruendo la prima in funzione del secondo, non di rado omettono di precisare quali siano le conseguenze che da tale impostazione discendono sull'ammissibilità di una siffatta domanda nel giudizio dichiarativo e, in particolare, non si preoccupano di rimodulare l'ampiezza e il ruolo assolto dall'interesse ad agire nel quadro della tutela di condanna.

E' apparsa, pertanto, preferibile una soluzione che, a prescindere dalla qualifica concreta che s'intenda riconoscere all'ordine di reintegra (sia esso riconducibile - come preferiamo - alla condanna, ovvero al mero accertamento) non ne precluda l'ammissibilità per la sola ragione dell'assenza di strumenti esecutivi idonei ad assicurarne l'attuazione coattiva. In tale prospettiva risulta oltremodo incomprensibile, come riteniamo di avere ampiamente dimostrato, la scelta del legislatore di escludere l'applicazione della misura coercitiva generale alle controversie di lavoro.

In conclusione, dunque, riportando queste riflessioni alle fattispecie concrete dalle quali si è prese le mosse, deve affermarsi che non sussiste alcun serio ostacolo di ordine processuale all'ammissibilità prima e alla concessione, poi, di un ordine al datore di lavoro avente per oggetto il compimento di attività infungibili, purché tali statuizioni siano strumentali alla completa ed effettiva restaurazione del rapporto di lavoro e nella misura in ciò sia dovuto sulla base del diritto sostanziale; saranno ammissibili, pertanto, provvedimenti ordinatori di reintegra del lavoratore all'esito di giudizio volti all'accertamento dell'attuale esistenza ovvero alla costituzione *ex novo* (laddove consentito ai sensi dell'art. 2932 c.c.) del rapporto di lavoro e, del pari, ordini di reintegrazione del lavoratore nelle mansioni già svolte ovvero nella precedente sede di assegnazione, in combinazione con provvedimenti (assunti in via principale) di annullamento (o, *si vis*, di accertamento dell'inefficacia) degli atti di esercizio dei poteri privati del datore di lavoro.