

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA MENSILE DI GIURISPRUDENZA

DIRETTORE

Mario STELLA RICHTER

CONDIRETTORE

Vittorio SGROI

COMITATO DI DIREZIONE

Franco BILE - Francesco CAPOTORTI - Floriano d'ALESSANDRO
Giovanni GIACOBBE - Natalino IRTI - Andrea LUGO
Giuseppe PERA - Nicola PICARDI - Paolo STELLA RICHTER

Si segnalano all'attenzione del lettore

- | | |
|---|---------|
| C. cost. 21 aprile 1989 n. 229, <i>sulla illegittimità costituzionale della norma che consente al Consiglio dei ministri di annullare gli atti amministrativi delle regioni e delle province autonome</i> | I, 1520 |
| Cass. sez. un., 3 aprile 1989 n. 1611, <i>sulla nullità della vendita con patto di riscatto stipulata a fini di garanzia</i> | I, 1569 |
| Cass., sez. I, 17 marzo 1989 n. 1321, <i>sullo stato d'insolvenza di un'impresa esercente il credito</i> | I, 1619 |
| App. Milano 11 novembre 1988, <i>sul riacquisto della cittadinanza</i> | I, 1707 |



GIUFFRÈ EDITORE

LUGLIO-AGOSTO

[1652/288]

REINTEGRA NEL POSTO DI LAVORO E TUTELA ESECUTIVA IN VIA CAUTELARE

SOMMARIO: 1. Profili della problematica. — 2. Esecuzione in forma specifica ed obblighi di fare infungibili. Natura dell'ordinanza di reintegra nel posto di lavoro. — 3. Sanzioni penali e obbligo di reintegra. — 4. Potere formativo e rapporto contrattuale. — 5. Soluzione della problematica attraverso il riconoscimento di una tutela esecutiva in via cautelare.

1. Queste brevi riflessioni in materia sono protese ad individuare la possibilità di una tutela, in via cautelare, della reintegra nel posto di lavoro, di un lavoratore licenziato illegittimamente, a seguito dell'inottemperanza all'ordine di reintegra da parte del datore di lavoro.

Non hanno comunque la pretesa di risolvere la problematica, alquanto complessa e di non facile soluzione, bensì di dare un contributo, sia pure modesto, alla definizione della stessa.

Innanzitutto la reintegra nel posto di lavoro, prevista dall'art. 18 St. lav., costituisce una conseguenza naturale dell'inefficacia del licenziamento. In senso lato per reintegrazione nel posto di lavoro deve intendersi l'effettivo accesso del lavoratore al posto occupato al momento del licenziamento della struttura funzionale dell'azienda; non basta, cioè, la corresponsione della piena retribuzione.

Orbene, da queste sia pure brevi considerazioni, si deve ritenere che il lavoratore ha diritto, oltre alla retribuzione, anche all'effettivo svolgimento del lavoro.

Quest'ultimo diritto, dunque, non trova nella retribuzione il suo equivalente. La sanzione retributiva, quindi, non è sufficiente come strumento coercitivo a dare effettività alla tutela ripristinatoria imposta dalla previsione dell'esecutività dell'ordine di reintegra.

Nel senso che la condanna al pagamento della retribuzione, quale sanzione indiretta, assumerebbe il significato dell'esecutività della reintegra, prevista dall'art. 18 St. lav.; reintegra che non sarebbe, invero, suscettibile di esecuzione in forma specifica in quanto consisterebbe in obblighi infungibili. In una parola, l'ordine di reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato, e non adempiuto spontaneamente dal datore di lavoro, è suscettibile di essere attuato, in via esecutiva, soltanto per quanto riguarda gli effetti realizzabili senza la collaborazione dell'obbligato e non anche per quanto concerne la riammissione all'attività lavorativa presso l'azienda, derivando l'incoercibilità di tale particolare obbligo dalla generale impossibilità di ottenere coattivamente l'esecuzione di un *facere* infungibile.

In definitiva, bisogna ritenere che l'ordine di reintegrare il lavoratore nel posto e nelle mansioni in precedenza occupati, cioè prima dell'illegittimo licenziamento, non è suscettibile di esecuzione forzata in quanto l'esecuzione coattiva dell'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro comporta una obbligazione di fare infungibile,

in quanto necessita di una attività di cooperazione da parte dell'esecutato e pertanto non è giuridicamente configurabile.

2. Il presupposto indefettibile dell'esperibilità dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare è che il *facere* che con esso si intende realizzare in via coattiva sia di natura fungibile e la nozione di fungibilità va intesa nel suo senso naturalistico, ancor prima che giuridico e deve avere come punto di riferimento il risultato che con l'esercizio di fare s'intende conseguire.

Ne consegue che l'esecuzione forzata in forma specifica non sarà esperibile tutte le volte che apparirà chiaro che solo la personale cooperazione del debitore sarà idonea a far conseguire al creditore la soddisfazione immediata, completa e diretta dell'interesse di cui egli è titolare e, quindi, risulterà non esperibile tutte le volte che il comportamento di qualsiasi altra persona, diversa dall'obbligato sarà inidoneo a conseguire quel medesimo risultato che s'intendeva conseguire attraverso l'adempimento personale dell'obbligato.

Pertanto, poiché il datore di lavoro non potrà mai essere sostituito contro la propria volontà nella specifica attività di collaborazione, nella quale si sostanzia quel potere direttivo che gli è espressamente riconosciuto dall'art. 2086 c.c., da nessun altro che possa incaricarsi di dare in sua vece le direttive necessarie per la conduzione dell'impresa, nella quale l'attività lavorativa deve esplicarsi, egli non potrà essere costretto a ricostruire, nel caso non lo voglia, il rapporto di lavoro.

Orbene non sarebbe possibile, pertanto, da parte del lavoratore ricorrere allo strumento esecutivo in forma specifica *ex art. 612 c.p.c.*, in quanto l'operatività di tale articolo è circoscritta ai soli *facere* fungibili.

Il prestatore di lavoro potrebbe esecutivamente realizzare ed imporre la sua presenza nel posto di lavoro. Difatti, da un'attenta analisi dell'ordinanza di reintegra nel posto di lavoro, si perviene ad affermare che essa è costituita da due obblighi, e cioè l'obbligo di riammettere nel luogo di lavoro il prestatore e l'obbligo di dare le direttive per lo svolgimento del lavoro.

Il primo obbligo, invero, consiste più ancora che in un *facere* in un *pati* e cioè quello della presenza del lavoratore nei luoghi di lavoro. In quanto tale esso non è infungibile e può essere eseguito in via surrogatoria, con l'accompagnamento *manu militari* del prestatore nel luogo di lavoro.

Assume il carattere dell'infungibilità soltanto l'obbligo di dare le direttive per l'esecuzione effettiva del lavoro non essendo, quindi, nella fattispecie applicabile l'esecuzione in forma specifica di cui agli art. 2931 c.c. e 612 c.p.c., in quanto la prestazione del datore di lavoro si concreta sostanzialmente nel potere di conformare la prestazione del lavoratore al proprio interesse e nessuno è in grado di sostituirsi al datore nella valutazione dell'interesse medesimo.

3. Non va dimenticato, comunque, che il diritto al mantenimento del posto di lavoro e successivamente alla reintegrazione nel posto di lavoro non ha un aspetto esclusivamente economico, bensì è anche espressione di un diritto della personalità, sancito nei principi e valori costituzionali, che spiega i suoi effetti non solo nel campo economico ma, più ampiamente, nella sfera varia e complessa della vita individuale.

È sì vero che, una volta ottenuta l'esecuzione in forma specifica dell'ingresso in fabbrica del lavoratore reintegrato, potrebbero trovare applicazione come deterrente all'obbligo del datore di lavoro di ottemperare all'ordine di reintegra, le sanzioni penali di cui agli art. 388 e 650 c.p.

La fattispecie contemplata dal primo articolo consiste nel comportamento

fraudolento volto al fine di eludere gli obblighi derivanti da una sentenza di condanna, comportamento che integra gli estremi della fattispecie stessa qualora vi sia inottemperanza all'ingiunzione di eseguire la sentenza.

Se è punito, quindi, il comportamento diretto ad impedire l'esecuzione della sentenza, è possibile applicare estensivamente la norma all'ipotesi in cui il debitore, nel caso di specie il datore, non tenga quel comportamento necessario ad attuare pienamente la condanna già eseguita in forma specifica con l'ingresso *manu militari* del prestatore nel luogo di lavoro.

A queste considerazioni si può aggiungere l'altra dell'applicabilità dell'art. 650 c.p., che può valere per quelle sentenze di condanna dirette non soltanto a tutelare un diritto soggettivo, ma rispondenti anche a ragioni di ordine pubblico; intendendo quest'ultimo in senso ampio ed evolutivo si può ritenere che sia compreso in esso anche il principio della conservazione del posto di lavoro che, come sappiamo, si desume dall'art. 4 cost.

Ma è pur vero che tali soluzioni, considerate come mezzi di coercizione indiretta, oltre a trovare poco effetto persuasivo nei confronti di un imprenditore-datore di lavoro con pochi scrupoli, prestano il fianco ad una tendenza di carattere generale, anche di scelta di politica legislativa, nella contrarietà ad usare oppure introdurre strumenti coercitivi, in funzione compulsoria, che incidono sulla libertà personale del soggetto obbligato.

Il problema, pertanto, va risolto e affrontato in sede sostanziale.

4. È indubbio che nella fattispecie non può trovare applicazione l'esecuzione forzata in forma specifica, ex art. 612 c.p.c., di un obbligo di fare infungibile quale è appunto la prestazione del datore di lavoro di dare le direttive per l'esecuzione effettiva dell'attività lavorativa.

La problematica, dunque, va risolta tenendo presente il rapporto contrattuale che lega il datore di lavoro ed il prestatore d'opera. Nell'ipotesi, infatti, in cui il datore di lavoro non adempie spontaneamente all'ordine di reintegra del lavoratore nel proprio posto di lavoro non si può ritenere efficace il contratto di lavoro.

Orbene, ritenere il contratto di lavoro efficace, e non sottoposto ad un effetto sospensivo, dato dal comportamento omissivo del datore di lavoro, significa attribuire a quest'ultimo un potere formativo (c.d. diritto potestativo), attraverso il quale egli verrebbe ad incidere, con propria ed esclusiva manifestazione di volontà, una situazione soggettiva altrui, cioè quella del prestatore di lavoro, impossibilitato ad evitare, in termini giuridici, l'esercizio di tale potere.

Nella fattispecie con tale potere, il datore di lavoro, con propria manifestazione di volontà, verrebbe a modificare o di fatto ad estinguere il diritto all'attività lavorativa alla quale non egli soltanto è interessato.

Il prestatore di lavoro si troverebbe sottoposto ad una situazione di soggezione.

In questa ipotesi il principio dell'indipendenza delle sfere giuridico-patrimoniali-individuali verrebbe violato. Secondo questo principio ognuno può esprimere la sua volontà, comportarsi in un certo modo, purché gli effetti di tali atti o comportamenti abbiano rilievo esclusivamente nella propria sfera giuridica patrimoniale-individuale.

Sicché quando la manifestazione di volontà di un soggetto crea una conseguenza, positiva o negativa, su una situazione altrui, colui che subisce la conseguenza dell'atto avrebbe diritto di disconoscere all'altro questo potere e comunque di neutralizzare gli effetti.

Nella fattispecie che a noi interessa, invero, il datore di lavoro con il suo esclusivo comportamento di rifiuto ad eseguire l'obbligo di dare le direttive per consentire l'effettivo lavoro verrebbe ad incidere sulla sfera giuridica del prestatore di lavoro senza che quest'ultimo possa fare alcunché per impedire tali effetti.

In una parola, il datore di lavoro, con il proprio atteggiamento di inottemperanza, viene ad incidere sul vincolo della subordinazione che caratterizza il contratto di lavoro.

L'elemento qualificante, infatti, del rapporto di lavoro dipendente è la subordinazione, e la legge riassume la subordinazione in ciò che il lavoro viene prestato « alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore » (art. 2094 c.c.).

Vuole indicarsi col termine subordinazione e con la breve definizione riportata, la circostanza che il lavoratore rimane estraneo all'organizzazione del lavoro, spettando all'imprenditore decidere i modi e i tempi della prestazione, e decidere inoltre se e come utilizzare i risultati.

Il concetto della subordinazione, pertanto, non evidenzia un semplice momento tecnico di individuazione di un particolare rapporto contrattuale, bensì scolpisce le caratteristiche determinanti di un rapporto che, a differenza di qualsiasi altro, coinvolge nel suo svolgimento la vita intera del lavoratore e la sua personalità.

Con l'attribuire, dunque, al datore di lavoro il potere formativo significa attribuire allo stesso la possibilità di snaturare la fattispecie contrattuale del rapporto di lavoro dipendente che, invece, il legislatore nel riconoscere al prestatore, illegittimamente licenziato, la possibilità di essere reintegrato nel suo posto di lavoro, vuole tutelare e rendere effettivo, nel rispetto del dettato costituzionale che tutela il rapporto di lavoro nella sua stabilità e concretezza (art. 1, comma 1, 4, 35 ss. cost.).

Non si dimentica, comunque, che il potere unilaterale di incidere sulle sfere giuridiche altrui sono ipotesi eccezionali e quindi non suscettibili di applicazione analogica, *ex art. 14 disp. prel.*

La ragione di questa eccezionalità è ravvisabile nel principio, sopra accennato, delle indipendenze delle sfere giuridico patrimoniali-individuali secondo cui non sarebbe possibile incidere sulla situazione altrui senza l'assenso del titolare.

Il tema dei c.d. diritti potestativi va collegato con quello della tipicità dei negozi unilaterali. Nel nostro ordinamento sarebbe possibile incidere, con una propria manifestazione di volontà, su una situazione giuridica altrui, senza consenso del titolare, solo nell'ipotesi delle « Promesse unilaterali ».

Non vi rientrerebbe, dunque, la fattispecie di che trattasi in quanto non ipotesi eccezionale.

5. Negato, dunque, al datore di lavoro un potere formativo in quanto non risulta possibile scinderlo da una situazione soggettiva più complessa dalla quale prende origine, cioè il rapporto di lavoro, bisogna ritenere che il rapporto di lavoro, nell'ipotesi di inottemperanza del datore di lavoro di dare le direttive per una effettiva ripresa del lavoro, è sottoposto ad una condizione sospensiva (c.d. potestativa) che ne subordina l'efficacia.

In effetti solo con il verificarsi del fatto volontario, che il datore di lavoro ottemperi al suo obbligo di fare, il rapporto di lavoro esplicherebbe piena efficacia, fino ad allora esso si trova in una situazione di acquiescenza.

La posizione giuridica del prestatore di lavoro affievolirebbe ad una aspettativa giuridica.

Da questo punto di vista, la posizione del prestatore di lavoro potrebbe venire tutelata attraverso degli atti conservativi o dispositivi (art. 1356 e 1357 c.c.).

Nella fattispecie, invero, il prestatore di lavoro potrebbe attraverso un provvedimento cautelare ricostruire la sua posizione giuridica e di fatto *quo ante* al licenziamento poi dichiarato illegittimo.

Il problema, dunque, è vedere se l'ordinamento giuridico appresta uno strumento giuridico idoneo a ripristinare la posizione *quo ante* del prestatore di lavoro senza incidere sulla prestazione infungibile del datore di lavoro; ricreare, insomma, l'attività lavorativa, attribuire le stesse mansioni e direttive al prestatore, come se l'attività lavorativa non fosse stata interrotta e senza che si verifichi alcuna soluzione di continuità fra la data del licenziamento e quella della reintegrazione.

Il rapporto di lavoro si costituisce con la c.d. assunzione del lavoratore. All'atto dell'assunzione devono essere precisate, esplicitamente o implicitamente, le mansioni per le quali il lavoratore viene assunto e che determinano l'ambito entro il quale può essere specificata in concreto l'attività affidata al dipendente. Le mansioni per le quali il lavoratore è assunto sono altresì rilevanti ai fini della definizione delle qualifiche da attribuire al dipendente e che comportano il c.d. inquadramento nel complesso aziendale.

L'ordine di reintegra, pertanto, non costituisce una riassunzione del prestatore di lavoro e quindi sottoposta alla discrezione del datore di lavoro, e cioè all'indicazione delle direttive e mansioni, ma significa reintegrare il prestatore nelle stesse mansioni e qualifiche che egli aveva prima dell'illegittimo licenziamento.

Il provvedimento di reintegra, inoltre, contiene in sé un divieto implicito, cioè di non porre in essere un atteggiamento tale da compromettere l'effettiva ripresa dell'attività lavorativa da parte del datore di lavoro.

Il prestatore di lavoro, dunque, potrebbe tutelare la sua posizione giuridica di aspettativa, in attesa che il datore di lavoro faccia la sua parte (gli fornisca nuove direttive o nuove mansioni) attraverso la ricostruzione della precedente attività lavorativa mediante la richiesta di un provvedimento cautelare contro la contravvenzione, effettuata dal datore di lavoro, al divieto posto dal giudice con l'ordine di reintegra.

Lo strumento giuridico potrebbe essere, invero, la normativa di cui all'art. 691 c.p.c.

Il datore di lavoro, infatti, con la sua inottemperanza ad eseguire l'ordinanza di reintegra verrebbe a mutare la situazione di fatto anche precedente alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento e quindi a contravvenire al divieto del giudice di astenersi dal porre in essere un comportamento che pregiudica l'effettiva ripresa lavorativa.

La normativa di cui all'art. 691 c.p.c. non sembrerebbe avere natura eccezionale. Tale normativa non troverebbe applicazione esclusivamente nell'ambito dei provvedimenti di nuova opera o danno temuto. Non si può certo affermare che la normativa citata sia una norma eccezionale, e quindi non estendibile in via analogica, in quanto essa si ispira e si conforma ad un principio generale dell'ordinamento e non ad un principio diverso dalla regola che caratterizza il sistema normativo.

L'art. 691 trova quindi applicazione anche nei confronti di un provvedimento di reintegra nel posto di lavoro attraverso un'interpretazione estensiva dello stesso, in presenza di una contravvenzione al divieto del giudice.

Il prestatore di lavoro, orbene, attraverso una istanza da rivolgere al giudice, in caso di inottemperanza del datore di lavoro, chiedere una tutela cautelare, cioè ripristinare la precedente attività lavorativa, in attesa che il rapporto di lavoro riprenda la sua piena efficacia.

Nel caso pratico, insomma, il giudice con la collaborazione di un esperto tecni-

co aziendale, potrebbe impartire al prestatore di lavoro, sulla base delle risultanze aziendali e tenendo presente il precedente inquadramento dello stesso, le direttive e mansioni che egli svolgeva precedentemente al licenziamento illegittimo senza intaccare la prestazione infungibile del datore di lavoro. In questo modo si verrebbe a realizzare sia pure *medio tempore* la ripresa dell'attività lavorativa a prescindere dalla prestazione del datore di lavoro.

In tale prospettiva, quindi, il giudice ed il tecnico aziendale non verrebbero a sostituirsi al datore di lavoro, in quanto non fanno altro che limitarsi ad indicare al prestatore di lavoro le mansioni e direttive che già gli competevano prima del licenziamento in modo da ripristinare lo *status quo ante*, mutato dal datore di lavoro, in attesa che il vero rapporto contrattuale, sospeso, ricominci a riprendere piena e valida efficacia a seguito del comportamento, non più omissivo, del datore di lavoro.

Il provvedimento del giudice, ex art. 691 c.p.c., avrebbe natura esecutiva, nel senso che è esso stesso ad adottare le misure più idonee, nella specie le direttive e mansioni, quali erano prima dell'illegittimo licenziamento, a prescindere dalla fattispecie di cui all'art. 612 c.p.c. e, quindi, incidere sull'obbligo di fare infungibile del datore di lavoro.

Certo, il prestatore di lavoro non avrebbe la possibilità di essere inquadrate in mansioni diverse e, quindi, a qualifiche diverse senza l'intervento del datore di lavoro, essendo precluso a chiunque sostituirsi al datore nella sua prestazione, intesa come obbligo di fare infungibile, se non attraverso un comportamento di ottemperanza all'ordine di reintegra ripristinando nella piena efficacia il rapporto di lavoro.

Comunque, attraverso la possibilità di ripristinare in via cautelativa lo *status quo ante* dell'attività lavorativa del prestatore si verrebbe, altresì, a realizzare concretamente quei principi e valori costituzionali intesi a tutelare la personalità umana alla partecipazione all'organizzazione sociale e a rimuovere tutti gli ostacoli che si frappongono al suo pieno sviluppo.

In questo contesto, almeno, l'ordinanza di reintegra nel posto di lavoro, a seguito di inottemperanza del datore di lavoro, non resterebbe un *flatus vocis*.

FRANCESCO DELLA VENTURA

TIZIANA MAZZACANE

(Scuola di specializzazione diritto civile
Università di Camerino)